

Lezioni Diritto Privato Longobucco

Dario Abi Rached

Marzo 2026

1 Capitolo 1 - Lezioni Introduttive

1.1 Lezione 1 - Evoluzione Storica, Fattispecie e Valori Costituzionali

Dal Codice del 1942 alla Costituzione: dall'Avere all'Essere

Il nostro attuale Codice Civile risale al 1942, ma è con l'entrata in vigore della *Costituzione* nel 1948 che l'ordinamento subisce una profonda trasformazione assiologica. Si assiste a un radicale passaggio dalla tutela prioritaria del patrimonio (l'"avere") alla tutela assoluta della persona (l'"essere"). Il focus del sistema si sposta dai valori patrimonialistici ai *valori costituzionali e personalistici*, ponendo l'individuo al centro della tutela giuridica.

L'Evoluzione Storica del Diritto: dall'Età Romana alle Codificazioni

Il diritto ha una vocazione intrinsecamente applicativa: serve a risolvere controversie concrete tramite l'intervento del giudice (ha una funzione applicativa *in re ipsa*). Le radici di questo sistema risalgono al Diritto Romano, suddivisibile in tre grandi fasi: 1) L'età arcaica, caratterizzata da un diritto rudimentale e formalistico basato sulle *Leggi delle XII Tavole*. 2) L'età classica (intorno all'anno zero e fase del *princeps*), in cui fiorisce la giurisprudenza. Figure di esperti del diritto risolvevano i *casus* (casi concreti) formulando le loro *opiniones*. Più casi venivano risolti brillantemente, più cresceva la loro *auctoritas* (autorevolezza). 3) L'età tardo-antica, culmine raggiunto con Giustiniano, che ordinò e sistematizzò il vasto materiale giurisprudenziale nel *Corpus Iuris Civilis*.

Nel Medioevo si afferma il *diritto intermedio*, che perde il rigore della scrittura romana per diventare un diritto prevalentemente orale, consuetudinario e frammentato. Era un diritto basato sul censo e sul territorio, privo di eguaglianza formale e fortemente discriminatorio. Questa frammentazione perdura fino alla stagione delle grandi codificazioni ottocentesche. In Italia, dopo l'unità, si giunge al Codice Civile e al Codice di Commercio del 1865, poi fusi nell'unico *Codice Civile del 1942*. Negli ultimi decenni, questo testo centrale è stato affiancato da numerosi testi unici e leggi speciali (i cosiddetti *microcodici*), portando alla moderna stagione della *decodificazione*.

Diritto Positivo, Diritto Naturale e la Fattispecie

Il diritto vive nell'applicazione. Occorre distinguere il *diritto positivo*, ovvero l'insieme delle norme vigenti poste e scritte dal legislatore, dal *diritto naturale*, che richiama l'insieme dei valori ideali e preesistenti. La norma giuridica si esprime tipicamente attraverso una *fattispecie astratta* (un'ipotesi generale: "chiunque compie questo comportamento, subirà questo effetto giuridico o dovrà un risarcimento"). Quando nella realtà si verifica un evento che corrisponde a quell'ipotesi, parliamo di *fattispecie concreta*. Il compito dell'interprete è ricondurre la fattispecie concreta a quella astratta attraverso il rigoroso processo logico di *sussunzione* (o *qualificazione*), per individuare la corretta disciplina da applicare per risolvere il conflitto.

La Piramide delle Fonti e i Valori Costituzionali

Le regole dell'ordinamento non sono tutte sullo stesso piano, ma sono ordinate secondo un principio gerarchico nella *piramide delle fonti*: al vertice le norme costituzionali, seguite da quelle comunitarie, primarie (leggi), secondarie (regolamenti) e infine le consuetudini.

La Costituzione fissa il principio per cui la *persona* è al vertice dei valori. Vengono garantite le *libertà negative*, come la libertà di movimento, che sono inviolabili e possono essere limitate solo in casi eccezionali previsti dalla legge (es. arresto preventivo), e le *libertà positive*, come la libertà di associazione, che lo Stato deve favorire.

Il Bilanciamento dei Valori: Il Caso Omega

Sotto lo Statuto Albertino e durante il regime fascista, l'ordinamento proteggeva innanzitutto il patrimonio, il profitto e le logiche di mercato. Oggi il cambio di rotta impone un *bilanciamento dei valori*. Un esempio emblematico di come il valore personalistico prevalga su quello economico è il *Caso Omega* affrontato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In quel caso, fu vietata la commercializzazione e l'uso di un videogioco/laser game che simulava l'omicidio di bersagli umani. Le istituzioni europee hanno stabilito che la libertà di iniziativa economica e la logica del profitto devono cedere il passo di fronte alla tutela della *dignità umana*. Pertanto, ogni norma giuridica e ogni attività di mercato devono essere sempre interpretate alla luce dei principi personalistici supremi.

1.2 Lezione 2 - Diritto Costituzionale, Fonti e Interpretazione

La svolta verso il diritto civile costituzionale e le libertà

Il diritto è posto e scritto dal legislatore, ma il nostro ordinamento ha subito un fondamentale cambio di prospettiva. Si è passati da un ordinamento fascista, improntato alla logica della massimizzazione del profitto anche a discapito della

persona, ad un sistema giuridico che si fonda sul *valore della persona*. Nel *giudizio di bilanciamento*, il valore non patrimoniale e personalistico prevale su quello patrimoniale, di cui può essere espressione la proprietà o l'impresa. Oggi la proprietà, il mercato e l'attività economica sono riconosciuti soltanto nei limiti in cui non comportino una lesione dei valori personalistici. Ad esempio, l'impresa oggi deve essere caratterizzata dalla sostenibilità, risultando eco-friendly e conforme alle esigenze dell'ambiente in cui l'uomo è collocato, come sancito dall'articolo 9 della Costituzione. Poiché la norma del 1942 deve essere reinterpretata alla luce della Costituzione sopravvenuta, si parla a tutti gli effetti di un *diritto civile costituzionale*. Lo Stato riconosce *libertà negative*, che non possono essere comprese se non in casi eccezionali tramite provvedimenti del giudice (come le restrizioni della libertà personale in caso di sospetto di reato), e *libertà positive*, che lo Stato deve attivamente incentivare. Tra queste spicca il *principio di eguaglianza*: l'*eguaglianza formale* sancisce che la legge è uguale per tutti, mentre l'*eguaglianza sostanziale* impone allo Stato di adottare misure per impedire discriminazioni e rendere effettiva tale libertà per tutti gli individui, non solo i cittadini, presenti sul territorio italiano.

Il Diritto Comunitario: Regolamenti e Direttive

Scendendo nella piramide delle fonti normative, troviamo le *norme comunitarie* emanate dall'Unione Europea, un'organizzazione internazionale unita a un centro di produzione del diritto. La Commissione Europea fa le proposte legislative, mentre il Parlamento Europeo emana le norme. A differenza dei decenni passati, oggi le norme comunitarie incidono fortemente sul diritto privato e sul diritto del lavoro. Un esempio lampante è il *diritto dei consumatori*, che prevede tutele specifiche, come il diritto di recesso entro 14 giorni per gli acquisti (es. su Amazon o eBay) effettuati per scopi personali. Il Parlamento europeo emana due tipologie fondamentali di atti normativi: il *regolamento* e la *direttiva*. Il *regolamento comunitario* contiene norme obbligatorie che si applicano direttamente in tutti gli Stati membri, garantendo un'armonizzazione massima del diritto. L'ordinamento italiano si definisce "aperto" proprio perché recepisce questa eteronormazione comunitaria, per cui il giudice italiano è tenuto ad applicare direttamente i regolamenti. La *direttiva*, al contrario, non è direttamente applicabile ma individua degli obiettivi che gli Stati membri devono raggiungere emanando un atto normativo interno di dettaglio, portando così a un'armonizzazione minima nel rispetto delle peculiarità giuridiche locali. L'attuazione della direttiva avviene generalmente tramite una fonte primaria interna (la legge comunitaria) e gli Stati inadempienti sono soggetti a pesanti sanzioni. Fa eccezione la *direttiva self-executing* (direttamente applicabile), che contiene norme di dettaglio attributive di diritti diretti ai cittadini ed entra in vigore senza bisogno di un preventivo atto di attuazione. In ogni caso, le norme comunitarie restano subordinate ai principi della Costituzione italiana: non possono scardinare i valori personalistici su cui si fonda l'ordinamento. In caso di contrasto grave, il giudice può sollevare una *questione di legittimità costituzionale* dinanzi alla Corte Costituzionale la quale, qualora accerti l'in-

costituzionalità, espunge e invalida la norma dall'ordinamento giuridico. Oggi i conflitti sono comunque rari, poiché anche l'Unione Europea (es. con la Carta di Nizza) ha allineato la propria visione ponendo la persona e i valori solidali al di sopra della semplice logica di mercato.

Le Fonti Primarie, Secondarie e i Criteri di Risoluzione delle Antinomie

Proseguendo lungo la piramide, troviamo le *fonti primarie*, ovvero la legge. Occorre precisare che "diritto" e "legge" non sono sinonimi: il diritto rappresenta l'ordinamento giuridico nel suo complesso (incluse norme comunitarie e consuetudini), mentre la legge è solo una specifica fonte del diritto emanata dal Parlamento. Il procedimento legislativo parte dall'iniziativa, prosegue con la "navetta legislativa", e si conclude con l'approvazione finale. Segue la fase della promulgazione e infine la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, che rende la legge obbligatoria decorsi i 15 giorni di *vacatio legis*. Il Governo può emanare *decreti legge* solo in reali casi di necessità e urgenza, aventi efficacia precaria poiché devono essere convertiti in legge dalle Camere entro 60 giorni, pena la decadenza retroattiva. Nei *decreti legislativi*, invece, il Parlamento approva prima una legge delega fissando gli obiettivi, e successivamente il Governo scrive le norme attuative senza incorrere in eccesso di delega. Sotto le fonti primarie vi sono le *norme secondarie*, come i regolamenti della pubblica amministrazione. Alla base della piramide troviamo infine gli *usi e le consuetudini*, che sono norme non scritte fondate su due requisiti: la *diuturnitas* (la reiterazione costante di un comportamento) e l'*opinio iuris ac necessitatis* (la consapevolezza che tale comportamento sia obbligatorio). Per coordinare il sistema normativo e risolvere i contrasti tra le norme (le cosiddette *antinomie*), si applicano tre criteri. Il *criterio gerarchico* stabilisce che la norma inferiore non può contrastare quella superiore. Il *criterio di specialità* prevede che la norma speciale prevalga su quella generale. Il *criterio cronologico* comporta l'abrogazione della norma più antica: la norma emanata successivamente deroga e annulla quella precedente contrastante.

Il Diritto Internazionale Privato

Quando una controversia coinvolge una fattispecie non totalmente interna all'ordinamento italiano intervengono le norme di *diritto internazionale privato*. Tali norme sono definite "strumentali": non forniscono in via diretta la disciplina materiale applicabile, ma individuano un *criterio di collegamento* essenziale per permettere al giudice di stabilire a quale ordinamento nazionale fare riferimento. Nelle successioni ereditarie, ad esempio, il giudice italiano applicherà la *lex rei sitae* individuando il diritto del luogo in cui si trovano i beni.

Il Processo Unitario di Qualificazione e Interpretazione della Norma

Dinanzi a una norma giuridica scritta, l'interprete deve stabilirne l'esatto significato e la portata operativa. Il processo ha inizio con la *qualificazione* (chiamata anche *sussunzione logica*), un'operazione mentale mediante la quale il giudice riconduce un fatto concreto accaduto nella realtà naturale alla corrispondente categoria giuridica astratta. Successivamente, l'interprete deve procedere all'*interpretazione*, attribuendo un significato concreto alla norma astratta. Questi processi di qualificazione e di interpretazione avvengono in modo simultaneo e unitario all'interno della mente dell'interprete.

I Criteri dell'Interpretazione: Letterale, Logico, Storico, Sistemico e Assiologico

Per arginare il rischio di interpretazioni arbitrarie, l'interprete deve seguire rigorosi *criteri ermeneutici*. Il primo è il *criterio letterale*, che obbliga a interpretare la norma in base al significato testuale delle parole. Si applica poi il *criterio logico*, fondamentale per escludere interpretazioni che genererebbero assurdità. Viene poi il *criterio storico-evolutivo*, vitale per contestualizzare ed attualizzare norme emanate decenni fa alla società contemporanea. Molto importante è il *criterio sistemico*, in base al quale una singola norma non deve mai essere interpretata in modo isolato, bensì collocata nel macro-contesto dell'ordinamento giuridico unitario. Il criterio supremo è infine il *criterio assiologico*, che esige che l'interpretazione normativa sia in tutto e per tutto conforme ai valori personalistici fondanti espressi dalla Costituzione.

Il docente, dopo questo inciso sull'immissione, compie una breve pausa metodologica ribadendo l'assoluta necessità che gli studenti frequentino costantemente, studino criticamente sui manuali e non si limitino a preparare l'esame a memoria tramite slide sintetiche e riduttive.

L'Interpretazione Analogica, le Clausole Generali e le Lacune del Diritto

Quando si presenta un caso per il quale l'ordinamento non prevede una disciplina specifica, siamo in presenza di *lacune*. Interviene in soccorso l'*interpretazione analogica*. Il primo strumento disponibile è l'*analogia legis*, che autorizza ad applicare a un caso non disciplinato la normativa prevista per un "caso simile", purché esso presenti la medesima *ratio*. Se l'applicazione dell'analogia legis dovesse rivelarsi impossibile, si fa ricorso all'*analogia iuris*, risolvendo la controversia applicando in via diretta i *principi generali* dell'ordinamento costituzionale. Il sistema del diritto privato è strutturato combinando puntuali norme di dettaglio con principi supremi elastici e *clausole generali*. Le clausole generali, come la *buona fede*, il *buon costume* o l'*ordine pubblico*, sono concetti normativi volutamente vaghi che impongono all'interprete il compito di riempirle materialmente di contenuto caso per caso.

La lezione si conclude ricordando che nella prossima lezione verranno esplorati concetti fondamentali per gli istituti futuri, come l'effetto giuridico e l'interesse del soggetto.

1.3 Lezione 3 - Interpretazione, Situazioni Giuridiche Soggettive ed Effetti Giuridici

Il Ripasso sull'Interpretazione e il Ruolo dell'Interprete Umano

Queste lezioni di metodo sono fondamentali per costruire la nostra *cassetta degli attrezzi*, fornendoci gli strumenti per comprendere gli istituti in modo consapevole e critico, non meramente mnemonico. Riprendendo il tema dell'interpretazione, ribadiamo che la norma, in quanto testo scritto, necessita sempre della mediazione di un essere umano. La scienza giuridica è al servizio dell'uomo e il diritto vive nella sua proiezione applicativa: la norma astratta deve calarsi nella fattispecie concreta. Questo avviene tramite due procedimenti mentali unitari e simultanei: la *qualificazione* (ricondere il caso concreto alla categoria astratta) e l'*interpretazione* della norma per individuare la disciplina applicabile al conflitto di interessi. Utilizzando la metafora dello spartito musicale, l'esecuzione dello spartito genera il suono, ovvero il *diritto vivente* (*law in action*), il diritto per come viene concretamente applicato nelle aule di tribunale. L'interpretazione risente inevitabilmente della *precomprensione*, ovvero il bagaglio valoriale, culturale e di esperienza dell'interprete (giudice o giurista). Per questo l'Intelligenza Artificiale fatica a sostituire il giudice: le manca questa sensibilità. Nel diritto non esiste un'unica interpretazione "esatta" in senso matematico e immutabile, fissata *sub specie aeternitatis* (per l'eternità); essa muta nel tempo e, se il giudice commette errori di logica o metodo, la sentenza può essere impugnata nei *vari gradi di giudizio*.

I Criteri dell'Interpretazione: Oltre il Dato Letterale

Il punto di partenza è l'*interpretazione letterale* (art. 12 delle preleggi). Questa fase dipende moltissimo dalla qualità del *drafting legislativo* (la tecnica con cui il Parlamento redige materialmente il testo): se il testo è ambiguo o scritto male, il solo dato letterale si rivela subito insufficiente. Si prenda l'art. 844 c.c. sulle immissioni: nel 1942, in ottica corporativa, la *normale tollerabilità* favoriva la produzione industriale. Oggi, rileggendo la norma alla luce della Costituzione, se un'immissione lede la salute (fisica o psichica, generando ad es. stress o depressione), l'interesse personalistico prevale su quello produttivo, dando luogo al risarcimento. Anche la proprietà deve assolvere a una *funzione sociale*, altrimenti può subire limiti o espropri. L'interprete deve quindi applicare il *criterio logico*, il *criterio storico-evolutivo* (per adeguare norme vecchie al contesto attuale tramite il processo di *eterogenesi dei fini*), e i criteri *sistematico e assiologico*. Il diritto privato non è fatto solo di norme di dettaglio, ma di principi elastici (solidarietà, eguaglianza) e *clausole generali* (buona fede, buon costume) che vanno riempite di contenu-

to dall'interprete per attuare il valore personalista costituzionale. In presenza di lacune normative, si ricorre all'*interpretazione analogica (analogia legis* o, in subordine, *analogia iuris*), per evitare il delitto di denegata giustizia. L'analogia richiede due requisiti: la somiglianza del caso e la *eadem ratio* (la medesima ragione o interesse tutelato). Così si estendono le tutele del minore all'anziano fragile, o quelle del matrimonio alle convivenze di fatto. Attenzione: l'analogia è *vietata per le norme penali* (per il principio di stretta legalità) e per le *norme eccezionali*. Tuttavia, pur essendoci il divieto di analogia, per le norme eccezionali è sempre ammessa l'*interpretazione estensiva*, a patto che l'interesse tutelato (la *ratio*) sia perfettamente omogeneo e coincida con la portata della norma stessa.

Le Situazioni Giuridiche Soggettive (SGS): Titolarità ed Esercizio

Entriamo nell'analisi delle *Situazioni Giuridiche Soggettive (SGS)*. Il concetto lega un soggetto a un bene tramite un potere. La *titolarità* è il legame statico: "Il soggetto è titolare di una situazione giuridica soggettiva assoluta su un bene" (es. è proprietario di un cellulare). La prospettiva dinamica è invece l'*esercizio* di tale situazione. Il soggetto agisce per soddisfare un *interesse*, che è la "ragione per agire", il motore dell'azione giuridica. L'interesse può essere *patrimoniale* (vendere per guadagnare) oppure *esistenziale/non patrimoniale* (viaggiare per relax, realizzare se stessi). Oggi la giurisprudenza riconosce perfino al concepito, oltre ai tradizionali diritti patrimoniali ereditari, la titolarità di situazioni esistenziali. La titolarità può quindi essere attuale, futura o temporanea.

L'Agire Funzionale, l'Abuso del Diritto e l'Eccesso di Potere

L'interesse perseguito deve essere lecito e meritevole di tutela secondo i principi costituzionali. L'agire deve essere *funzionale*. Quando la situazione viene esercitata per finalità distorte e contrafunzionali rispetto a quelle per cui l'ordinamento l'ha concessa, si cade nella patologia dell'*abuso del diritto*. Un esempio classico è il *divieto di atti emulativi* (art. 833 c.c.): il proprietario non può compiere atti sul proprio fondo che non abbiano altro scopo se non quello di nuocere o recare molestia al vicino. Se lo fa, abusa di un diritto di cui è titolare e deve risarcire il danno. Concettualmente diverso è l'*eccesso di potere* (es. nella rappresentanza): qui il soggetto non abusa di un potere che ha, ma esercita un potere di cui non è affatto titolare (gli manca la legittimazione).

Diritti Assoluti, Diritti Relativi e Rapporto Giuridico

La SGS attiva per eccellenza è il *diritto soggettivo*. Quando allarghiamo lo sguardo, notiamo che a una situazione attiva di un soggetto corrisponde sempre una situazione passiva di un altro: questa correlazione prende il nome di *rapporto giuridico*. Nei *diritti assoluti* (es. diritti reali come la proprietà, o diritti della personalità), alla situazione attiva corrisponde un generico *dovere*

di astensione in capo a tutti gli altri consociati (*omnes*). Il diritto è opponibile *erga omnes* e il titolare realizza il suo interesse direttamente sul bene, senza bisogno della cooperazione altrui. Nei *diritti relativi* (es. rapporto obbligatorio), abbiamo un *diritto di credito* (attivo) correlato a un'*obbligazione* (passiva). Riguarda soggetti determinati e, in questo caso, la cooperazione del debitore è indispensabile: senza il suo *adempimento*, il creditore non può soddisfare il proprio interesse.

La Tripartizione degli Effetti Giuridici

A una fattispecie, l'ordinamento ricollega degli *effetti giuridici*, che si dividono in tre categorie essenziali:

- **Effetto costitutivo**: fa nascere una situazione giuridica prima inesistente (es. acquisto della proprietà di una *res nullius* tramite occupazione).
- **Effetto modificativo**: altera la disciplina di un rapporto giuridico preesistente senza estinguerlo (es. la novazione o la modifica di una scadenza).
- **Effetto estintivo**: pone fine alla situazione o al rapporto giuridico (es. la prescrizione per inerzia prolungata nel tempo, o il mutuo dissenso che scioglie un contratto).

Diritto Potestativo, Aspettativa, Potestà e Interesse Legittimo

Esistono altre figure di SGS oltre al diritto soggettivo:

- **Diritto potestativo**: il potere di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica altrui. Il soggetto passivo si trova in una situazione di assoluta *soggezione* e non può opporsi (es. chiedere lo scioglimento della comunione).
- **Aspettativa giuridica**: una situazione attiva strumentale e temporanea, prodromica all'acquisto di una titolarità definitiva (es. acquisto di frutti futuri).
- **Potestà** (oggi *responsabilità genitoriale*): è un potere-dovere. I rappresentanti legali del minore (i genitori) devono seguire un rigoroso *agire funzionale*, agendo non nel proprio interesse, ma esclusivamente per curare quello del soggetto debole.
- **Interesse legittimo (nel diritto privato)**: è il potere di controllo che il soggetto debole ha sull'operato di chi esercita la potestà. Qualora il minore ritenga che gli atti di potestà siano stati "deviati" dallo scopo e risultino *pregiudizievoli*, può far valere il suo interesse legittimo chiedendo al giudice l'*annullamento* di quegli atti.

- **Uffici di diritto civile:** sono poteri conferiti dalla legge a determinati soggetti che hanno il dovere di agire conformemente alla tutela legale, intervenendo ad esempio nei casi di lesione di una **tutela di fatto**. Costituiscono una sorta di funzione privata a protezione di interessi altrui.

Esistono infine le **situazioni di fatto** (come il possesso o la convivenza di fatto storica) che, pur non essendo formalizzate come diritti soggettivi fin dall'origine, sono meritevoli di tutela e la loro lesione ingiusta genera il diritto al risarcimento.

Il Collegamento tra Rapporti e le Garanzie

Le situazioni giuridiche possono intrecciarsi in **collegamenti negoziali**. L'esempio tipico è l'inserimento delle **garanzie** in un rapporto obbligatorio. Se chiedo un mutuo in banca (rapporto principale), la banca non mi concede il credito sulla fiducia, ma esige l'affiancamento di una **garanzia reale** (es. ipoteca sulla casa, pegno) o di una **garanzia personale** (es. una fideiussione di un genitore) per assicurarsi la restituzione del capitale.

2 Capitolo 2 - Libro primo del codice civile

2.1 Lezione 4 - I Soggetti di Diritto, la Capacità e lo Statuto del Concepito

I Soggetti, gli Enti e il Patrimonio

Entriamo nel vivo del Libro Primo, dedicato alle persone, occupandoci dei **soggetti** che si collegano alla situazione giuridica soggettiva tramite il legame della titolarità (attuale, potenziale, futura o temporanea). Questi soggetti si distinguono in **persone fisiche** ed **enti**. Attenzione a non confondere la **soggettività giuridica** con la persona giuridica: la soggettività giuridica ce l'hanno sia le persone fisiche che gli enti. L'insieme delle situazioni giuridiche soggettive, sia attive che passive, che fanno capo a un soggetto prende il nome di **patrimonio**. Nel diritto privato, con patrimonio ci riferiamo a questo coacervo che determina la sfera giuridica patrimoniale del soggetto, non alla semplice nozione contabile.

Il problema della soggettività oggi si è aperto ad altri soggetti, come gli **animali**. L'animale è un essere senziente, ma alla luce delle fonti non è un soggetto parificabile all'uomo; per questo si parla di "**soggettività limitata o parziale**". Nell'attuale contesto digitale, la **macchina** o l'intelligenza artificiale (i chatbot) non può essere considerata un soggetto di diritto, perché non forma una volontà cosciente prefigurandosi le conseguenze, ma soprattutto perché questi pseudosoggetti non sono muniti di un proprio patrimonio con cui rispondere dei loro atti. Persino gli schiavi, nel diritto romano, venivano muniti dal **dominus** di un piccolo patrimonio chiamato **peculium servile**. Affinché un soggetto inanimato acquisisca personalità, deve essere munito di un patrimonio. E qui, **per il trenta e lode**, concludo: quella dell'uomo è una **soggettività ontologica**, cioè vuol dire che l'uomo è effettivamente un soggetto, il soggetto

più perfetto. Nel caso invece degli enti o delle macchine, la soggettività passa attraverso il patrimonio. Questa si chiama **soggettività ascrittizia**, cioè una soggettività finta che noi elaboriamo sulla base della riferibilità a quel soggetto di un patrimonio.

Capacità Giuridica, Capacità di Agire e Fine della Vita

Quando il bambino esce dal grembo materno ed emette il primo vagito (iniziando l'atto respiratorio), ai sensi dell'articolo 1 del Codice Civile, acquista la **personalità giuridica** (o **capacità giuridica**), ovvero l'idoneità astratta ad essere titolare di situazioni giuridiche e di un patrimonio (visione statica). Tuttavia, dalla nascita fino al 18° anno, il legislatore lo ritiene immaturo psicologicamente. Al compimento del 18° anno si acquista la **capacità di agire**, potendo esercitare concretamente quelle situazioni per realizzare l'interesse (visione dinamica). Fino ad allora queste situazioni sono "congelate" e si possono esercitare solo tramite la **rappresentanza legale** (genitori o tutore) che agisce nell'interesse dell'incapace. La capacità giuridica e di agire cessano inevitabilmente con la **morte cerebrale** (encefalica). Per i soggetti in stato vegetativo si aprono le problematiche relative alle **DAT (Disposizioni Anticipate di Trattamento)**, il cosiddetto testamento biologico, con cui il soggetto dà istruzioni previe sul proprio corpo e patrimonio.

Pubblicità, Dimora, Fictio Iuris e Commorienza

Queste vicende (nascita, morte, status matrimoniale) devono essere conoscibili tramite un **fenomeno pubblicitario** disciplinato dall'ordinamento dello stato civile, tenuto dal sindaco, che garantisce una "**pubblicità notizia**" a tutti i consociati. Da non confondere con la "**pubblicità dichiarativa**" dei registri immobiliari, che riguarda le vicende circolatorie e risolve i conflitti. La persona è munita di una **dimora** (luogo in cui vive attualmente), di una **residenza** (dimora abituale) e di un **domicilio** (centro di interessi professionali). Vi sono poi eventi paragonati alla morte tramite finzione giuridica (**fictio iuris**): la **scomparsa** (dichiarata dal tribunale se non si hanno notizie, con effetto di conservazione del patrimonio); l'**assenza** (dopo 2 anni, in cui si immettono gli interessati nel possesso dei beni, ma senza potere dispositivo e senza scioglimento del matrimonio); e la **morte presunta** (dopo 10 anni, es. il noto caso di Ylenia Carrisi), che apre la successione e dà stato libero al coniuge. Riguardo allo straniero, la Cassazione ha precisato che la "**condizione di reciprocità**" si applica solo alle situazioni patrimoniali, mentre i diritti fondamentali della persona sono garantiti a chiunque sul nostro territorio democratico. Si applica inoltre la **presunzione di commorienza** (Art. 4 c.c.): in caso di incertezza su chi tra due persone sia morta prima, si presume che siano morte nello stesso momento.

Lo Statuto del Concepito (Domanda d'esame)

Il *concepito* è l'essere che si trova nel grembo materno. Questa è una *domanda d'esame*: oggi la giurisprudenza, tramite un'interpretazione sistematica e assiologica (richiamando la Legge sull'IVG, l'Art. 2 e l'Art. 32 della Costituzione letti assieme all'Art. 1 c.c.), è giunta a ritenere il concepito un vero e proprio *soggetto giuridico*. È titolare di limitate situazioni patrimoniali (ricevere per donazione o successione in caso di genitore premorto), subordinate rigorosamente all'evento della nascita. Ma il formante giurisprudenziale ha chiarito che il concepito è titolare anche di *situazioni esistenziali*, in primis il diritto alla salute. La Cassazione ha precisato che il concepito non ha il diritto a "nascere sano" (la madre può decidere di partorire un figlio malformato). Tuttavia, qualora vi sia una *condotta illecita del medico* – come la negligenza nell'omessa informazione di una malformazione, causando un "*danno da im-preparazione all'evento*" e ledendo il *consenso informato*, o l'imprudente somministrazione di farmaci tossici in gravidanza – sia i genitori sia il bambino nato malformato avranno un *autonomo diritto al risarcimento del danno*.

Il Minore, la Rappresentanza e l'Atto Claudicante (Per il 30)

Dalla nascita ai 18 anni (salvo eccezioni come il contratto di lavoro a 15 anni e la dispensa matrimoniale), il *minore* è in stato di *incapacità legale*. I suoi atti giuridici sono patologici e soggetti ad *annullabilità*. Attenzione, *per il 30*, questo si chiama "*atto claudicante*" (cioè zoppo): solo il minore, raggiunta la maggiore età, fatta una valutazione di convenienza potrà chiedere al giudice l'annullamento (se l'atto gli ha recato pregiudizio) o decidere di convalidarlo. L'altra parte contraente non ha mai questo potere. C'è un'eccezione: se il minore ha *occultato dolosamente la sua età con raggiri*, viene sanzionato e perde il potere di annullamento. Il patrimonio del minore è gestito dai genitori tramite la *rappresentanza legale*; per gli atti di *straordinaria amministrazione* serve un controllo preventivo tramite l'autorizzazione del giudice tutelare o del notaio per evitare pregiudizi.

L'Incapacità Naturale e le Actiones Liberae in Causa (Per i più bravi)

Infine, un'altra fondamentale *domanda d'esame*: l'*incapacità naturale* (Art. 428 c.c.). È una forma di incapacità temporanea in cui tutti noi, pur perfettamente capaci giuridicamente e di agire, possiamo venirci a trovare a causa di uno stato di offuscamento (es. per assunzione temporanea di alcol o stupefacenti) che fa perdere la capacità di intendere e volere. Il contratto stipulato in questo stato è *annullabile*, ma occorre provare due presupposti: uno oggettivo (il *depauperamento patrimoniale*/grave pregiudizio dell'incapace) e uno soggettivo (la *mala fede* dell'altro contraente che, secondo i parametri della diligenza media, si è accorto dello stato di alterazione e ne ha approfittato). Attenzione a questa precisazione *per i più bravi*: tutto questo vale se non ci si è messi di proposito in quella condizione. Se io mi sono scientemente autoprocuro questo stato di incapacità (applicando la teorica delle *actiones liberae*

in causa) e cagiono un danno a terzi, lo stato di incapacità non funge in alcun modo da scudo. Io perdo la capacità di intendere e di volere contrattuale, ma non perdo la mia "**capacità delittuale**": di conseguenza, dovrò risarcire tutti i danni civili e rispondere penalmente del mio illecito (ad esempio, per omicidio stradale uscendo dalla discoteca ubriaco).

2.2 Lezione 5 - Incapacità, Amministrazione di Sostegno e Diritti della Personalità

L'Incapacità Naturale, il Contratto e le *Actiones Liberae* in Causa (Domanda Fondamentale per i più bravi)

Tutti noi, essendo persone fisiche maggiorenni e pienamente capaci giuridicamente e di agire, possiamo venirci a trovare in una forma di incapacità temporanea, la cosiddetta **incapacità naturale** (art. 428 c.c.). Questa è una **classica domanda d'esame**, dove spesso si fa scena muta. Si tratta di uno stato di offuscamento transitorio della volontà (ad esempio per l'assunzione temporanea, non cronica, di alcol o sostanze stupefacenti, o in rari casi come l'ipnosi) che ci rende temporaneamente incapaci di intendere e di volere. Se io compio un atto giuridico, nella specie un **contratto**, in questo stato, l'atto è patologico, ovvero **annullabile**. Chi ne chiede l'annullamento deve provare due presupposti:

- Un **requisito oggettivo**: il **grave pregiudizio patrimoniale** (il depauperamento del proprio patrimonio).
- Un **requisito soggettivo**: la **mala fede** dell'altro contraente, ovvero dimostrare che questi, secondo i parametri della diligenza media, era in grado di accorgersi del mio stato di incapacità e ne ha approfittato.

Attenzione a questo passaggio **per i più bravi**, ricordatelo bene: tutto questo vale per gli atti negoziali. Ma se io in questo stato di incapacità naturale cagiono un danno a terzi (un illecito civile o penale), la mia **capacità delittuale** viene meno? La risposta è no, se si applica la teorica delle **actiones liberae in causa**. Se io mi sono scientemente e consapevolmente autoprocurato questo stato (ho bevuto, ho preso stupefacenti) accettando il rischio, lo stato di incapacità non funge in alcun modo da scudo. La capacità delittuale rimane integra: risponderò di tutti i danni civili verso i terzi e risponderò penalmente del mio reato (ad esempio, omicidio stradale uscendo dalla discoteca).

Le Forme di Incapacità Legale: L'Interdizione e l'Eccezione degli Atti Esistenziali (Questo non lo trovate sui libri)

Finora abbiamo visto l'incapacità naturale e quella del minore, ora vediamo le **incapacità legali degli adulti**, poste in ordine di gravità. La prima e più grave è l'**interdizione giudiziale**. Parliamo di un soggetto maggiorenne affetto da un'**infermità di mente abituale, cronica e gravissima** (non un semplice esaurimento nervoso curabile), tale da renderlo totalmente incapace di

provvedere ai propri interessi. Il giudice, su istanza dei parenti, affini o del Pubblico Ministero, emana una sentenza (trascritta nello Stato Civile) e nomina un **tutore** che si sostituisce all'interdetto per gli atti patrimoniali. Se l'interdetto compie atti patrimoniali da solo, questi sono annullabili. Attenzione, **questo non lo trovate sui libri**, ma per me è fondamentale: l'interdetto non può compiere atti patrimoniali, è vero, ma può compiere liberamente tutti quegli atti che realizzano i suoi interessi esistenziali e la sua attività creativa, i cosiddetti "**atti personalissimi**" (es. decidere di sciogliere il matrimonio o dare il consenso all'adozione). L'unica eccezione esistenziale è il **TSO (Trattamento Sanitario Obbligatorio)**, a cui l'interdetto, se pericoloso per sé o per la collettività, deve sottostare per ordine del giudice. Vi è poi l'**interdizione legale**, che non nasce da una patologia, ma è una **pena accessoria** a una condanna per reati gravi (es. corruzione contro la Pubblica Amministrazione): il soggetto diventa incapace di stipulare contratti di natura patrimoniale con la PA, ma resta capace nei rapporti tra privati.

L'Inabilitazione e la Prodigalità

Un gradino sotto troviamo l'**inabilitazione**, pronunciata quando la patologia è meno grave. Anche qui interviene il giudice, ma nomina un **curatore**. Attenzione, il curatore non sostituisce l'inabilitato, ma ne **integra la volontà** (è un **atto collegiale**, serve l'autorizzazione del curatore). Quali sono le quattro cause di inabilitazione (**domanda d'esame**)?

- Infermità di mente non tanto grave da far luogo all'interdizione.
- Abuso cronico (non temporaneo) di alcol o stupefacenti.
- Cecità o sordità congenita (dalla nascita).
- La **prodigalità**. E qui vi ricordo l'etimologia: il prodigo è colui che ha l'incapacità di attribuire un corretto valore ai beni e se ne spoglia immotivatamente, recando un grave danno al suo patrimonio. Il classico esempio è donare al primo che passa per strada una pelliccia da 5.000 euro.

L'Amministrazione di Sostegno e il Testamento Nullo (Sentenza Cassazione Febbraio 2026 per i più bravi)

Nel 2006 è stata introdotta l'**amministrazione di sostegno (AdS)**. La Corte Costituzionale ha precisato che questi tre istituti (interdizione, inabilitazione, AdS) devono essere posti in ordine di gradualità, preferendo sempre l'istituto meno mortificante, l'AdS, e lasciando l'interdizione come ipotesi residuale. L'AdS si applica in caso di **menomazione fisica o psichica, anche temporanea** (es. Alzheimer, Sindrome di Down, ma anche la ludopatia o gioco d'azzardo patologico). Perché non è mortificante? Perché nel decreto di nomina il giudice indica **analiticamente e specificamente** solo gli atti per i quali è necessario l'intervento dell'amministratore. Per tutti gli atti non scritti nel

decreto, il beneficiario conserva la sua *totale capacità di agire*. Attenzione ai notai e *per i trenta e lode*, vi cito una recentissima sentenza di Cassazione di febbraio 2026 sul *testamento*: il testamento è un *atto personalissimo*. La Cassazione ha stabilito che se il decreto del giudice non specifica espressamente che il beneficiario ha perso la capacità di testare, il soggetto può fare testamento da solo! Se invece in questi casi interviene l'amministratore di sostegno a redigerlo insieme a lui, quel testamento non è semplicemente annullabile, è *radicalmente nullo!*

Le Situazioni Esistenziali (Diritti della Personalità) e la Teoria Monistica

Passiamo alle *situazioni esistenziali*, o *diritti della personalità*, che realizzano la persona ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione. Sono diritti:

- *Assoluti* (opponibili *erga omnes*, i consociati hanno il dovere di non violarli);
- *Imprescrittibili* (non si estinguono se non vengono esercitati nel tempo);
- *Indisponibili* (non hanno potere di disposizione, non posso vendere il mio diritto alla vita).

L'unica eccezione riguarda lo *sfruttamento economico della propria immagine* (es. merchandising o sponsorizzazione per persone celebri). Il dibattito si divide tra teoria pluralista e *teoria monistica*. Noi sposiamo quest'ultima: l'articolo 2 della Costituzione è la clausola generale da cui originano tutti questi diritti in un *catalogo aperto* (man mano che la società si evolve, nascono nuovi diritti, come recentemente il diritto alla privacy).

Diritto alla Salute, Consenso Informato e l'Art. 5 c.c. sugli Atti di Disposizione del Corpo

Il diritto alla vita e alla salute non significa diritto a "nascere sano" (la madre può partorire un figlio malformato), ma in caso di negligenza medica scatta il risarcimento del danno, anche come danno da impreparazione all'evento. Il *diritto alla salute* implica l'*autodeterminazione*: posso rifiutare un trattamento salvavita (es. trasfusione per i Testimoni di Geova) e posso stilare le *DAT (Disposizioni Anticipate di Trattamento / Testamento Biologico)*. Fondamentale è il *consenso informato*, che deve essere *reale, attuale e revocabile*: il paziente deve conoscere tutti i rischi e i benefici. Un modulo prestampato non spiegato genera responsabilità medica. *Articolo 5 c.c. sugli atti di disposizione del proprio corpo*: il soggetto non può disporre del proprio corpo (es. venderci un rene) se ciò comporta una *diminuzione permanente della sua integrità fisica*, o se l'atto è contrario all'*ordine pubblico o al buon costume*. Sono però ammesse la *donazione degli organi* (a titolo gratuito, per solidarietà costituzionale), il percorso di *transizione e rettifica del sesso* (legge del 1978), e la vendita di parti "staccate" come i capelli.

Diritto al Nome, Immagine, Onore e Privacy (Attenti a cosa scrivete sui Social!)

- **Il Nome e lo Pseudonimo (Art. 7 c.c.):** Tutelato contro due condotte: l'*usurpazione* (rubo il nome altrui) e l'*utilizzazione abusiva* (lo associo a prodotti commerciali senza consenso). Le difese sono l'*azione inibitoria* (il giudice ordina di cessare il comportamento), il *risarcimento del danno* e la *pubblicazione della sentenza*. Per gli enti, il nome si chiamerà denominazione o ragione sociale.
- **Il Diritto all'Immagine:** Serve il consenso per diffonderla, a meno che non si tratti di persona nota e via sia un interesse pubblico. Questo si bilancia col *diritto di cronaca*, lecito solo se rispetta tre requisiti: *verità del fatto, utilità della notizia e continenza formale*.
- **Integrità Morale (Onore) e Identità Personale:** L'*onore* è la reputazione, l'immagine di me a 360 gradi che si è formata nella collettività. L'*identità personale* è il diritto a essere rappresentati secondo la verità. E qui vi do un consiglio da giurista: *attenti a quello che scrivete sui gruppi WhatsApp dell'Università o sui social!* Se offendete un professore in un gruppo aperto, non è uno scambio privato, state integrando il reato di *diffamazione a mezzo stampa*, ledendo l'onore altrui e vi esponete a pesanti condanne e risarcimenti!
- **Diritto alla Privacy (Regolamento UE):** I dati personali necessitano di un consenso esplicito, uno scopo utile, una base giuridica e la minimizzazione (distruzione post-utilizzo). Esistono però i *dati sensibilissimi* (fede religiosa, orientamento sessuale, razza, stato di salute) che non possono essere diffusi nemmeno con il vostro consenso. Infine, esiste il *right to be forgotten (diritto all'oblio)*, ovvero la pretesa di far cancellare da Google i propri dati e vecchie sentenze quando non hanno più rilevanza sociale.

Giovedì inizieremo a parlare delle "formazioni sociali" dell'Articolo 2: le associazioni, le fondazioni e gli enti visti come "soggetti strumento" per la realizzazione della persona.

2.3 Lezione 6 - Il Patrimonio, gli Enti, le Associazioni e Introduzione al Processo Civile

Ripasso sulle Situazioni Esistenziali e Introduzione al Patrimonio

Oggi concludiamo il capitolo sulle persone fisiche. Ci siamo soffermati sulle *situazioni esistenziali* e sui loro caratteri: il diritto alla vita, il diritto alla salute (il diritto a lasciarsi morire, il rifiuto delle cure), i TSO (trattamenti sanitari obbligatori) come eccezione. Abbiamo visto l'articolo 5 (gli atti di disposizione del corpo), il diritto al nome, all'onore, alla reputazione (con i limiti

del diritto di cronaca giornalistica), l'integrità morale, l'immagine e, infine, il diritto alla privacy. Tutto questo catalogo aperto originerebbe, secondo la **teoria monistica**, dalla clausola generale dell'articolo 2 della Costituzione. E proprio dall'articolo 2 oggi dobbiamo ripartire per concludere il discorso sui soggetti, che richiama inevitabilmente quello di **patrimonio**. Abbiamo detto che sul piano giuridico il patrimonio di un soggetto non è una nozione contabile (come la studiate in economia), ma è **l'insieme delle situazioni giuridiche soggettive, sia attive che passive**, che afferiscono ad un determinato soggetto. In questi termini dobbiamo intendere anche il patrimonio degli enti.

I Referenti Costituzionali degli Enti e la Concezione Strumentale

L'ente è un soggetto collettivo, composto da più persone fisiche che si associano fra di loro. Qual è il referente costituzionale dell'ente? Dobbiamo distinguere tra un referente generale e uno specifico. Il referente generale è l'**articolo 2 della Costituzione**: lo Stato tutela l'individuo sia come singolo sia nelle "**formazioni sociali**" nelle quali si svolge la sua personalità. I gruppi giuridicamente rilevanti hanno infatti il carattere della **strumentalità**: il gruppo esiste nel diritto come "strumento" per realizzare gli interessi dei singoli (interessi esistenziali nel Libro Primo, o patrimoniali di lucro nelle società di diritto commerciale). Si è passati, ad esempio per la famiglia, da una concezione "istituzionale" (sacra, autonoma) a una **concezione strumentale**, affine a quella degli enti. Il referente specifico è l'**articolo 18**, che tutela la libertà di associazione, seppur con dei limiti: sono vietate le associazioni antidemocratiche, a delinquere, di tipo mafioso o armate.

Assembleamento, Riunione e Associazione

Che differenza c'è tra assembleamento, riunione e associazione?

- L'**assembleamento** non ha tutela costituzionale. È una riunione del tutto occasionale: pensate al "capannello" di persone che si forma per strada quando un soggetto viene investito. Quelle persone non si sono date un appuntamento, non c'è uno scopo prefissato.
- La **riunione** ha uno scopo e un contesto di luogo e di tempo, ma manca della cosiddetta "stabile organizzazione" reiterata nel tempo.
- L'**associazione** si ha quando le persone si riuniscono con una **stabile organizzazione** nel tempo e nello spazio per raggiungere uno scopo lecito e meritevole di tutela.

Enti Pubblici, Enti Privati, Privatizzazione e Nazionalizzazione

Gli enti si distinguono in pubblici e privati. Un ente è pubblico quando vi è la partecipazione (anche in concorso coi privati) dello Stato (es. Banca d'Italia, INPS). La storia ha conosciuto due fenomeni opposti:

- La **privatizzazione**: un ente pubblico si trasforma in privato. Lo Stato esce totalmente o partecipa col privato in settori essenziali (es. Ferrovie dello Stato diventate Trenitalia S.p.A., o l'Enel). Anche molti teatri (es. La Scala) sono fondazioni lirico-sinfoniche partecipate dallo Stato ma privatizzate.
- La **nazionalizzazione** (ormai in disuso, tipica degli ex paesi comunisti): lo Stato espropria beni privati per farli diventare pubblici (beni comuni).

Per stabilire se un ente è pubblico o privato la giurisprudenza utilizza degli **indici sintomatici**.

La Registrazione: Da Ente a Persona Giuridica (Concetto Fondamentale)

Attenzione, questa distinzione è un **passaggio fondamentale**: non dobbiamo confondere l'ente con la persona giuridica! Tutti gli enti sono "soggetti di diritto" (hanno un loro patrimonio), ma se l'ente chiede e ottiene la **registrazione**, si trasforma in **persona giuridica**. La registrazione è un procedimento amministrativo: l'ente fa istanza di riconoscimento alla **Prefettura** (potete andare a vedere l'albo degli enti riconosciuti sul sito della Prefettura di Roma). La Prefettura valuta l'atto costitutivo, lo statuto, gli organi e lo scopo. Se supera il controllo di ammissibilità, l'ente viene iscritto nel registro e diventa "persona giuridica".

Rappresentanza Organica e la Successione degli Enti (Per i 30 e lode)

Come agisce l'ente nel mondo giuridico, essendo inanimato? Si applica la **rappresentanza organica** (da *organon*). Dovete immaginare l'ente come un organismo: le sue "braccia" sono i singoli soggetti (gli **organi**) che ne fanno parte e compiono gli atti. A differenza della persona fisica, l'ente assume subito la capacità di agire, non deve aspettare i 18 anni! Ma l'ente può "morire"? Sì, se scade il termine di durata o raggiunge il suo scopo. Attenzione qui, **domanda per i 30 e lode**: cosa succede al patrimonio residuo quando l'ente muore? (Il prof risponde a uno studente: "Prima i liquidatori estinguono tutti i debiti, il **patrimonio residuo** è solo l'attivo!"). Per i 30 e lode, in base all'articolo 31 e in coerenza con la **teoria teleologica** (funzionalistica), il patrimonio residuo passa ad altri enti che perseguono uno scopo simile! Se nulla era stato stabilito dai fondatori nell'atto costitutivo redatto dal notaio, sarà l'autorità governativa (la Prefettura) a stabilirne la devoluzione.

Lo Scopo e le Attività Lucrative (Per il 30 e lode)

Gli enti del Libro Primo perseguono uno **scopo ideale**, solidaristico, non lucrativo (non egoistico). Le società (diritto commerciale) perseguono invece uno **scopo lucrativo**. Attenzione **per il 30 e lode**: un'associazione o fondazione

può svolgere un'attività lucrativa (es. vendere magliette e gadget per finanziarsi)? La giurisprudenza dice di SÌ, ma in base al criterio della "**non prevalenza**". L'attività lucrativa di rivendita non deve mai prevalere sullo scopo ideale primario. Esistono poi figure ibride (con legislazioni ad hoc) come l'**impresa sociale** o le **Società Benefit** (for-benefit), che hanno uno scopo misto.

L'Atto di Destinazione Patrimoniale e la Soggettività Ascrittizia (Per i 30 e lode)

Come si forma il patrimonio dell'ente? I privati separano una parte del loro patrimonio e la destinano all'ente (es. atto di "dotazione patrimoniale" per le fondazioni). L'ente può acquistare beni per atto *inter vivos* o *mortis causa* (eredità), e oggi lo fa liberamente, senza più dover chiedere la vecchia autorizzazione governativa (nata per evitare il fenomeno della "mano morta"). Questo è fondamentale **per i 30 e lode** nell'ambito della teoria della soggettività: l'**atto di destinazione**. Il privato compie un atto con cui separa una massa patrimoniale per destinarla a uno scopo. Nel diritto moderno passiamo così dalla "soggettività ontologica" (l'uomo in carne ed ossa) alla "**soggettività ascrittizia**": una *fictio* per cui l'ente è un "**soggetto-patrimonio**", la cui soggettività coincide con il patrimonio destinato allo scopo!

L'Effetto di Segregazione e l'Autonomia Patrimoniale (Fondamentale)

Attenzione: l'effetto di destinazione non coincide sempre con l'effetto di segregazione.

- Se l'ente NON è persona giuridica (non registrato), c'è **autonomia patrimoniale imperfetta**. I patrimoni si confondono. Se l'ente deve pagare le bollette dell'Enel e non ha soldi, l'Enel può rivalersi sul patrimonio personale dei singoli associati.
- Se l'ente È persona giuridica (registrato in Prefettura), si produce l'**effetto di segregazione**: c'è **autonomia patrimoniale perfetta**. Il patrimonio dell'ente è separato da quello dei soci. Se l'ente ha debiti, i creditori non possono MAI aggredire i patrimoni personali di chi ne fa parte.

L'Associazione Riconosciuta, gli Organi e l'Esclusione dell'Associato (Domanda da 30)

Si fonda sull'elemento personalistico (pluralità di persone), sul patrimonio e sullo scopo ideale. Si costituisce con un **atto costitutivo** (contratto plurilaterale) e uno **statuto** redatti per atto pubblico dal notaio. Gli organi sono tre: l'**Assemblea** (decide la policy e delibera), l'**Organo Amministrativo** (ha la rappresentanza legale verso l'esterno, es. firma il contratto con l'Enel) e l'**Organo di Controllo** (non obbligatorio ma opportuno). Attenzione, **domanda da 30 sull'esclusione dell'associato** (Art. 36): l'assemblea può escludere un associato solo per "**gravi motivi**" (es. concorrenza sleale contraria all'interesse dell'ente). L'associato ha una tutela: può rivolgersi al giudice

chiedendo la sospensione della delibera o la reintegrazione. Perché? Nelle sentenze si cita sempre l'Articolo 2 della Costituzione (interpretazione assiologica): non si può escludere una persona solo perché "sta antipatica", è in gioco la libertà costituzionale di associazione! (È sempre previsto, inoltre, il diritto di *recesso*/uscita libero).

L'Associazione Non Riconosciuta (Domanda d'Esame)

Non è iscritta nel registro (es. partiti politici, associazioni sportive, sindacati). I sindacati non hanno mai chiesto il riconoscimento per non sottoporre i loro statuti al controllo governativo. Ha autonomia patrimoniale imperfetta, il patrimonio è un "*fondo comune*". **Domanda d'esame:** se i fondi non bastano, chi risponde dei debiti? Non rispondono tutti gli associati, ma SOLO coloro che *hanno agito in nome e per conto* dell'associazione (ovvero gli amministratori, chi ha la "gestio" dell'ente).

La Fondazione e i Comitati

La *fondazione* ha SEMPRE autonomia patrimoniale perfetta, è sempre persona giuridica (non esiste la fondazione non riconosciuta). Manca la pluralità di persone: è un patrimonio segregato destinato a uno scopo ideale (es. Fondazione Bocelli). Si costituisce tramite un atto unilaterale chiamato *atto di dotazione patrimoniale* (può esserci uno o più fondatori). A differenza delle associazioni, la fondazione è soggetta a un controllo penetrante e costante della Prefettura su tutta la sua vita. Il *comitato* è una figura ibrida: ci sono i *promotori* (che stilano il programma e raccolgono fondi) e i *sottoscrittori* (che versano l'*oblazione*, cioè l'offerta). Se il comitato non è riconosciuto, i promotori rispondono personalmente dei debiti se i fondi non bastano. I sottoscrittori invece rispondono SOLO per l'oblazione promessa (es. ti ho promesso 100 euro, ti do 100 euro e basta).

I Diritti della Personalità per gli Enti

Gli enti sono titolari di diritti della personalità? Sì, in base all'interpretazione analogica secondo compatibilità. Il diritto al nome diventa il diritto alla *denominazione*; il domicilio diventa la *sede legale*; il diritto all'onore/immagine è tutelato contro il *danno da discredito* (se un associato compie un atto odioso che scredita l'ente, l'ente può chiedere il risarcimento).

Introduzione al Processo Civile e le Prove (Per capire la prescrizione)

Per capire la prescrizione e le eccezioni (e per non pensare solo a Barbara Palombelli e a Forum!), chiudiamo spiegando come funziona un processo civile. Si avvia tramite una *domanda giudiziale* (atto introduttivo chiamato "citazione"). Il soggetto che agisce in giudizio si chiama *attore* (*actor*). Il soggetto evocato in giudizio che si deve difendere si chiama *convenuto*. Il giudice decide

in base alle prove raccolte (*secundum alligata et probata*). Chi perde il giudizio subisce il **principio di soccombenza**: deve pagare le spese processuali all'avvocato di chi ha vinto. Il giudice emana una sentenza, che può essere:

- **Sentenza di accertamento**: accerta una situazione di incertezza giuridica (es. due litigano per un cellulare, produco lo scontrino, il giudice accerta che è mio), non modifica la realtà.
- **Sentenza costitutiva o di condanna**: modifica la realtà giuridica preesistente. Se l'attore prova che la convenuta non gli ha restituito 100 euro, il giudice la condanna a pagare. Attenzione, quella sentenza non è carta straccia! Se la convenuta continua a non pagare, si passa al **processo esecutivo**: l'attore fa espropriare i suoi beni, li vende all'asta e si soddisfa forzatamente sul ricavato!

3 Capitolo 3 - Libro sesto del codice civile

3.1 Lezione 7 - Il Processo Civile, le Prove e la Prescrizione

Il Processo di Cognizione e la Triade delle Sentenze

Riprendiamo la lezione della volta scorsa, inserendo nella nostra "cassetta degli attrezzi" alcune nozioni relative al processo e alle prove. Questo ci serve per capire il concetto di difesa e di eccezione, e in particolar modo per parlare dell'eccezione di prescrizione. Abbiamo detto che nel caso in cui sorga una lite tra due soggetti privati, questa viene composta da un soggetto terzo imparziale, il giudice. Si celebra cioè il **processo civile**, disciplinato nel Libro Sesto del Codice Civile (dedicato alla tutela dei diritti e alle prove). Questo processo si chiama **processo di cognizione** (dal latino *cognoscere*, il giudice conosce la controversia e la decide). L'attore propone l'azione (quella che i latini chiamavano *actio*) munendosi di una difesa tecnica (l'avvocato). Attraverso l'azione si può domandare al giudice:

- Una **sentenza di accertamento**: accerta una situazione già presente nell'ordinamento. Esempio: Tizio non ha la prova di aver prestato 100 euro alla signorina, quindi chiede al giudice di accertare che lei è debitrice. Si accerta ciò che si è già prodotto nella realtà giuridica.
- Una **sentenza di condanna**: il creditore ha il titolo (la prova scritta) e chiede la condanna. Questa sentenza modifica la realtà giuridica pregressa: al semplice rapporto di debito-credito si sostituisce una **condanna coercitiva** (dal latino *coercere*, con la forza dell'autorità esterna). E attenzione, per le vostre nozioni, quella sentenza non è "acqua fresca"! Se la signorina si ostina a non pagare, si apre un altro tipo di processo: il **processo esecutivo**. Sotto la vigilanza del "giudice dell'esecuzione", viene aggredito il patrimonio del debitore, venduto all'asta (o "agli incanti"), e il creditore si rivarrà sul ricavato.

- Una **sentenza costitutiva**: non si limita ad accertare o a dare esecuzione a un rapporto, ma costituisce, modifica o estingue un rapporto giuridico. Il giudice può, ad esempio, costituire diritti reali di godimento, diritti reali di garanzia (come l'ipoteca) o costituire obbligazioni di fare o non fare.

La sentenza è poi soggetta a impugnazione, perché il giudice può sbagliare (si va in Appello e poi in Cassazione). Quando sono esauriti i gradi di impugnazione, si forma il **giudicato** (*res iudicata*): la sentenza non è più modificabile né eliminabile, diventa definitiva.

Mera Difesa ed Eccezione (Concetto Fondamentale)

Ma come fa concretamente la controparte a reagire a queste richieste nel corso del giudizio? L'attore propone la domanda, il convenuto (colui che è evocato in giudizio) si deve difendere. Lo fa tramite due strumenti:

- La **mera difesa**: è la semplice contestazione dei fatti allegati dall'attore. Il convenuto nega semplicemente che il fatto storico si sia verificato (es. nego che Tizio mi abbia prestato i soldi).
- L'**eccezione** (*exceptio*): a differenza della mera difesa, l'eccezione introduce nel processo dei **fatti nuovi**. Richiamando la triade degli effetti, il convenuto introduce **fatti costitutivi, modificativi o estintivi**. Esempio di fatto estintivo: "È vero, mi ha prestato i 100 euro, ma io glieli ho già restituiti!". Questa è un'eccezione di pagamento. Un'altra eccezione con effetti estintivi è l'**eccezione di prescrizione**: "È vero che mi ha prestato i soldi, ma è decorso il tempo (es. 10 anni), per cui tu hai perso il diritto di esigere i 100 euro".

Eccezioni Rilevabili d'Ufficio, Eccezioni di Parte e Autotutela Privata (Per i 30 e lode)

A seconda di chi abbia il potere di far valere queste eccezioni in giudizio, o persino al di fuori di esso, si opera un'importante classificazione:

- **Eccezione rilevabile d'ufficio**: il giudice (*ex officio*) rileva il fatto estintivo/modificativo da solo, esaminando le carte, senza bisogno dell'impulso della parte.
- **Eccezione di parte**: solo la parte nel cui interesse opera può proporla (non dite "sollevare", ma "proporre/formulare un'eccezione"). La prescrizione è solo ed esclusivamente un'eccezione di parte! Se il debitore non la eccepisce, il giudice non può dichiarare il diritto prescritto.

Per i 30 e lode, bisogna ricordare le "**eccezioni non processuali**" (o stragiudiziali, o "poteri formativi"). Sono eccezioni interne al rapporto che la parte può proporre fuori dal processo per paralizzare la pretesa altrui. Il classico esempio è l'**eccezione di inadempimento** (art. 1460): se l'ENEL mi stacca

la luce arbitrariamente, io mi rifiuto di pagare la bolletta. Questa si chiama *autotutela privata*, un'eccezione al principio per cui nessuno può farsi giustizia da solo.

Le Prove, l'Onere Probatorio e la Vicinanza della Prova (Per i 30 e lode)

Affinché il giudice possa tuttavia decidere su queste difese ed eccezioni, è essenziale che le parti supportino le proprie ragioni con elementi concreti. Il giudice decide *secundum alligata et probata* (secondo ciò che è stato allegato e provato in giudizio). Chi allega dei fatti ha l'*onere della prova* (Art. 2697 c.c., *onus* significa "peso"). Il creditore deve provare il titolo del credito e allegare l'inadempimento; il debitore convenuto deve provare i fatti estintivi (es. producendo la quietanza di pagamento). Esistono i *fatti non contestati* (se il debitore confessa di non aver pagato, il giudice deve crederci e condannarlo) e i *fatti notori* (fatti noti a tutti, come il Covid, che non vanno provati).

Due chicche *per i 30 e lode* sull'onere probatorio:

- Il *principio di vicinanza dell'onere della prova*: si applica ad esempio in materia di responsabilità sanitaria. La prova ricade su chi ha più informazioni: il medico ha cognizioni tecniche maggiori del paziente, quindi l'onere della prova sui fatti ignoti o complessi ricade sul medico.
- L'*inversione dell'onere della prova*: tramite un accordo privato, le parti possono invertire a chi spetta l'onere probatorio. Bisogna stare attenti però che questi patti non siano vessatori o violino i limiti di responsabilità (Art. 1229 c.c.).

Prove Precostituite (Atto Pubblico e Scrittura Privata)

Dal punto di vista della loro formazione temporale, gli strumenti probatori si classificano in due grandi categorie. Le prove si dividono in *precostituite* (documenti già esistenti) e *costituende* (si formano nel processo, prove orali).

- L'*Atto Pubblico*: redatto dal Notaio (pubblico ufficiale che gode di "pubblica fede"). L'atto pubblico è una *prova legale*: fa piena prova fino a querela di falso. Il giudice ci deve credere obbligatoriamente. Se la parte vuole contestarlo, deve eccepire la falsità (la *querela di falso*), ma sta ascrivendo al notaio il gravissimo reato/delitto di falso in atto pubblico! Se te lo inventi, commetti il reato di calunnia.
- La *Scrittura Privata*: redatta da due privati. Fa piena prova di quanto in essa rappresentato a meno che la parte contro cui è prodotta non la *disconosca* (affermando che la firma non è sua). In quel caso si apre un sub-procedimento chiamato *verificazione*, con un perito grafologo. Per evitare il disconoscimento, si fa autenticare la firma dal notaio. (Oggi le prove precostituite includono i documenti informatici, i PDF con firma digitale e persino gli screenshot dei messaggi WhatsApp, usatissimi nelle separazioni).

Prove Costituende (Testimonianza, Confessione e Giuramento)

Passando invece a quelle prove che si formano dinanzi al giudice durante il dibattimento:

- La **Testimonianza**: meno forte di quella documentale. Se c'è un documento scritto, una testimonianza orale che lo contraddice non è ammissibile. È ammessa solo se manca il documento (ma c'è un principio di prova scritta), se il documento è andato distrutto senza colpa, o per valori irrisori.
- La **Confessione**: è la dichiarazione di un fatto a sé sfavorevole (*declaratio contra se*). È una **prova legale** fortissima. Si può revocare solo se si dimostra di averla resa per errore o per violenza (sotto minaccia).
- Il **Giuramento**: è una prova *extrema ratio*. Il **giuramento decisivo** è deferito da una parte all'altra (es. il creditore deferisce al debitore di giurare se ha pagato o no, sotto pena di reato di falso giuramento). È una **prova legale**. Il **giuramento suppletorio** invece è deferito dal giudice quando non ha elementi sufficienti per decidere.

La Prescrizione Estintiva e l'Obbligazione Naturale (Domanda d'Esame)

Una volta compreso il funzionamento delle eccezioni e dell'istruttoria probatoria, possiamo affrontare l'istituto estintivo per eccellenza. La **prescrizione** è un fatto storico basato su due elementi: il **decorso del tempo** (*tempus*, ordinariamente 10 anni) e l'**inerzia** del titolare che non esercita la situazione. Effetto: **estinzione ex lege** della situazione giuridica. Il legislatore, tramite una finzione (*fictio*), parifica lo stato di fatto (tu non usi il diritto) allo stato di diritto (il diritto si estingue). Tradizionalmente la sua *ratio* è pubblicistica (certezza dei rapporti per evitare conflitti, *ne cives ad arma ruant*). Ma oggi si rivaluta anche la *ratio* privatistica (la prescrizione come "rimedio civile" o eccezione di parte). Regole fondamentali:

- Non è rilevabile d'ufficio, è solo un'**eccezione di parte**.
- La disciplina è **inderogabile**.
- Non può essere rinunciata preventivamente, ma può essere rinunciata solo dopo che si è compiuta. Se io non la eccepisco per coscienza e pago un debito prescritto, cosa sto facendo? Sto adempiendo a un'**obbligazione naturale** (fondata su doveri morali/sociali).

I Diritti Imprescrittibili e la Proprietà (Per i 30 e lode)

Tuttavia, bisogna prestare molta attenzione poiché non tutti i diritti subiscono le conseguenze dell'inerzia temporale. Si prescrivono i diritti e le facoltà, nonché le azioni processuali (se non agisco in tempo, perdo la tutela). Non si

prescrivono le situazioni esistenziali (diritti della personalità, indisponibili). E la **proprietà**? Stranamente, in base al codice del '42, il diritto di proprietà e le sue facoltà sono ancora **imprescrittibili**. Ma **per i 30 e lode**, attenzione alla riflessione critica su questo dogma: in un ordinamento costituzionale dove la proprietà ha funzione sociale, ha ancora senso parlare di imprescrittibilità? Esiste oggi l'"espropriazione sanzionatoria": se io sono inerte e non coltivo il fondo, quello perde utilità e lo Stato me lo espropria. Quindi la proprietà è davvero imprescrittibile nei fatti?

Sospensione e Interruzione della Prescrizione (Per i 30 e lode)

Per i diritti soggetti a prescrizione, il decorso del tempo non è sempre lineare e ininterrotto. I termini ordinari sono 10 anni (crediti), 5 anni (danni extracontrattuali, crediti da lavoro), fino alle prescrizioni brevi (1 anno per lezioni private, 3 mesi per l'oste). Il decorso può subire due eventi:

- La **Sospensione**: il termine viene "messo tra parentesi" per cause tassative (es. durante il matrimonio tra debitore e creditore, o in tempo di guerra). L'inerzia è giustificata.
- L'**Interruzione**: il titolare compie un atto volontario (o il debitore riconosce il debito). Il termine precedente si azzera e **ricomincia a decorrere da capo**. Cause di interruzione: la diffida ad adempiere stragiudiziale, il riconoscimento del debito (espreso o tacito) o l'inizio dell'azione giudiziaria processuale. Attenzione **per i 30 e lode**: a differenza dell'eccezione di prescrizione, le cause di interruzione **POSSONO essere rilevate d'ufficio** dal giudice (Cassazione 9077/24).

Le Prescrizioni Presuntive (Domanda da 30 / dal 28 in su)

A proposito dei tempi notevolmente ridotti, si innesca una peculiare dinamica legata ai giuramenti processuali. Questa è una **domanda da 30 e lode**. Parliamo di crediti con termini brevissimi (es. il credito dell'oste si prescrive in 3 mesi). Poiché il termine è brevissimo, il legislatore **presume che il debito sia stato pagato** (presunzione di avvenuta estinzione). Come fa l'oste creditore a superare questa presunzione legale relativa, sapendo che non è stato pagato? Deve necessariamente deferire al debitore il **giuramento decisorio** in giudizio. Il debitore dovrà giurare sotto responsabilità penale di aver pagato. E, come ha precisato la Cassazione, non deve esserci un contratto scritto che prova il credito, altrimenti l'istituto non si applica.

Tolleranza e Rinuncia Tacita (Domanda da 30 e lode)

Infine, per esaurire il quadro della prescrizione, è doveroso chiarire il valore del comportamento omissivo o tollerante del creditore. La mera **tolleranza** del creditore (che sopporta il ritardo senza diffidare) non è causa di interruzione della prescrizione. E se l'inerzia prolungata induce l'altra parte a credere che

io abbia rinunciato al diritto? In Germania, se resti inerte fuori dai termini di prescrizione, i giudici riconoscono la rinuncia tacita al diritto. In Italia è possibile? **Risposta da 30 e lode: NO.** La rinuncia al diritto è ammissibile **solo se è espressa e formalizzata per iscritto.** Non è ammissibile desumere una "rinuncia tacita" per comportamento concludente (inerzia), perché, come ha stabilito l'attuale orientamento giurisprudenziale, ammetterla significherebbe aggirare le norme inderogabili sulla prescrizione volute dal legislatore!

Domani faremo la decadenza, la decorrenza del termine e poi passeremo al Libro Terzo: i beni e i diritti reali.

3.2 Lezione 8 - Decadenza, Classificazione dei Beni e Nuove Forme di Ricchezza

Il *Dies a quo* della Prescrizione e l'Interpretazione Assiologica

Dobbiamo terminare il discorso sulla prescrizione per poi passare velocemente alla decadenza. Per terminarlo dobbiamo affrontare il problema del cosiddetto ***dies a quo***. Il *dies a quo*, tradotto dal latino, sta a significare "il giorno a partire dal quale". Perché ci dobbiamo porre questo interrogativo? L'articolo 2935 stabilisce testualmente che "la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto **può essere fatto valere**" (può essere esercitato). Questa dizione letterale non è chiarissima: che significa "dal momento in cui può essere fatto valere"? È da quel momento che decorrono i 10 anni (o i 5 anni per l'illecito extracontrattuale, o i termini più brevi). Essendo le conseguenze rilevanti (l'estinzione del diritto o la perdita dell'azione in giudizio), bisogna chiarirne bene il significato.

La giurisprudenza e la dottrina sono passate da un'interpretazione rigida a un'interpretazione oggi dominante e più elastica, ovvero un'**interpretazione assiologicamente orientata**. Perché? Perché si è invocato l'articolo 24 della Costituzione, che garantisce il **diritto di difesa** (tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti). In combinato disposto con l'articolo 24, l'articolo 2935 va interpretato in applicazione del **principio di ragionevolezza**, valutando molto bene le circostanze del caso concreto per stabilire se il soggetto fosse effettivamente in grado di esercitare il suo diritto.

Il Danno "Lungo Latente" (Concetto Fondamentale per i più bravi e i seminari)

Vi faccio un esempio pratico, su cui farete anche un seminario: il cosiddetto **"danno da contagio"** (su cui si è pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite). Si è stabilito che il termine di 5 anni per chiedere i danni al contagiante non decorre dal momento in cui il contagio è fisicamente avvenuto, ma subisce uno **shifting (spostamento) temporale in avanti**: decorre dal momento in cui il soggetto prende **percezione soggettiva** di essere stato contagiato. Pensate al caso delle trasfusioni con emoderivati infetti negli anni '90 (virus dell'epatite C o

HIV), o ai danni avversi da vaccino: il virus ha bisogno di tempo per svilupparsi e il soggetto non sa subito di averlo contratto.

Attenzione, *per i più bravi*, qual è il lemma introdotto dalla Cassazione? È il concetto di "**danno lungo latente**". Che vuol dire? Significa che tra la condotta lesiva e l'evento (la percezione della malattia) intercorre uno scarto temporale. "Latente" dal latino *latere* (nascondersi, non apparire subito): si manifesta successivamente. Quindi, nelle sentenze troverete scritto che per il danno lungo latente il termine decorre dal momento in cui il soggetto ha l'**oggettiva percezione** dell'evento lesivo. Lo stesso vale per i danni di massa ai consumatori (il termine decorre da quando l'illecito diventa noto tramite l'autorità o la stampa) o per le infezioni ospedaliere mortali (i 5 anni per gli eredi per il "**danno parentale**" decorrono da quando hanno cognizione medica che l'infezione è stata la causa del decesso).

La Decadenza (Differenze con la prescrizione e Domande da 30 e lode)

Esaurito questo delicato aspetto legato al decorso temporale nella prescrizione, introduciamo ora un istituto affine ma governato da regole profondamente diverse. Passiamo ora alla **decadenza**. Sebbene l'effetto finale sia uguale (effetto estintivo: si perde il diritto o l'azione), cambia il fondamento. Mentre la prescrizione è un istituto di ordine pubblico, la cui disciplina è inderogabile, la decadenza ha una disciplina che, entro certi limiti, è **derogabile**. Come facciamo a distinguere un termine di prescrizione da uno di decadenza? Il termine di decadenza è un termine molto **breve, secco e perentorio** (es. 8 giorni per denunciare i vizi del bene acquistato, oppure termini di 1 anno o 6 mesi per le azioni di stato di filiazione).

Attenzione *per i più bravi*: la decadenza non si interrompe e non si sospende, si **IMPEDISCE**. Se ho 8 giorni per denunciare il vizio, entro quegli 8 giorni devo compiere l'atto per impedire la decadenza, altrimenti perdo il diritto. Dobbiamo distinguere due tipologie di decadenza:

- **Decadenza Legale**: Prevista dalla legge. Se è posta a tutela di un interesse generale/pubblico, è simile alla prescrizione (inderogabile, irrinunciabile e può essere rilevata d'ufficio dal giudice - grande differenza con la prescrizione!). Se invece è posta a tutela di un interesse privato (come gli 8 giorni per i vizi), non può essere rilevata d'ufficio.
- **Decadenza Convenzionale (Domanda per il 30 e lode)**: I privati possono creare un "**patto di decadenza convenzionale**", stabilendo un termine di pochi giorni o mesi per esercitare un diritto. C'è però un limite fondamentale: l'esercizio del diritto non deve essere reso **eccessivamente difficoltoso** per l'altra parte (es. darti solo 1 giorno di tempo è illegittimo). Questa decadenza ha fondamento privatistico, non può essere rilevata d'ufficio e può essere rinunciata. Come si coordina con la prescrizione? Ieri abbiamo detto che la rinuncia tacita alla prescrizione non è ammessa. Tuttavia, *per il 30 e lode*, il "patto di decadenza convenzionale" rappresenta quell'ipotesi centrale in cui i privati, nell'esercizio

della loro autonomia, possono accordarsi su un termine, pur non potendo aggirare direttamente le norme inderogabili sulla prescrizione.

Il Libro Terzo: I Beni (Articolo 810) e l'Evoluzione del Concetto (Domanda da 30 e lode)

Mettendo da parte le patologie collegate all'inerzia e all'estinzione dei diritti, spostiamo adesso la nostra attenzione sull'oggetto materiale o immateriale su cui questi diritti vengono esercitati, inaugurando così una fondamentale sezione del codice. Entriamo nel *Libro Terzo* del Codice Civile, dedicato a beni, proprietà, diritti reali di godimento e possesso. L'*articolo 810* si apre con una definizione scarna: "Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti" (ovvero oggetto di situazioni giuridiche soggettive, che si esercitano per realizzare un interesse patrimoniale o esistenziale). Il codice del '42 riprende la concezione romana del *dominium* e della *res* (la cosa materiale), molto legata alla materialità.

Ma attenzione, *per il 30 e lode*: qual è stata l'*interpretazione evolutiva* di questa norma? In passato il bene era associato solo al "*corpus mechanicum*" (un corpo fisico, visibile, toccabile). Oggi, invece, il bene viene associato alla categoria dell'*INTERESSE*. È bene tutto ciò che realizza un interesse tutelato dall'ordinamento, a prescindere che sia una cosa visibile. Oggi la maggior parte della ricchezza è *immateriale*. Pensate alle energie, agli strumenti finanziari dematerializzati, o alla stessa prestazione del debitore nel rapporto obbligatorio.

I Dati Digitali e i Beni Pubblici vs. Privati

Oggi la nuova ricchezza sono i beni immateriali, come i *dati digitali* (*intangible assets*). I dati che noi cediamo ai social network sono veri e propri corrispettivi (il nuovo petrolio dell'economia!) e realizzano interessi patrimoniali, ma al tempo stesso richiamano la tutela esistenziale della privacy (consenso, minimizzazione, revoca). Anche il *know-how* (la formula della Coca-Cola, i processi aziendali) è un bene giuridico immateriale oggetto di contratti di cessione.

Alla luce di questa evoluzione del concetto di bene, la dottrina e il legislatore operano delle importanti categorizzazioni che dobbiamo analizzare. I beni si distinguono poi in:

- **Beni Pubblici**: Non hanno un titolare individuale, sono a *godimento plurimo collettivo* (es. il mare, le spiagge, l'ambiente). L'ambiente è un *bene adespota* (dal greco, privo di padrone). Anche l'informazione è un bene collettivo (rientra nella teoria dei *commons*, i beni comuni).
- **Beni Privati**: Goduti solo dal titolare o dai contitolari.

Beni Mobili, Immobili e Mobili Registrati (La Pubblicità)

- **Beni Mobili**: Amovibili, non fissati al suolo (cellulare, borsa).

- **Beni Immobili:** Fissati al terreno (le case).
- **Beni Mobili Registrati:** Si muovono, ma hanno una targa/matricola (automobili, navi, aeromobili).

Questa distinzione è vitale per la **pubblicità**. I trasferimenti di beni mobili non vanno registrati. Invece, i trasferimenti di beni immobili richiedono l'**atto pubblico** (notaio) e la **trascrizione** nel registro della pubblicità immobiliare (dove si può fare una "visura ipotecaria" per vedere la storia del bene). Anche i beni mobili registrati hanno i loro registri specifici (es. il PRA, Pubblico Registro Automobilistico per le macchine, o il Registro Aeronautico).

Le Altre Classificazioni dei Beni (Tutte fondamentali per gli esami)

Oltre a questa distinzione basata sulla titolarità e sulle esigenze di pubblicità nei trasferimenti, vi sono ulteriori classificazioni descrittive da memorizzare:

- **Generici o Specifici:** Generici se appartengono a un *genus* (denaro, grano). Si passa al bene specifico tramite il processo di **individuazione** (separo 1 kg di grano dal mucchio).
- **Fungibili o Infungibili:** I fungibili sono **interscambiabili** (il denaro: se mi presti 5 euro, ti ridò un'altra banconota da 5 euro, non la stessa). Gli infungibili sono **unici** (un quadro di Picasso o il concerto di Vasco Rossi: se lui si ammala, non può mandarmi Tiziano Ferro!). Se perisce un bene infungibile, l'obbligazione si estingue; se perisce un bene generico/fungibile non si estingue mai, perché i latini dicevano **genus nunquam perit** (il genere non muore mai).
- **Consumabili o Inconsumabili:** I vestiti, ad esempio, sono inconsumabili perché suscettibili di utilizzazione ripetuta.
- **Divisibili o Indivisibili:** Un immobile è divisibile oggettivamente/in natura; un cavallo è indivisibile (se lo divido, muore). Esiste poi un'**indivisibilità soggettiva**, che si ha quando il bene, pur essendo divisibile in natura, è considerato indivisibile in virtù dell'interesse specifico delle parti.
- **Presenti o Futuri:** Esistenti oggi o che verranno ad esistenza (es. vendita di cose future).

I Frutti e le Universalità

Per concludere l'esame della natura di queste *res*, occorre infine guardare ai beni dal punto di vista della loro attitudine a produrre nuova ricchezza o alla loro possibile aggregazione funzionale.

- **I Frutti:** Sono accessori al bene. Si dividono in **Frutti Naturali** (la mela che nasce dall'albero, la "cosa madre", e si acquista tramite **separazione**) e **Frutti Civili** (gli interessi sul denaro prestato, che rappresentano il

corrispettivo del godimento e maturano giorno per giorno in base alla durata del diritto).

- **Beni Semplici, Composti e Universalità:** Un bene composto è formato da più parti (un'automobile). L'**Universalità di beni** (*universitas*) è una pluralità di beni mobili uniti da una **funzione/destinazione comune**. Può essere venduta per intero o a singoli pezzi. Si distingue in:
 - **Universalità di fatto:** es. una biblioteca o un gregge di pecore.
 - **Universalità di diritto (per i più bravi):** es. l'**eredità**. È un complesso di situazioni giuridiche sia attive che passive (perché il *de cuius* può avere anche debiti). L'eredità può essere venduta in blocco (vendita di eredità). E qui torniamo alla nozione fondamentale di patrimonio come complesso di posizioni attive e passive.

La prossima volta parleremo delle pertinenze, dell'azienda, dei beni demaniali e poi passeremo all'articolo 832, il diritto di proprietà.

3.3 Lezione 9 - Teoria dei Beni, Statuti Proprietari e i Caratteri della Proprietà

Il Ripasso sulla Prescrizione, Decadenza e la Teoria dei Beni

Nella scorsa lezione, oltre ad aver parlato del problema giurisprudenziale del *dies a quo* (cioè da quando dobbiamo intendere decorrente il termine di prescrizione) abbiamo affrontato la disciplina della decadenza. Qui mi raccomando: la **decadenza posta a tutela di un interesse superiore** dell'ordinamento ha una disciplina più rigida e, rispetto alla prescrizione, **può essere rilevata d'ufficio dal giudice**; la **decadenza invece posta per un interesse privato**, come quella degli 8 giorni per denunciare il vizio, ha una disciplina ad hoc, nel senso che non può essere rilevata d'ufficio, va impedita dalla parte ed è derogabile (ci sono gli accordi sulla decadenza, eccetera).

Nel passare al Libro Terzo abbiamo fatto un po' di "**teoria dei beni**". Mi raccomando, anche per voi che frequentate: il bene (Articolo 810) non è più considerato solo la cosa fisicamente individuata, o meglio può esserla, ma la nozione di bene nella moderna teoria dei beni **coincide con l'interesse**. Voi che siete in un corso progredito di diritto privato dovete sapere che è la funzione, quindi l'interesse, che determina la disciplina applicabile. Questo è un principio fondamentale oggi acclarato nel diritto civile: **è l'interesse che rileva nella fattispecie a determinare l'individuazione normativa applicabile**.

Gli Statuti Disciplinari Differenziati (Per i 30 e lode)

Oggi, come oggi, possiamo parlare di beni come interessi, ma soprattutto di beni che tutelano interessi diversi. E qui vi voglio attenzionare **per il 30 e lode**: gli interessi che vengono in gioco nella identificazione del bene determinano la

disciplina applicabile. Che vuol dire questo? Che oggi nella teoria dei beni parliamo di "*statuti disciplinari differenziati*".

- Una cosa è parlare di un *bene di consumo* (come un frigorifero o un'automobile), che viene acquistato per soddisfare esigenze della vita privata da quel soggetto debole che si definisce consumatore, e che quindi ha un suo statuto a tutela del consumatore rispetto al produttore.
- Una cosa è parlare di *beni strumentali*. Che cos'è il bene strumentale? È un bene attraverso il quale si esercita l'attività imprenditoriale agricola o commerciale, come un macchinario. Infatti, il *contratto di affitto*, a differenza di quello che l'uomo della strada confonde con la locazione della stanza, nel codice civile ha per oggetto proprio una categoria di bene particolare: il bene strumentale (es. affitto di fondo rustico, di un macchinario, o il contratto di leasing).
- Ancora, una cosa è parlare di *beni pubblici* o *commons*, che hanno vincoli pubblicistici, di beni demaniali (nella titolarità dello Stato) o di *beni adespota*, cioè beni collettivi a fruizione comune come l'ambiente (Art. 9 della Costituzione) e l'informazione. Ognuno di questi ha il suo statuto disciplinare.

I Beni Immateriali, i Dati e la Moneta come "Funzione"

Abbiamo visto la distinzione tra mobili, mobili registrati e immobili, e quindi si ritorna all'esigenza della pubblicità. La grande divisione oggi è tra beni materiali e *beni immateriali*. L'ultima frontiera dei beni immateriali (privi del *corpus mechanicum*) sono i nostri *dati personali*, che il legislatore comunitario e interno ha riconosciuto valere come un "*corrispettivo*", assolvendo la stessa funzione della moneta.

E a proposito della *moneta*: quando parleremo delle obbligazioni pecuniarie, ci renderemo conto che oggi la pecunia non coincide più soltanto con la banconota avente corso legale (l'euro, il dollaro), ma *coincide con la sua "funzione estintiva"*. La moneta non è più vista come bene materiale (il centesimo, la banconota da 5 euro), ma come funzione. Se ragioniamo in questi termini, ci rendiamo conto che ci sono altre entità che fungono da moneta. Il Bitcoin, per esempio, ancora non lo è, perché non ha questa funzione estintiva, cioè non posso pagare un corrispettivo ufficiale in Bitcoin perché non è una moneta riconosciuta verticalmente dalle autorità. Questo vi fa capire la teoria dei beni: il bene è interesse, il bene è funzione. Un altro esempio è il *know-how*.

Classificazioni dei Beni e delle Prestazioni: Generici, Fungibili, Divisibili

Abbiamo accennato alla differenza tra *beni generici e specifici*, col passaggio dal *genus* alla *species* tramite l'atto di individuazione. Poi *beni fungibili e infungibili*, dove per "bene" intendiamo anche le prestazioni nel rapporto

obbligatorio. È infungibile se è il concerto di Vasco Rossi (se lui si ammala non mi manda Tiziano Ferro!); è fungibile se invece si può surrogare, scambiare con beni dello stesso genere. Per i beni fungibili e generici vige la regola dei latini: *genus nunquam perit* (il genere non perisce mai). Che vuol dire? Che la distruzione della banconota non mi esonera dal restituire il *tantundem*, cioè la stessa quantità individuata nello stesso genere (un'altra banconota da 5 euro). Se invece la prestazione è infungibile e non è più possibile, l'obbligazione si estingue necessariamente. Abbiamo poi: *beni consumabili e inconsumabili*; *beni divisibili e indivisibili*. La divisibilità può essere oggettiva (*in rerum natura*) o *divisibilità soggettiva*, che lo deve decidere l'interprete in base agli interessi delle parti. Infine, *beni presenti e beni futuri* (la vendita di cose future).

I Frutti, le Universalità di Beni e l'Azienda

I *frutti naturali* si acquistano con la separazione dalla cosa madre; i *frutti civili* maturano sulla moneta (i famosi interessi legali, moratori, compensativi) e rappresentano il corrispettivo dell'uso del denaro, maturando giorno dopo giorno in relazione alla durata del diritto. I beni possono essere semplici o composti (es. l'automobile).

Poi ci sono le *Universalità di beni* (*universitas*, collettività). L'universalità può essere *di fatto* se costituita da più beni mobili (es. i libri che formano la biblioteca, il gregge), o *di diritto*, se costituita da più situazioni attive e passive, come l'eredità. Esiste infatti il contratto di vendita dell'eredità in blocco: io cedo l'eredità come patrimonio, coacervo di situazioni attive e passive.

Dobbiamo poi ricordare l'*azienda*. Che cos'è l'azienda in termini giuridici? *Non è l'impresa!* È il complesso di beni (strumentali, macchinari, capannoni) con cui l'imprenditore esercita la sua attività. Si qualifica come universalità di fatto, composta, o per alcuni di diritto. L'azienda ha un suo *avviamento* (capacità di produrre profitto), che è una qualità immateriale dell'azienda di cui si può disporre (es. contratti di cessione di clientela).

Le Pertinenze (Domanda fascia 28-30)

Allora, al bene principale può "accedere" una *pertinenza*. Chi vuole il 30 deve saper parlare: accedere significa unire. La pertinenza ha un *carattere di strumentalità* (es. l'immobile condominiale che ha come pertinenza il box auto). Quali sono gli elementi?

- *Elemento oggettivo*: Deve esserci un rapporto di pertinenzialità, una strumentalità. La pertinenza deve recare un'*utilitas*, un'utilità maggiore alla cosa principale (la cantina, il box).
- *Elemento soggettivo*: È la volontà del titolare di creare questo vincolo di pertinenzialità (l'*ornamentum*). Il vincolo deve essere accessorio e non occasionale, duraturo nel tempo.

Qual è la disciplina? Le regolette da ricordare:

- **Per il 30 e lode:** è necessario che vi sia un'*univocità di titolarità* (titolarità simultanea). Il titolare del bene principale deve essere anche titolare della pertinenza. Non possiamo avere titolari separati.
- La pertinenza *circola insieme al bene principale*: se nulla è stabilito, gli atti dispositivi che hanno ad oggetto il bene principale attengono e trascinano automaticamente anche la pertinenza, salvo diversa manifestazione di volontà (es. il box auto può anche circolare separatamente con leggi speciali).
- Se la pertinenza in apparenza è del titolare del bene principale, ma nella realtà dei fatti appartiene a un terzo, questo soggetto può rivendicarla.
- La pertinenza cessa se viene meno questo rapporto di servizio/ornamentaltà, diventando un bene autonomo.

I Beni Demaniali e Non Demaniali

I *beni demaniali* sono tassativamente indicati nel codice civile (demanio marittimo, idrico, militare). Sono beni collettivi nel dominio dello Stato. Caratteristiche fondamentali: *sono incommerciabili, non possono formare oggetto di possesso e non sono usucapibili* (salvo vengano "sdemanializzati"). Dai beni demaniali dobbiamo distinguere i *beni non demaniali* degli enti pubblici, che si dividono in *patrimonio indisponibile* (es. beni archeologici, inalienabili) e *patrimonio disponibile* (che perdendo il vincolo pubblicistico possono circolare con atti privati).

Il Libro Terzo: Le Situazioni Reali (Diritti Reali)

Quali sono i caratteri di queste *situazioni reali* (es. il diritto di proprietà)?

- **Immediatezza:** L'interesse del titolare si realizza senza la mediazione di un altro soggetto (che invece serve nel diritto di credito).
- **Absolutezza:** *Absolutus* (sciolto). A fronte del diritto reale vi sono tutti i consociati (gli *omnes*), i quali hanno la situazione passiva (il dovere) di non ledere la mia proprietà. È opponibile *erga omnes*.
- **Inerenza (Diritto di Sequela):** Il diritto reale può essere fatto valere nei confronti di chiunque abbia il possesso del bene. È come se il diritto reale fosse un "marchio" o un "bollino" del bene. Se io do in pegno il mio cellulare (o il famoso pegno dei prosciutti senza spossessamento) e non pago, il creditore lo può vendere all'asta per soddisfarsi, rivendicandolo anche se è stato trasferito ad altri.

Il Numerus Clausus, la Tipicità e la Crisi del Dogma (Per i 30 e lode)

Tradizionalmente i diritti reali rappresentano un numero chiuso (*numerus clausus*), sono *tipici*, previsti tassativamente dal legislatore. Ora, se mi rispondete così all'esame, fino al 25 ci stiamo. Se dobbiamo alzare l'asticella *per il 30 e lode*, apro una parentesi. Noi viviamo di dogmi, ma la mia scuola guarda al funzionalismo, all'interesse. Nella civilistica contemporanea, *la tipicità dei diritti reali è un dogma in crisi*. Senza scardinare i concetti, il sistema si è ampliato. Una fattispecie che ha posto problemi è stata la *multi-proprietà (time sharing)*, dove abbiamo una "*titolarità temporanea*" (una settimana all'anno sei titolare), che ha un po' scardinato l'idea della proprietà perpetua. Fino ad arrivare al concetto di *diritto reale atipico o sui generis*: quando ci troviamo di fronte a una fattispecie che presenta inerenza, assolutezza e immediatezza, si tende ad applicarle la disciplina dei rapporti reali. I latini li chiamavano *iura in re aliena* (diritti su cosa altrui, come l'usufrutto in cui convivono nuda proprietà e usufrutto).

Le Obbligazioni Propter Rem (Per una valutazione più alta)

Se volete *una valutazione più alta*, vi dovete ricordare l'*obbligazione propter rem*. Come dice la parola, è un rapporto obbligatorio, non è un diritto reale, ma è un tutt'uno con il bene. Che vuol dire? Che l'*obbligazione propter rem* è un'*obbligazione ambulatoria*: se cambia il titolare del bene, il nuovo titolare "eredita" quell'*obbligazione* e la deve rispettare. Circola insieme al bene stesso come fosse un marchio. Si possono creare obbligazioni *propter rem* atipiche? Nel 2025 la Cassazione ha detto di NO, sono solo quelle previste dal legislatore. Un esempio? Le modalità di esercizio di una servitù previste in un regolamento (i latini le chiamavano *adminicula servitutis*): se il regolamento dice che sulla servitù di passaggio puoi passare solo a piedi, chi compra il fondo eredita quell'*obbligo*.

La Proprietà, l'Articolo 42 della Costituzione e la Funzione Sociale (L'esempio sulle ex Repubbliche Socialiste)

La *proprietà* è prevista dall'*Art. 832 c.c.*, che ne identifica i due poteri di fondo: il *potere di godimento* e il *potere di disposizione* (vendere, donare). C'è anche il potere di rinuncia: la Cassazione ha detto che il diritto di proprietà è rinunciabile, anche se con limiti per gli immobili. Prima il diritto era pieno ed esclusivo: i latini parlavano di *ius utendi et abutendi* (diritto di godere e di abusare, fino alla distruzione del bene). Era la concezione sacra della proprietà.

Oggi, invece, ci soffermiamo sull'*Articolo 42 della Costituzione*. Il comma 2 ci dice una cosa fondamentale: la proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge in quanto essa abbia una *funzione sociale*. La funzione sociale non è un mero appello vago, ma è un carattere obbligatorio! Che vuol dire? Che la proprietà deve svolgere una funzione nella collettività. Se questa funzione non ce l'ha, quella proprietà non viene più tutelata dal legislatore. Questo, attenzione, non significa una concezione collettivistica come quella delle ex repubbliche

socialiste. No, cioè che non esiste la proprietà privata, tutto è pubblico. La proprietà privata c'è ed esiste, ma deve essere ancora una volta **funzionalizzata**, vedete, alla crescita della collettività. Questo si traduce nei **limiti legali alla proprietà**. Esempi: l'**espropriazione per pubblica utilità** (a fronte di un indennizzo serio, reale ed equo) e il "mostro giuridico" dell'**accessione invertita** (l'amministrazione prima costruisce urgentemente sul terreno e poi risarcisce i danni).

(Una breve parentesi del professore sul referendum per spiegarvi l'approccio da giuristi: andrete a votare domenica e lunedì. Il consiglio che vi do: lasciate stare la strumentalizzazione politica e i cantanti o attori sui social che ripetono a memoria senza alcuna cognizione giuridica. Ragionate sulle norme, ragionate in termini neutri da giuristi! Leggete il fenomeno in questa chiave e andate a votare come cittadini, altrimenti è inutile aver studiato la Costituzione).

Concezione Relazionale e Statuti Proprietari (Per il 30 e lode)

Per il 30 e lode, prima risposta: in ragione della funzione sociale, si apre la **concezione "relazionale"** della proprietà. Ante-Costituzione la proprietà era assoluta guardando al solo proprietario. Oggi, la proprietà si inserisce in una relazione, un rapporto giuridico con i consociati. Il proprietario ha dei diritti (facoltà positive) ma ha anche dei doveri. La situazione è complessa. Seconda risposta **per il 30 e lode**: parliamo di **proprietà "al plurale"**, o come dice Salvatore Pugliatti della scuola messinese, di "**statuti proprietari**". Se i beni non sono tutti uguali, esistono diverse discipline di proprietà: proprietà fondiaria, proprietà immobiliare/edilizia, proprietà dei beni di consumo, e oggi la proprietà del dato (con i poteri di controllo e, nel digitale, il diritto di accesso alla rete).

Caratteri della Proprietà e la Crisi dell'Imprescrittibilità (Per il 30 e lode)

I caratteri della proprietà:

- **Elastica**: la metafora del palloncino. Se concedo l'usufrutto, il palloncino si comprime; quando l'usufrutto cessa, il palloncino si riespande.
- **Perpetua**: ma questo è un dogma in crisi (pensate al *time sharing*, la titolarità temporanea).
- **Imprescrittibilità**: Voi all'esame mi dovete dire che il diritto di proprietà e le azioni petitorie (come la rivendicazione) non si prescrivono, perché il codice non è cambiato. Ma **per il 30 e lode**, ragioniamo criticamente: se la proprietà è patrimoniale e deve avere funzione sociale per il benessere della collettività, ha senso ritenerla imprescrittibile? Esiste l'**espropriazione sanzionatoria**: se io ho un fondo e me ne disinteresso, compio un comportamento antisociale, e lo Stato me lo espropria.

Quindi, è ancora possibile pensarla come imprescrittibile in senso assoluto? Probabilmente no.

I Limiti: Atti Emulativi e Immissioni (Domande d'esame)

Per concludere, le due norme sui rapporti di vicinato che chiedo all'esame:

- **Divieto di atti emulativi (Art. 833)**: Ipotesi tipica di *abuso del diritto* (esercizio contrafunzionale). Non posso esercitare la proprietà col solo scopo di recare danno al vicino. È necessario l'*animus nocendi*. La conseguenza è il risarcimento. **Per i più bravi** (interpretazione topografica/sistematica): malgrado la norma stia nel Libro Terzo, la giurisprudenza applica il divieto di abuso del diritto anche al rapporto obbligatorio, per evitare la frattura tra diritti reali e diritti di credito. Il creditore non deve abusare del suo diritto fino a impedire al debitore di adempiere.
- **Immissioni (Art. 844)**: La norma fascista diceva al giudice di bilanciare le esigenze dell'industria (produzione) con la proprietà individuale. Oggi, tramite *interpretazione assiologica ed evolutiva*, la giurisprudenza legge questa norma in combinato disposto con l'**Art. 32 della Costituzione** (tutela della salute fisica e psichica). L'immissione che genera ansia, stress o *emotional distress* non è tollerabile. Inoltre, la giurisprudenza ha introdotto, accanto all'azione reale (l'inibitoria per far cessare l'immissione), anche l'**azione di risarcimento del danno alla persona**. Addirittura, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) ha sanzionato i rumori dei treni o dell'aeroporto di Heathrow come violazione dell'Articolo 6 della CEDU sul diritto alla vita privata!

Ci vediamo martedì, dove riprenderemo i limiti nel vicinato, i modi di acquisto e le azioni petitorie.

3.4 Lezione 10 - Limiti Legali, Modi di Acquisto della Proprietà e Tutela Petitoria

Limiti Legali alla Proprietà e la Funzione Sociale (L'esempio delle Repubbliche Sovietiche)

Nella lezione di oggi andiamo avanti con la proprietà in particolar modo, continuando il discorso dei limiti legali. Perché limiti legali? Perché abbiamo detto che nell'ordinamento post-costituzionale la proprietà, ai sensi dell'**articolo 42 della Costituzione**, deve avere una *funzione sociale*, quindi intanto è tutelata oggi dal legislatore in quanto assolve ad una funzione sociale, a un'utilità sociale. La proprietà vista in passato come la tutela di un interesse egoistico privato viene meno con l'entrata in vigore della Costituzione. E questa formula non è una formula vuota, ma è una formula densa di significato, soprattutto una **formula obbligatoria**, cioè direttamente applicata alla fattispecie concreta. Tutte le ipotesi di proprietà e di diritti reali di godimento devono essere

funzionalizzate al benessere della collettività. Il che, come vi ho detto, non significa passare ad un *ordinamento collettivista come quello delle ex Repubbliche sovietiche* (i paesi ex comunisti in cui esistono solo beni comuni), ma significa tutelare la proprietà individuale purché, ripeto, funzionalizzata. In questo contesto si giustificano istituti come l'*espropriazione per pubblica utilità*, l'*accessione invertita* (di cui parleremo oggi) e l'*espropriazione sanzionatoria* (il fondo che non viene coltivato e viene lasciato deperire, viene espropriato al privato). Già nel codice del '42 emerge un'idea di proprietà come situazione giuridica soggettiva complessa: da un lato caratterizzata da una serie di *facoltà* (il potere di godimento, il potere di disposizione a cui si aggiunge il potere di rinuncia alla proprietà), dall'altro lato da una serie di *obblighi*. Emerge la *concezione relazionale della proprietà*, un rapporto tra il proprietario e il vicino, perché il codice del '42 guardava ancora ad un'economia agricola, al *fundus*, non ancora all'immobile. Nell'ambito dei rapporti di vicinato, già il codice del '42 pone dei *limiti esterni* al diritto di proprietà. Abbiamo parlato del divieto di atti emulativi (art. 833), espressione della buona fede oggettiva, e dell'art. 844, il divieto relativo di immissioni con la doppia tutela reale e risarcitoria.

L'Accesso al Fondo e l'Atto Lecito Dannoso

Oggi dobbiamo andare avanti concludendo i limiti relativi alle distanze tra edifici e alle luci e vedute. Vi volevo un attimo far riflettere su alcune norme del codice civile che vi faranno sorridere, ma che sono espressione già nel codice del '42 di quella concezione relazionale. Per esempio, la norma sull'*accesso al fondo*, l'843. Il proprietario deve sempre permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo al vicino, sempre che ne venga riconosciuta la necessità di costruire o riparare un muro o altra opera propria del vicino o comune. Oppure deve consentire l'accesso al fondo se il vicino vuole riprendere una cosa. Questa norma, che uscì in un concorso in magistratura negli anni '80, contiene un *bilanciamento di interessi* tra l'interesse del proprietario del fondo e l'interesse del vicino, esplicando quella concezione relazionale. Il legislatore è anche consapevole, *per i trenta e lode*, che questo accesso che comunque è dovuto per legge può creare uno svantaggio al proprietario, il quale deve tollerare questo accesso. Infatti il comma 2 dice che se l'accesso cagiona un danno, è dovuta un'*adeguata indennità*.

Attenzione a questo passaggio: qui non c'è un atto illecito (non conforme all'ordinamento), perché l'atto è lecito e ce lo permette il legislatore, ma il legislatore sa che questo accesso può comprimere l'interesse del proprietario e quindi se ciò si verifica è dovuta non un risarcimento, ma un'indennità. Questa tipologia di atto si chiama *atto lecito dannoso*, cioè un atto lecito e conforme all'ordinamento che reca un danno al proprietario. In presenza di atti leciti dannosi, è dovuto non il risarcimento ma un *indennizzo*. È lo stesso caso dei vaccini obbligatori: se c'è un effetto avverso, il legislatore riconosce non già un risarcimento per danno da vaccino, ma un'indennità predeterminata dal legislatore in base al tipo di danno.

Lo Sciame d'Api (L'Esempio del Codice e l'Etimologia Francese)

Un'altra norma che io faccio sempre agli studenti è quella sullo *sciame d'api*. La norma ci dice che se le mie api che io coltivo facendo attività agricola vanno nel fondo altrui, io proprietario ho diritto di inseguirle sul fondo altrui, ma – ecco un altro esempio di atto lecito dannoso – devo un'indennità per il danno arrecato al fondo. Se non le ho inseguite entro due giorni da quando le api sono scappate, il proprietario del fondo le può prendere o *ritenerle*. "Ritenerle", che deriva dal francese *rendre* (o *retenir*), cioè, come dire, farle proprio proprie, ok? Ritenerle in proprietà del fondo. Quindi vedete come bilancia accuratamente il legislatore del '42. Queste norme ci fanno ridere pensando all'agricoltura industrializzata di oggi, ma sono evocative in tal senso.

Distanze Legali, Principio di Prevenzione (*Praevenire*), Luci e Vedute

La norma sulle *distanze* 873 pone un limite che non deve essere inferiore a 3 metri per ragioni igienico-sanitarie. Non sono derogabili dai privati, ma gli enti territoriali (il Comune) possono derogarle, per esempio aumentandole. Che succede se l'immobile è costruito in violazione del limite legale? La tutela è quella *ripristinatoria*, cioè ripristino dello *status quo ante* (lo stato che era presente precedentemente alla violazione): l'edificio va spostato o abbattuto e ricostruito alla distanza minima, oltre ovviamente alla tutela risarcitoria per il danno. Questa azione è imprescrittibile. Si applica poi il *principio della prevenzione*. Prevenzione deriva da prima (*praevenire*), cioè chi costruisce prima rispetto al vicino ha il potere di condizionare le scelte del vicino, che dovrà poi rispettare la distanza di 3 metri dalla costruzione preesistente. A questo fa eccezione la costruzione in aderenza (877): il vicino costruisce sul muro altrui (comunione forzosa del muro) o in aderenza senza appoggiarsi all'edificio preesistente. Le *vedute* (finestre, balconi) consentono di *inspicere*, cioè guardare sul fondo del vicino, ponendo un problema di riservatezza. Le *luci* invece sono aperture che consentono il passaggio di aria e luce, ma non permettono la vista sul fondo del vicino.

L'Estensione Verticale della Proprietà e la Colonna d'Aria (Domanda da 30 e lode)

Come si estende la proprietà? I latini dicevano "*usque ad inferos, usque ad sidera*" (fino agli inferi e fino alle stelle). Oggi noi parliamo di concezione orizzontale per via dei condomini, ma la concezione verticale è fondamentale. Il proprietario dell'edificio è titolare sia del sottosuolo, sia del sovrasuolo. *Per il 30 e lode*: da questo concetto la giurisprudenza ha coniato un nuovo bene immateriale che si chiama "*colonna d'aria*". Il proprietario dell'ultimo piano è titolare della colonna d'aria sovrastante, il che gli consente di goderne costruendo in quello spazio (il cosiddetto diritto di sopraelevare). Se questo avviene nei condomini, la sopraelevazione comporta di riconoscere un'indennità agli altri condomini. E *per i concorsi notarili*, dovete ricordare i diritti edificatori e

la **cubatura**. La cubatura è uno spazio volumetrico entro cui si può costruire, e i privati possono cedere questa "maggiore cubatura" verso corrispettivo (contratto di cessione di cubatura).

I Modi di Acquisto della Proprietà (Titolo Originario e Derivativo)

Questa è una **domanda d'esame**: modi di acquisto della proprietà. Si distinguono in acquisto a **titolo originario** e a **titolo derivativo**. Nel titolo originario io sto acquistando un diritto nuovo (*ex novo*), non vi è un passaggio di titolarità. Nel titolo derivativo il diritto è già esistente e circola tramite atti giuridici (contratto *inter vivos* o successione *mortis causa*). Quelli a titolo originario sono:

- **L'Occupazione (Art. 923)**: Riguarda le **res nullius**. Nullius è un genitivo in latino, vuol dire "cose di nessuno", come i pesci. Oppure le **res derelictae**. Derelicta vuol dire, tradotto per chi non sa il latino, abbandonati (oggetti lasciati vicino ai rifiuti, e qui gli zingari sono esperti in occupazione). Riguarda **solo i beni mobili**, perché i beni immobili materiali vacanti appartengono allo Stato.
- **L'Invenzione**: *Invenire* in latino significa cercare per trovare. Riguarda le **cose smarrite**, perse per strada. Se conoscete il proprietario gliele restituite, altrimenti la cosa va portata al sindaco o ai vigili. (Non vi portate a casa un cellulare perché sono tracciati e vi tacciano di incauto acquisto o ricettazione). Se dopo un anno non si presenta il proprietario, la proprietà spetta al ritrovatore; se si presenta, il ritrovatore ha diritto a un premio. [Il professore commenta l'entrata di un piccione/animale in aula: "Ugo è entrato veramente, e segue a chiamare... Lasciatelo che se ne va da solo".]
- **Il Tesoro**: Se trovato nel fondo altrui, per metà spetta al proprietario del fondo e per metà a chi lo ha trovato.
- **L'Accessione**: Principio molto importante connesso all'estensione verticale. Tutto ciò che si trova sopra e sotto il suolo viene acquistato *ipso iure* (in automatico) a titolo originario dal proprietario del fondo.

Domanda d'esame: si può derogare al principio di accessione? Sì, ma è necessario che i soggetti stipulino un contratto con cui il proprietario del fondo conceda al titolare dell'immobile il **diritto di superficie**, che consente di mantenere la proprietà separata dell'edificio impedendo l'accessione *ipso iure*.

- **Accessione invertita (per il 30 e lode)**: Se la PA non ha tempo per espropriare, costruisce l'opera pubblica sul fondo privato e poi espropria indirettamente, pagando un indennizzo/danno al privato.
- **Accessione di immobile a immobile**: L'**Alluvione** (un pezzo di terreno si stacca e si annette al mio fondo) e l'**Avulsione**. Qualcuno sa che

vuol dire avulsione in italiano? Nessuno. Avulsione del dente del giudizio... significa proprio togliere dall'alveo dove il bene si trova. Un pezzo di terra si stacca per le correnti e va nel fondo altrui.

- **Accessione di mobile a mobile:** L'*Unione o Commistione* (due cose mobili si uniscono in una cosa nuova creando una comunione; se separabili ognuno rimane proprietario) e la *Specificazione* (si uniscono col lavoro altrui, il codice premia il lavoro: lo specificatore diventa proprietario pagando i materiali).

Le Azioni a Tutela della Proprietà (Le Azioni Petitorie e la Probatio Diabolica)

Domanda d'esame. Come si tutela la proprietà quando il titolare non ha il possesso? Attraverso le *azioni petitorie*. *Petere* in latino vuol dire chiedere.

- **L'Azione di Rivendicazione:** *Vindicare* vuol dire chiedere, latino *rei*, richiesta della cosa. La finalità è chiedere al giudice la restituzione del bene contro il possessore o detentore. Il convenuto potrebbe eccepire l'*usucapione*, cioè dire "l'ho posseduto per un certo periodo di tempo e ne sono diventato proprietario" (prescrizione acquisitiva). Il problema cruciale è **domanda d'esame: La Prova**. Colui che agisce (l'attore) deve provare il diritto di proprietà. Se ha acquistato a titolo derivativo (contratto), non basta produrre l'atto traslativo, ma deve **ricostruire tutti i singoli passaggi di proprietà sino ad arrivare a un modo di acquisto a titolo originario**. Questa è la cosiddetta **probatio diabolica**, una prova quasi impossibile. Come si supera? Dimostrando l'intervenuta usucapione del bene (es. dimostro di averlo posseduto per 10 anni e quindi ho usucapito). L'azione è imprescrittibile.
- **L'Azione di mero accertamento della proprietà:** Il proprietario è già nel possesso del bene, ma qualcuno contesta il suo diritto. L'azione mira ad accertare giuridicamente l'esistenza del diritto, nessuno deve restituire nulla. (Diversa è l'azione di restituzione, che non è un'azione reale ma nasce dalla naturale cessazione di un contratto, es. locazione scaduta).
- **L'Azione Negatoria:** Chi subisce una molestia di diritto (qualcuno vanta diritti reali di godimento sul suo bene) chiede un accertamento negativo dell'inesistenza del diritto altrui. L'onere della prova si inverte: è il convenuto che deve dimostrare di essere titolare del diritto reale, perché la proprietà si presume libera da pesi. È imprescrittibile.
- **L'Azione di Regolamento di Confini:** I titoli non sono contestati, ma è sparito il confine (si sono sveltati i segni lapidei). Il giudice ricalcherà il confine sulle mappe catastali.
- **L'Azione di Apposizione dei Termini:** Il confine è certo, ma vanno apposti fisicamente i simboli del confine (i segni lapidei o pietre).

I Diritti Reali di Godimento (*Iura in Re Aliena*)

I *diritti reali di godimento* (superficie, usufrutto, ecc.) comprimono il diritto di proprietà, che è elastico (il famoso palloncino). Quando il diritto reale scade, il palloncino torna a espandersi. La situazione è ibrida, perché sebbene nasca tra due soggetti o tra due fondi (relativa), è sempre reale, cioè *opponibile erga omnes*, e tutti i terzi devono riconoscerla. Ne parleremo giovedì.

3.5 Lezione 12 - Diritti Reali di Godimento, Superficie, Usufrutto e Servitù Prediali

I Diritti Reali di Godimento, le Azioni a Tutela e il *Numerus Clausus*

Allora, dunque, state attenti perché oggi dobbiamo parlare dei *diritti reali di godimento*, che sono domande d'esame, e quindi dobbiamo un attimo individuare la disciplina di questi diritti che sono comunque *situazioni reali*. Partecipano della natura della situazione reale, nel senso che presentano il carattere dell'*inerenza al bene* e dell'*immediatezza*, perché i soggetti titolari ritraggono direttamente dal bene l'utilità.

In relazione alle situazioni reali di godimento (che distingueremo oggi *per i 30 e lode* da un'altra categoria, quella del diritto personale di godimento che invece ha natura obbligatoria e non reale), il concetto di *rapporto* rispetto alla proprietà è ancora più evidente. Qui il rapporto si crea tra due soggetti che sono il proprietario del bene, il quale *limita sostanzialmente le sue facoltà* (da cui la metafora del palloncino elastico che viene ad essere compresso per concedere talune facoltà a un altro soggetto), e il titolare della situazione reale di godimento. Queste situazioni i latini le chiamavano *iura in re aliena*, che significa "un diritto su cosa altrui", da cui poi derivano i diritti reali su cosa altrui o di godimento. Le possiamo un po' definire situazioni ibride perché, da un lato, il rapporto si instaura tra *due soggetti determinati* (a differenza della proprietà), ma dall'altro queste situazioni sono reali e quindi *opponibili erga omnes* al pari della proprietà. Tutti i consociati devono rispettare questa situazione.

Tant'è vero che sul fronte processuale, *per i 30 e lode*, esistono delle *azioni* anche a tutela di queste situazioni di godimento o diritti "parziali". Quali sono queste azioni? Al pari della *reivindicatio* (l'azione di rivendicazione che abbiamo visto per il proprietario), esistono per esempio la *vindicatio usus fructus* (un'azione che è legittimato ad esperire l'usufruttuario per rientrare nel possesso del bene) o la *vindicatio servitutis* (un'azione volta a far accertare l'esistenza di una servitù sul fondo). Vedremo anche che in relazione a queste situazioni si può configurare il *possesso*, perché il possesso giuridicamente corrisponde all'esercizio del diritto di proprietà, ma *anche all'esercizio di questi diritti parziali*. Quindi non mi fate l'errore di configurare il possesso solo per il diritto di proprietà! Anche qui si pone il problema: questi diritti reali di godimento sono tipici? Rappresentano un numero chiuso (*numerus clausus*)? La risposta è sì, sono *esclusivamente quelli previsti dal legislatore*. Ciò non significa

però – soprattutto *per chi vuole una valutazione più elevata* – che i privati non possano creare nella prassi dei congegni che assomigliano ai diritti reali di godimento, ma che non hanno natura reale. Su questo la Cassazione ha insistito: una cosa è la *servitù di parcheggio* (che è una situazione reale opponibile *erga omnes*), una cosa è che A conceda il diritto di parcheggio a B (che è una *situazione obbligatoria*, un diritto personale di godimento confinato solo a quei due soggetti).

Iniziamo quindi ad analizzare queste situazioni di godimento, partendo da quella che deroga ai principi generali dell'estensione della proprietà.

Il Diritto di Superficie, lo *Ius Aedificandi* e la Riespansione del Dominio

Il *diritto di superficie* deroga al principio dell'accessione. Per evitare che questo principio operi, il *dominus fundi* (cioè il titolare del diritto di proprietà sul fondo) si autolimita e concede a un altro soggetto, detto *superficiario*, il diritto di costruire su quel fondo e di *mantenere la proprietà separata* di quell'edificio. Il diritto di superficie è una situazione reale opponibile *erga omnes* e può atteggiarsi in due direzioni. La prima è avere ad oggetto quello che i latini chiamavano lo *ius aedificandi*: sul fondo non è ancora presente la costruzione, quindi il proprietario (nudo proprietario) concede al superficiario il diritto di edificare *ex novo* e mantenere la proprietà dell'edificio. L'altra ipotesi è quella nella quale l'*edificio è già presente sul fondo*: la superficie consiste in questo caso nel solo diritto del superficiario di mantenere la proprietà separata di quell'edificio preesistente.

Attenzione *per i 30 e lode*, per capire che questa è una situazione reale, guardate che *ha un termine!* La superficie può essere perpetua o soggetta a termine, quindi temporanea. Quando scade il termine, che cosa succederà? Che quel palloncino si riespanderà. Quindi il proprietario del fondo estenderà la sua proprietà, alla cessazione della superficie, anche all'edificio, perché *tornerà a rioperare il principio di accessione!* La superficie viene anche detta nelle sentenze "*proprietà superficiaria*". Ma non va confusa con il diritto di proprietà vero e proprio: la differenza, *per i 30 e lode*, è che il diritto di proprietà è perpetuo, mentre la proprietà superficiaria è temporanea, perché quando scade si ha la *riespansione del dominio*.

Terzo punto, sempre *per i 30 e lode*, se questa è una situazione reale, significa che *non è legata allo specifico bene fisico*, ma è un *diritto di costruire*. Questo giustifica due cose: se l'edificio costruito dovesse *crollare a terra*, il superficiario avrà ancora la possibilità di ricostruire fino a che la superficie non venga a scadenza. In secondo luogo, se il proprietario del fondo vende il fondo, chi lo acquista *dovrà tollerare questo peso*, perché la situazione reale circola con il bene.

Costituzione della Superficie e la Digressione sull'Errore dei Notai

Come si costituiscono questi diritti? A **titolo originario** attraverso l'usucazione, e a **titolo derivativo**. Il classico strumento è il **contratto**, cioè un accordo che deve necessariamente avere la forma dell'atto scritto ed è **soggetto a trascrizione** nei pubblici registri. L'esistenza della superficie deve essere pubblicizzata nel registro della pubblicità immobiliare, quindi non possono esistere superfici occulte. Chi redige questi atti? Il notaio, quel pubblico ufficiale che redige gli atti pubblici che poi vengono portati alla trascrizione.

(Piccola digressione del professore: Vedremo anche le situazioni di garanzia come l'ipoteca. L'ipoteca non può essere occulta, ma è "iscritta", non trascritta. Qui facevano l'errore ai concorsi notarili che dicevano "ipoteca trascritta"... fatto da uno che va a fare il notaio dimostra ignoranza delle basi! Il pignoramento si trascrive, ma l'ipoteca si iscrive. Il notaio deve consultare questi registri, altrimenti c'è la responsabilità del notaio che mi vende una cosa gravata da un peso e deve risarcirmi i danni).

Un'ipotesi di superficie è anche la **cappella cimiteriale**: il suolo è pubblico del Comune, ma noi acquistiamo la proprietà superficiaria, il Comune ci consente di mantenere per 99 anni la proprietà separata del singolo loculo o cappella tramite un contratto.

Poteri del Superficiario ed Estinzione

Quali sono i **poteri** del superficiario? Oltre al potere di godimento, ha un **potere di disposizione**: può vendere la proprietà superficiaria e la può concedere in locazione. Ovviamente vale il principio del **collegamento dei rapporti**: quando cessa la superficie cessa anche la locazione. Quando **si estingue**? Al maturare del termine, ma vi è anche un altro modo che è la **prescrizione**. I diritti reali di godimento si prescrivono nel termine più lungo in assoluto: **20 anni**. Se per 20 anni non esercito la situazione, questa si estingue. Quali sono le **conseguenze** dell'estinzione? La **riespansione del dominio**, ma anche i diritti presenti sul suolo (es. un'ipoteca) si espandono all'edificio. Invece, i diritti costituiti dal superficiario (come le locazioni) si estinguono. I latini dicevano **resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis**. La tutela si fa con la **vindicatio servitutis** o con l'**azione negatoria**.

Un cenno velocissimo all'enfiteusi, per poi passare all'usufrutto.

L'Enfiteusi (Cenno)

L'**enfiteusi** è un diritto caduto in disuso, molto diffuso nel Medioevo quando i proprietari andavano in guerra. Il proprietario concedeva all'enfiteuta il diritto di godere del fondo e di migliorarlo, pagando un canone periodico. Ricordiamo due poteri tipici: il **potere di affrancazione** (l'enfiteuta paga una somma per diventare pieno proprietario del fondo) e il **potere di devoluzione** (in caso di inadempimento dell'enfiteuta, il concedente nudo proprietario può liberare il fondo dall'enfiteusi).

L'Usufrutto: Poteri, Limiti, e il *Tantundem*

L'*usufrutto* ha per oggetto un bene mobile o immobile. L'usufruttuario ha il *potere di godere* del bene e percepirne i frutti, naturali o civili. Può trasferire il diritto di usufrutto a un altro soggetto, ma *non può MAI vendere il bene!* Se l'usufrutto ha ad oggetto beni deteriorabili o consumabili (come il denaro o beni generici), si parla di *quasi usufrutto*. Alla cessazione, andrà restituito non lo stesso bene, ma il *tantundem*, cioè una quantità dello stesso genere.

Quanto dura? Se costituito a favore di persona fisica, è parametrato alla vita dell'usufruttuario (*vita naturale durante*). *Per il 30 e lode*: se è costituito a favore di una persona giuridica, non può avere una durata superiore a *30 anni!*

Come si *costituisce* l'usufrutto? Contratto, testamento, usucapione, ma si aggiunge un altro modo: la legge. Ci sono casi di *usufrutto legale* previsti dal legislatore che dovete ricordare:

- I genitori fino al raggiungimento della maggiore età del figlio sono titolari dell'usufrutto legale sui beni dei minori.
- L'*usufrutto uxorio* (*uxor* in latino vuol dire moglie): l'usufrutto che spetta al coniuge superstite sui beni, per esempio l'abitazione. Esiste anche l'*usufrutto giudiziale* costituito dal giudice.

I Limiti, l'Abuso di Usufrutto e l'Eccezione alle Locazioni (Per i 30 e lode)

Quali sono i *limiti*? L'usufruttuario *non può alterare la destinazione economica del bene* (non può trasformare una stalla in una discoteca). Se lo fa, o se vende il bene, incorre nell'*abuso di usufrutto*, che determina l'estinzione immediata dell'usufrutto come *pena privata*, una sanzione del legislatore, oltre al risarcimento del danno.

Cosa succede ai diritti costituiti dall'usufruttuario (come la locazione) quando l'usufrutto cessa? Abbiamo un'*eccezione alla regola resolutio iure dantis... per una domandina da 30 e lode!* Le *locazioni possono proseguire*, opponibili al nudo proprietario, fino alla durata stabilita ma *non oltre 5 anni dalla cessazione* dell'usufrutto. Se l'usufrutto era a termine e il conduttore lo sapeva, si riduce a un massimo di 1 anno. Questo perché, con interpretazione assiologicamente orientata, l'esigenza di tutelare il diritto all'abitazione prevale sulle esigenze del proprietario. Gli *obblighi* dell'usufruttuario sono la redazione dell'inventario (fondamentale per la restituzione), la *manutenzione ordinaria* (la straordinaria spetta al nudo proprietario) e il non far perire la cosa. L'azione a tutela è la *vindicatio usus fructus*.

Dall'usufrutto vanno poi distinti due diritti personalissimi: l'uso e l'abitazione.

Uso e Abitazione

L'*uso* ha un *limite funzionale*: godere del bene nei limiti dei bisogni della propria famiglia. L'*abitazione* è il diritto di abitare l'immobile strettamente per i bisogni della propria famiglia. A differenza dell'usufrutto, *sono diritti personalissimi*: non si possono cedere a terzi né concedere in locazione.

Veniamo all'ultimo diritto reale, che non riguarda più il rapporto tra persone, ma tra fondi.

Le Servitù Prediali: Caratteri, *Vicinitas* e *Utilitas*

Perché si chiama servitù prediale? Da *praedium* (fondo in latino). Qui non ragioniamo in termini di soggetti (nudo proprietario e usufruttuario), ma di *rapporto tra due fondi o edifici*. Un fondo deve poter ritrarre un'*utilitas* (un vantaggio) dall'altro fondo. Vigé il principio della diversità dei proprietari: i latini dicevano *nemini res sua servit* (i fondi devono appartenere a proprietari diversi). Serve la *vicinitas* (contiguità), anche se non assoluta, e l'*utilitas*.

La servitù può essere *positiva* (impone un *facere* o un *pati*, cioè tollerare, come la servitù di passaggio o di presa d'acqua) o *negativa* (impone un *non facere* gravante sul fondo, es. la servitù di veduta per non costruire oltre una certa altezza). Attenzione *per i 30 e lode*: la servitù deve dare un vantaggio a un fondo. Se invece io con un contratto do a Tizio specifico il diritto di passaggio sul mio fondo, questa non è una servitù prediale, ma una *situazione obbligatoria* (diritto personale di godimento) che viene definita *servitù irregolare*!

Differenza con le Obbligazioni *Propter Rem* (Per i 30 e lode)

Un'altra *domanda da 30 e lode*: qual è la differenza con l'*obbligazione propter rem*? La servitù è una situazione reale e circola col fondo (*ambulatorietà*). I modi in cui io la devo esercitare concretamente (se a piedi, in macchina, ecc.) sono pattuiti nel regolamento della servitù. I latini li chiamavano *adminicula servitutis*. Queste modalità di attuazione e di esercizio sono *obbligazioni propter rem*, cioè obblighi dal *contenuto obbligatorio* collegati al fondo, distinti dal diritto reale in sé!

Costituzione delle Servitù Prediali e l'Interpretazione Assiologica sull'Handicap

Ovviamente come si costituiscono le servitù? Beh, per *volontà dell'uomo*, contratto (trascritto per renderlo opponibile ai terzi), testamento. Per *usucazione*. Per volontà della legge. Ecco che abbiamo le *servitù legali o coattive*. Pensate, per esempio, alla servitù di elettrodotto o di acquedotto previste dal codice, leggi che mi impongono di far passare l'elettrodotto per ragioni di pubblica utilità. Un'altra forma che dobbiamo ricordare è quella *giudiziale*, cioè una servitù costituita tramite una sentenza del giudice. Quando, peraltro, il mio fondo non ha accesso alla via pubblica, io posso chiedere al giudice (articolo

1051) di costituire una servitù di passaggio sul fondo altrui per accedere alla via pubblica. Si parla di *fondo intercluso*.

In merito a questo, vi è stata un'importantissima interpretazione della Corte Costituzionale. Un caso molto interessante di servitù giudiziale in rapporto con l'handicap: queste norme sul fondo intercluso sono state interpretate dalla giurisprudenza, in particolar modo dalla Corte Costituzionale (una sentenza storica su cui farete anche un seminario), nella *prospettiva di tutelare la persona fragile*. Il giudice ha costituito una servitù nell'ipotesi in cui non era consentito a un *portatore di handicap* con ridotta capacità motoria di accedere alla propria abitazione. Vedete, ha utilizzato una norma patrimonialistica per eccellenza relativa al fondo intercluso per adattarla alle *esigenze della persona!* Un altro esempio di *interpretazione evolutiva e assiologica*. Nel costituire questa servitù bisogna sempre bilanciare gli interessi: i principi sono la *maggior brevità del passaggio* e il *minor danno possibile* per il fondo servente.

Per i 30 e lode (o dal 28 in su): La destinazione del buon padre di famiglia. Questo particolarissimo modo di costituzione (tramite frazionamento originario di un unico fondo) è applicabile *SOLO alle servitù apparenti*. Una servitù si dice apparente quando *esiste sul fondo un'opera visibile e permanente* (un pozzo, un ponticello, una viuzza per passare) destinata all'esercizio della servitù. Solo se c'è quell'opera (servitù apparente) si potrà costituire per destinazione del buon padre di famiglia!

3.6 Lezione 13 - Servitù Prediali (Eterogenesi, Costituzione e Quiescenza), Comunione e Condominio

Le Servitù Prediali e l'Eterogenesi dei Fini

Allora, spero che sia la settimana di Pasqua, per cui forse molti fuori sede scendono o salgono a seconda dei casi, però ovviamente il monte orario è quello, quindi io devo andare avanti col programma. Dobbiamo concludere e riprendere il discorso sulle *servitù prediali*. Questa è una materia prettamente patrimonialistica, ma la quale, come vi ho già detto, è suscettibile, pur essendo una materia vecchia, di essere assoggettata a quella interpretazione evolutiva e assiologica. Quindi, a fronte sempre di norme antiche del codice del '42 (che peraltro ci rinvengono poi anche dal diritto romano: servitù prediale infatti deriva da *praedium*, che in latino significa fondo), queste norme sono suscettibili di essere assoggettate a quella tecnica interpretativa che si chiama *eterogenesi dei fini*. Che vuol dire eterogenesi dei fini? Andare sostanzialmente a piegare quella norma al raggiungimento di funzioni diverse, nell'ottica funzionalistica che contraddistingue il mio metodo.

I Requisiti della Servitù: *Nemini res sua servit, Vicinitas e Utilitas*

Abbiamo detto che affinché il rapporto abbia carattere di realtà, è necessario che si instauri tra *due fondi*. La servitù è infatti un marchio del fondo. Non va confusa, e oggi lo vedremo *per i 30 e lode*, con l'obbligazione *propter rem*,

che è un istituto differente. Questi due fondi, dicevano i latini, *Nemini res sua servit*, cioè devono appartenere a due proprietari diversi. Nel caso in cui il proprietario venga a coincidere in un'unica persona, *la servitù si estingue*. Nel caso dell'usufrutto abbiamo visto la "consolidazione"; qui, nella servitù, il fenomeno per cui il titolare del fondo servente acquista quello dominante (o viceversa) si chiama fenomeno di *confusione*. (*Vedremo che è anche possibile che nel rapporto obbligatorio creditore e debitore vengano a coincidere, e anche lì si estingue per confusione*).

Quindi: presenza di due fondi, proprietari differenziati, la *vicinitas* e l'*utilitas*. Questi fondi devono essere vicini, anche se in base all'interpretazione della giurisprudenza la *vicinitas* deve essere intesa *in senso relativo*, non come contiguità fisica assoluta (è possibile anche l'esistenza di un fondo intermedio non attinto dalla servitù). L'*utilitas* è quel vantaggio (una maggiore comodità o amenità, dice la Cassazione) che il fondo dominante deve ricevere dal fondo servente. E proprio su questo torneremo *per i 30 e lode sul profilo funzionale*: andando a valutare come impatta un principio dell'Agenda ONU, che è il *principio di sostenibilità*, su questi diritti tanto antichi. Utilizzare la servitù per attuare il principio di sostenibilità, che oggi è un principio fondamentale italo-comunitario.

La Servitù su Edificio da Costruire (Per i 30 e lode) e l'Ambulatorietà

L'utilità può essere anche futura, come può anche essere ammissibile, secondo la giurisprudenza, la *servitù a favore di un edificio da costruire*, quindi a favore di un bene futuro. Questa servitù, che è trascrivibile nel registro della pubblicità immobiliare, ha ad oggetto un bene che ancora non esiste, quindi non è ancora un diritto reale. Appuntatelo *per i 30 e lode*: si crea un *rapporto preliminare di tipo obbligatorio*, nel senso che poi quel rapporto diventerà reale quando l'edificio verrà ad esistenza.

Il rapporto di servitù reale è opponibile *erga omnes*, per cui vige il cosiddetto *principio dell'ambulatorietà*: questo peso, questo marchio, passa da un proprietario all'altro. Ma attenzione: quando la servitù può passare all'acquirente del fondo? Quando è pubblicizzata. L'acquirente deve conoscere l'esistenza della servitù tramite il sistema della pubblicità (la trascrizione). La conseguenza *per il 30 e lode* è che *se non viene trascritta* (non è pubblicizzata), *non è opponibile!* Il nuovo proprietario non la dovrà rispettare.

Dopo aver chiarito i presupposti generali, il professore si addentra nella distinzione tra le servitù tipiche previste dal legislatore e quelle create dalla prassi, con particolare attenzione alle servitù di parcheggio.

Servitù Atipiche, Servitù di Parcheggio e Servitù Irregolari (Per i 30 e lode)

Oltre alle servitù tipiche (la servitù di presa d'acqua, la servitù di passaggio, la servitù *altius non tollendi*, cioè la servitù negativa di non elevare oltre una

certa altezza), vi possono essere le *servitù atipiche*, non previste dal codice. Oggi ci soffermeremo sulla *servitù di parcheggio*. **Per i 30 e lode** (magari ci farete un seminario perché spesso non è chiaro nemmeno a livelli superiori): la servitù di parcheggio può essere creata dalle parti come una *servitù vera e propria* (se ha i caratteri della servitù ed è un diritto reale) oppure può essere un *diritto personale di godimento*, cioè un rapporto obbligatorio che produce effetti solo tra due soggetti determinati. Entrambe queste ipotesi sono ammissibili secondo una pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione del 2024. Se è diritto reale, c'è l'ambulatorietà (passa ai proprietari successivi). Se invece è un mero diritto di credito, il rapporto obbligatorio di servitù prende il nome di *servitù irregolare* (cioè a favore di una persona specifica, non di un fondo!).

Ma come si regola nella pratica l'esercizio di queste servitù? Qui entra in gioco un fondamentale istituto ibrido.

Differenza tra Servitù e Obbligazioni *Propter Rem* (Per i 30 e lode)

Le servitù possono consistere in un *facere* o in un *pati* (tollerare). Spesso il rapporto di servitù è accompagnato dall'*obligatio propter rem*. Sono concetti che spesso non sono chiari nemmeno a chi fa i concorsi. **Per i 30 e lode**: le obbligazioni *propter rem* sono una serie di obbligazioni che costituiscono le *modalità di esercizio della servitù*. Il regolamento individua le modalità (es. l'obbligo di passare con la macchina e non a piedi, l'obbligo di passare solo il lunedì e martedì). I latini le chiamavano *adminicula servitutis*. Queste vanno distinte dalle servitù vere e proprie perché hanno un *carattere obbligatorio*, ma, rispetto al rapporto obbligatorio semplice, sono esse stesse opponibili *erga omnes* e ambulatorie. La Cassazione dice che affinché possano esistere è necessaria la *forma scritta*.

Le Fonti di Costituzione e la Sentenza sul Fondo Intercluso (Per i 30 e lode)

Come si costituiscono le servitù? Per *contratto*, *usucapione*, *testamento*, per *legge* (le servitù legali o coattive come l'elettrodotta) e infine tramite *sentenza giudiziale* (che è una sentenza costitutiva). Una fattispecie importante è la servitù coattiva di passaggio quando il *fondo è intercluso* (non ha accesso alla via pubblica). Lì il giudice interviene dettando le modalità secondo il *principio del minimo mezzo* (Art. 1067): la minor brevità del passaggio e il minor danno possibile al fondo servente.

Domanda per i 30 e lode: nell'ambito delle servitù giudiziali dobbiamo ricordare una sentenza storica della Corte Costituzionale che sottopone la norma sul fondo intercluso ad un'*interpretazione evolutiva e assiologicamente orientata* per tutelare la persona fragile. Il giudice ha costituito una servitù coattiva per consentire a un portatore di handicap con ridotta capacità motoria di accedere alla propria abitazione. **Ha utilizzato una nor-**

ma patrimonialistica per eccellenza per adattarla alle esigenze della persona!

Tra i modi di costituzione, ve ne è uno particolarissimo che si fonda sulla situazione materiale dei luoghi.

La Destinazione del Buon Padre di Famiglia (Domanda da 30 e lode / dal 28 in su)

La servitù può essere continua o discontinua, apparente o non apparente. Si dice **apparente** quando esiste sul fondo un'*opera visibile* (il pozzo, il ponte). **La destinazione del buon padre di famiglia** riguarda **SOLO le servitù apparenti**. Come si spiega? Esiste un unico fondo di proprietà di A con un pozzo. A **fraziona il fondo in due parti**: (visto che voi siete matematici le chiamiamo X e Y), dove X è la parte col pozzo e Y è la parte che riceve l'irrigazione. Se A vende Y a un acquirente, e si tiene X, **l'acquirente eredita in automatico ex lege la servitù** (il vantaggio dell'acqua). Viene meno il principio *Nemini res sua servit* perché i proprietari si differenziano. La servitù si costituisce a seguito del frazionamento. È un effetto che si produce per legge, ma la norma è derogabile: i privati possono escluderla disponendo diversamente nell'atto di vendita.

L'Usucapione del "Modo", la Quiescenza e la Tutela (Per i 30 e lode)

Il "modo" (l'*adminicula servitutis*, le modalità di esercizio come il passaggio a piedi) si può usucapire? **Per i 30 e lode**: la risposta è **sì**. Si può estinguere per prescrizione il modo se non lo uso? No, **si estingue la servitù intera** per non uso ventennale, ma non si prescrive il singolo "modo" che è autonomo dal diritto. Se una sorgente scompare, la servitù si estingue subito? No, essendo un diritto reale, **la servitù va in quiescenza** (sospensione temporanea). Se entro 20 anni la sorgente torna, la servitù riprende a rivivere. La tutela si esercita tramite la **vindicatio servitutis**, per accertare il diritto e ottenere il risarcimento danni contro chi la contesta.

Conclusa la trattazione sui diritti reali di godimento e le servitù, il professore introduce le situazioni in cui più soggetti condividono lo stesso diritto sul medesimo bene.

La Contitolarità e la Comunione

La **contitolarità** (o **comunione**) è la titolarità contestuale da parte di più soggetti di un diritto reale (proprietà o diritti di godimento). Qui i poteri spettano a tutti sull'intero bene (il bene non è frazionabile fisicamente), ma nei rapporti interni si ricorre al concetto di **quota ideale** (che misura la frazione del diritto, es. 1/2, 1/3, e si presumono eguali). Come si **costituisce**? Volontaria (contratto) o forzosa/legale (es. comunione forzosa del muro di confine). **Poteri**: Ciascuno gode dell'intero bene col limite di **non alterarne la destinazione**

economica e di *non impedire agli altri di usarlo*. **Potere di disposizione**: io posso vendere solo la mia quota. Per vendere l'intero bene serve l'**assenso di tutti**. **Amministrazione**: Si ispira al **principio maggioritario** (50%+1 per ordinaria amministrazione, maggioranza qualificata dei 2/3 per la straordinaria e per le innovazioni). **Estinzione**: Ciascun comunista **può sempre chiedere lo scioglimento** della comunione (è un diritto potestativo). Si può stabilire un patto di indivisibilità che però non può superare i 10 anni.

Collegato al fenomeno della comunione, vi è l'istituto del condominio, di grandissima applicazione pratica.

Il Condominio: Comunione Funzionalizzata

Il **condominio** è una forma particolare di comunione, non coincide con la comunione ordinaria. Nel condominio convivono proprietà individuali (l'unità abitativa) e cose comuni (scale, ascensore, portone). È una **comunione funzionalizzata solo all'uso delle unità immobiliari individuali**. La quota è determinata in frazione millesimale (**la tabella millesimale**), che indica il rapporto proporzionale tra l'unità e l'edificio. L'obbligo di partecipare alle spese (oneri) **non è rinunciabile**: non posso rifiutarmi di pagare le scale dicendo che non le uso. Le parti comuni **non sono divisibili**, altrimenti verrebbe meno il vincolo funzionale. Si amministra con l'**assemblea** (che assume delibere) e l'**amministratore**.

Il condominio ha **soggettività giuridica**? Il problema è aperto: la Cassazione parla di "**ente di gestione**" senza personalità giuridica. Delle obbligazioni rispondono i singoli condomini in proporzione alle quote millesimali.

Domanda per il 30 e lode su cui poi chiudo: I Regolamenti Condominiali

Il condominio adotta spesso due tipi di regolamento, ed è fondamentale saperli distinguere.

- **Regolamento Condominiale**: Adottato a **maggioranza**, ha ad oggetto le **modalità di esercizio delle parti comuni** (es. divieto di tenere animali, oggi peraltro non più vietabile in assoluto).
- **Regolamento Contrattuale**: Adottato all'**unanimità** (per iscritto). Perché? Perché questo ha un oggetto diverso: **pone limiti a carico delle proprietà esclusive o deroga ai criteri legali!** Un esempio è un regolamento che pone obblighi di spesa più gravosi per alcuni, che assegna l'uso esclusivo di una parte comune solo ad alcuni condomini, o che crea una servitù gravante sulla proprietà individuale a favore degli altri. Per questo serve l'unanimità.

4 Capitolo 4 - Possesso, Usucapione e Azioni Possessorie

4.1 Lezione 14 - Il Possesso: Natura, Dinamiche e la Regola "Possesso Vale Titolo"

Il Possesso: Stato di Fatto e Funzione Pubblicitaria

Oggi chiudiamo il libro terzo parlando dell'ultimo argomento. Ieri abbiamo visto la contitolarità del diritto di proprietà o dei diritti reali di godimento e la disciplina del condominio (una comunione particolare funzionalizzata all'utilizzo e al godimento delle unità immobiliari). Oggi dobbiamo parlare del *possesso*, della sua disciplina, e poi di quell'istituto che abbiamo sempre nominato finora che è la cosiddetta *usucapione* (un istituto che si fonda sul possesso stesso), trattando il tutto a vari livelli.

Nei manuali voi leggete che il possesso è uno *stato di fatto*, quindi *non è una situazione giuridica soggettiva*, ma è uno stato di fatto che riceve tutela dall'ordinamento. Una tutela che ovviamente si configura in relazione alle situazioni reali di cui abbiamo parlato e a largo raggio: quindi non solo per il diritto di proprietà, ma anche per i diritti reali di godimento (che, come vi ho detto, si possono acquistare anche per usucapione). Iniziamo col dire che non è una situazione giuridica, ma è una situazione di fatto che riceve una tutela e una disciplina dall'ordinamento direi quasi in maniera autonoma rispetto al diritto reale di riferimento.

Per comprendere appieno questa autonomia, dobbiamo guardare al ruolo che il possesso gioca nella circolazione della ricchezza. Il possesso rientra in una *forma di pubblicità*, poiché possedere un bene (ed esercitare questo potere di fatto che corrisponde all'esercizio di un diritto reale sul bene) è anche una forma di pubblicità verso i terzi e verso i consociati. Normalmente, chi possiede il bene ne è anche titolare di un diritto reale, a meno che non sia il ladro che ha rubato il bene e che quindi non è titolare né del diritto di proprietà né dei diritti reali di godimento legittimi. Il possesso è un *indice di appartenenza* del bene. Tanto è vero che mentre per i beni immobili e mobili registrati la circolazione è tutta tracciata in appositi registri tramite la trascrizione, *per i beni mobili* questa circolazione non è annotata in appositi registri (altrimenti l'economia si bloccherebbe), ma un indice pubblicitario è dato proprio dal possesso. Per cui normalmente possiamo presumere che chi possiede il bene è anche titolare della situazione reale di cui trattasi sul bene, che sia la proprietà o che sia un diritto reale limitato o di godimento.

Ius Possessionis, Ius Possidendi e i Commoda Possessionis

I latini dicevano che il possesso è tutelato dall'ordinamento *ne cives ad arma ruant* (affinché i cittadini non vadano alle armi), essendo un indice di regolazione delle situazioni giuridiche soggettive. Ovviamente, se normalmente il titolare del diritto di proprietà ha il possesso del bene, può anche non averlo, e

in quel caso per recuperare il possesso deve agire in rivendicazione. Così come allo stesso tempo il possesso può anche essere mantenuto dall'altro, cioè da colui che non ha il diritto di proprietà sul bene ma che comunque ne sta godendo come se fosse un proprietario. Quindi il possesso è distinto dal diritto, infatti i latini parlavano di **factum possessionis** (fatto del possesso).

Dobbiamo distinguere, richiamando la Cassazione sul punto:

- **Ius possessionis**: è quella situazione in cui il diritto reale e il possesso legittimo **coesistono** in capo a una persona (es. il proprietario che possiede il bene).
- **Ius possidendi**: allude invece al **diritto di possedere** in capo a chi non ha il possesso del bene (es. il proprietario che non ha il possesso del bene e lo può rivendicare).

Questo stato di fatto esteriore è facilmente accertabile, dicevano i latini, ed è tutelato per evitare conflitti. Il possesso in quanto tale è tutelato dai cosiddetti **commoda possessionis**, cioè i vantaggi del possesso, perché colui che ha il possesso è una persona molto forte e si tutela alle volte meglio del proprietario! Già lo abbiamo visto nell'azione di rivendicazione: colui che possiede, convenuto in giudizio, non deve provare nulla, ma deve essere il proprietario a provare il proprio titolo. Il possessore può dire **possideo quia possideo** (possiedo perché possiedo), senza dover giustificare o provare il possesso, mentre l'onere della prova ricade sul proprietario.

Ma come si distingue materialmente chi sta possedendo da chi sta semplicemente trattenendo il bene per altri motivi?

Possesso vs Detenzione (*Corpus e Animus*)

Questa è la **prima domanda d'esame**: il possesso si distingue dalla detenzione. Nel caso del possesso pieno si ha, dicevano i latini, il **corpus** (la materiale disponibilità del bene) e l'**animus possidendi** (l'intenzione di possedere). Cioè, nel caso del possesso pieno, il proprietario possiede il bene in quanto sa di esserne proprietario ed è legittimamente titolare di una situazione reale su quel bene.

Se invece il soggetto non è titolare di una situazione reale su questo bene, allora il soggetto ha il **corpus** ma ha anche il cosiddetto **animus detinendi**: cioè **riconosce l'altruità del bene** e riconosce che il bene non è di sua proprietà. Qui abbiamo una scissione tra la titolarità altrui del bene e questa situazione di fatto che viene a chiamarsi non più possesso, bensì **detenzione**, poiché si detiene, dicevano i latini, **nomine alieno** (a nome altrui).

(Quando io faccio la domanda agli esami per aiutarvi chiedendo "La sedia dove state seduti la state possedendo o detenendo?", la risposta è detenendo, perché voi riconoscete l'altruità della proprietà, cioè che quella sedia è dell'ente pubblico dell'Università. Il conduttore nel contratto di locazione è un detentore qualificato perché riconosce che il proprietario è un altro, così come il comodatario è un detentore, o per esempio se prendete a prestito un libro dalla biblioteca, siete

detentori perché rispettate il diritto di proprietà della biblioteca. Quando le situazioni sono in contitolarietà, si parla invece di **compossesso**).

Quindi la differenza tra possesso e detenzione non sta tanto nel *corpus* (perché il bene ce l'ha sia il possessore che il detentore), quanto nell'**animus** (animus possidendi e animus detinendi), che indica qualcosa che è nella nostra testa e che in diritto privato si chiama **elemento soggettivo**. (Vi ricordo che nell'azione di rivendicazione, se viene convenuto il detentore, egli può essere estromesso dal processo se fa il nome del vero possessore).

Esiste però sempre nell'ambito della disciplina del possesso la **presunzione di possesso**, dove si presume dal fatto noto un fatto ignoto: si presume fino a prova contraria che l'esercizio di un potere sul bene sia possesso, mentre colui che nega quel possesso dovrà provare il contrario, cioè che si tratta di una mera detenzione e non possesso.

È possibile che questo stato psicologico muti nel tempo, trasformando il detentore in possessore o viceversa?

Interversione del Possesso e Costituto Possessorio (Cassazione 2023)

A livello di disciplina possiamo avere un mutamento della detenzione in possesso, che prende il nome di **interversio possessionis** (o intervensione del possesso). Pensate al caso del conduttore di un immobile nel contratto di locazione a cui a un certo punto il proprietario vende l'immobile trasferendogli la proprietà: senza spostamento del *corpus* che rimane quello, è cambiato l'animus psicologico da *animus detinendi* in *animus possidendi*. **Ma non è automatico!** Si può avere solo per due cause:

- Un **atto di opposizione** del detentore: un atto inequivoco con cui il detentore manifesta la sua volontà di mutare la detenzione in possesso senza che il possessore faccia nulla (es. vi rivolgete alla biblioteca e dichiarate apertamente che non volete più restituire il libro).
- Per una **causa proveniente dal terzo** (come l'esempio della vendita appena fatto).

L'altro caso contrario di **passaggio dal possesso alla detenzione** si chiama nell'lessico della Cassazione il **costituto possessorio**. Pensate all'ipotesi di un proprietario dell'immobile che lo vende, ma poi si fa contestualmente concedere in locazione l'immobile stesso, passando così dall'essere possessore all'essere detentore di quell'immobile.

Le Qualificazioni Soggettive del Possesso e della Detenzione

Il possesso ha una sua qualificazione soggettiva che ci servirà per enunciare la regola del possesso vale titolo.

- Si ha **possesso in buona fede** quando questo possesso viene acquisito legittimamente, cioè colui che acquista il possesso non sa di ledere l'altrui

diritto (es. ignoro che chi mi ha venduto il bene non era il legittimo proprietario). La buona fede nel possesso **si presume sempre**, e la mala fede sopravvenuta non è rilevante (*mala fides superveniens non nocet*). Se quel possessore all'inizio confidava nella bontà dell'acquisto ma poi ha scoperto di aver acquistato da un non legittimato, quella mala fede sopravvenuta non rileva e il possesso resta di buona fede.

- Si dice invece **possesso in mala fede** se io so per certo di ledere l'altrui diritto, sapendo che quel bene mi è stato venduto da un soggetto non legittimato (come il ladro). Qui il confine col penale è molto vicino, con delitti come l'incauto acquisto e la ricettazione (per i CD pirata o gli orologi rubati).
- Il possesso può essere anche un **possesso viziato**, cioè acquistato in modo violento (mediante una rapina contro la volontà del proprietario), o clandestino (di nascosto attraverso un furto).

La detenzione invece si distingue in:

- **Detenzione qualificata**: se l'acquisto avviene attraverso un contratto come la locazione o il comodato.
- **Detenzione non qualificata**: ci servirà per le azioni ed è una detenzione per mere ragioni di ospitalità o di servizio, come quando invito l'amico a casa a dormire.

Ovviamente il possesso si estende anche ai diritti reali minori, per cui parliamo di possesso di usufrutto o possesso di servitù.

Chiarita la natura del possesso, vediamo ora le dinamiche relative alla sua circolazione.

Acquisto, Trasferimento e Perdita del Possesso

Il possesso, come la proprietà, si acquista o a **titolo originario** (come l'occupazione di una *res nullius* o *derelicta*), o a **titolo derivativo**, tenendo presente che **la mera tolleranza** per rapporti di amicizia o cortesia tra vicini non legittima mai l'acquisto del possesso.

Lo strumento con cui si trasferisce il possesso a fronte di un atto a titolo derivativo è la **traditio** (termine latino che significa consegna del bene). Può essere una **traditio** piena se ti consegno le chiavi, o una **traditio ficta** (finta), come nell'interversione nel possesso o nel costituito possessorio, dove il *corpus* resta nelle mani sempre della stessa persona e muta solo l'*animus*. Il possesso si perde non per una semplice dimenticanza (scordare l'ombrello a casa di amici), ma per una **definitiva e irreparabile irrecuperabilità** del bene da parte del possessore.

Successione e Accessione nel Possesso (Per la *Probatio Diabolica*)

Questo è un punto fondamentale che ci serve per integrare l'azione di rivendicazione: la disciplina della successione nel possesso e dell'accessione nel possesso.

- **Successione nel possesso:** Il caso principale è la successione *mortis causa*, in cui quando il defunto muore gli eredi succedono nel possesso e *lo stato psicologico permane*. Se il defunto possedeva in mala fede sapendo di ledere l'altrui diritto, la mala fede continua a caratterizzare anche il possesso degli eredi.
- **Accessione nel possesso (accessio possessionis):** Deriva invece da un atto tra vivi (vendita) o da un legato. Qui la differenza è che lo stato soggettivo è nuovo, quindi *si acquista un possesso nuovo a prescindere dal fatto che il venditore fosse in mala fede*. Ma l'*accessio possessionis* ha un altro pregio fondamentale: colui che acquista *può sommare il suo possesso a quello del dante causa* (il venditore). Questo agevola quella prova che avevamo definito *probatio diabolica* nell'azione di rivendicazione, poiché il proprietario può sommare il suo possesso a quello dei precedenti danti causa per dimostrare l'avvenuta usucapione del bene.

Tiriamo le somme di quanto detto e applichamolo alla circolazione della ricchezza mobiliare.

La Regola del "Possesso Vale Titolo" (Domanda d'Esame)

Questa è una *domanda d'esame*: la regola del possesso vale titolo. Questa regoletta che ci deriva dall'ordinamento francese disciplina la *circolazione dei beni mobili* in una situazione in cui chi dispone del bene non è legittimato a disporre (come il famoso ladro). Se il legislatore avesse preteso per i beni mobili un trasferimento valido solo da parte di soggetti legittimati l'economia si sarebbe paralizzata non essendoci registri. Quindi il legislatore introduce la regola per cui *se io acquisto a non domino* (cioè da colui che non è proprietario e quindi non è legittimato a disporre del bene), *il mio acquisto è fatto salvo ed è valido se sussistono questi presupposti*:

1. Riguarda *solo beni mobili* (escludendo immobili, mobili registrati e universalità di beni).
2. Vi deve essere un *titolo astrattamente idoneo* a trasferire il diritto reale (come un contratto di vendita che in astratto è idoneo ma in concreto è nullo perché fatto da un soggetto non legittimato).
3. La *buona fede* nell'acquisto del possesso (ignorando che chi me lo ha venduto non era il legittimo proprietario).
4. La *consegna* (la *traditio*).

In questo modo acquisto a titolo originario un possesso nuovo, *purificato e libero da altrui diritti* (per cui se su quel bene c'era costituito un diritto di pegno, questo viene eliminato in forza dell'applicazione della regola).

In caso di conflitto tra più acquirenti dello stesso bene mobile (es. A acquista a non domino oggi e il furbo finto-proprietario rivende lo stesso bene a B domani), si applica il principio della priorità temporale, che i latini chiamavano *prior tempore potior in iure* (chi arriva prima è più forte nel suo diritto). **MA attenzione: la regola del possesso vale titolo prevale sulla priorità temporale!** Quindi se A acquista legittimamente dal vero proprietario oggi ma non riceve la consegna del possesso, e B acquista il giorno dopo a non domino ma riceve il possesso in buona fede, **vincerà B su A** in applicazione della regola del possesso vale titolo, e l'altro acquirente avrà diritto solo al risarcimento del danno. (*Ricordiamo: Questa regola si applica solo ai beni mobili singoli, non alle universalità di beni e non ai beni immobili o mobili registrati*).

Accanto all'acquisto immediato per i beni mobili, il possesso prolungato nel tempo genera un altro potentissimo modo di acquisto a titolo originario.

L'Usucapione (Prescrizione Acquisitiva)

L'usucapione del diritto di proprietà o dei diritti reali di godimento è un *modo di acquisto a titolo originario* in cui l'effetto non è estintivo ma acquisitivo, infatti si chiama anche *prescrizione acquisitiva*. I presupposti sono:

- Il possesso del bene (e non la detenzione, perché la detenzione non fa usucapire).
- Il possesso *non deve essere viziato* (non acquisito in modo violento o clandestino, per cui il ladro non usucapisce).
- Il possesso deve essere *pacifico e ininterrotto*.

Come per la prescrizione, si può interrompere con un'*interruzione naturale* (la perdita irrecuperabile del possesso), oppure con un'*interruzione civile* (atto di opposizione scritto del proprietario notificato al possessore, domanda giudiziale, o riconoscimento del diritto da parte del possessore). L'ultimo elemento è il *decorso del tempo*: **10 anni** per i mobili, **20 anni** per gli immobili, e **15 anni** per i fondi rustici. *Per i 30 e lode*, la giurisprudenza ammette che si possa *rinunciare all'usucapione*, ma solo *dopo che è maturata* l'usucapione col decorso del termine sul possesso pacifico e non interrotto.

Sempre *per i 30 e lode*, ricordiamo l'*usucapione abbreviata*, in cui il termine da ventennale per gli immobili si riduce a 10 anni quando vi è un possesso pacifico e ininterrotto per 10 anni, un titolo astrattamente idoneo a trasferire il diritto a non domino, la trascrizione di quest'atto nei registri della pubblicità immobiliare, e la buona fede al momento dell'acquisto.

Una *domandina da 30 e lode*: È possibile trasferire il possesso a prescindere come situazione autonoma tramite accordi di circolazione del possesso?

Pare che la dottrina ammetta la *circolazione del possesso attraverso accordi di cessione del possesso* in cui il proprietario si priva del possesso e lo cede a un altro soggetto che ne godrà come possessore, confermando che il possesso è una situazione autonoma che può liberamente circolare anche a prescindere dalla titolarità del diritto (cosa ben diversa dalla concessione in detenzione).

A fronte di questa autonomia, l'ordinamento appresta degli strumenti processuali specifici a sola tutela del potere di fatto.

Le Azioni Possessorie

Le azioni possessorie sono azioni autonome, cautelari e temporanee, da distinguere dalle petitorie che tutelano la proprietà, e servono a *tutelare il possesso in quanto tale*.

- **L'azione di reintegrazione o spoglio:** presuppone che il proprietario o il titolare della situazione reale sia stato *spogliato del bene in maniera violenta* (contro la sua volontà) o *clandestina* (di nascosto come nel furto). Lo spogliato deve agire contro lo *spoliator* entro la decadenza di un anno dal subito spoglio per essere reintegrato nel possesso. **Chi può agire?** Non solo il possessore, ma *anche il detentore* (tranne il detentore non qualificato per ragioni di ospitalità o di servizio). Per esempio, il conduttore/inquilino può agire direttamente per il subito spoglio anche nei confronti del possessore stesso se lo ha spogliato! **Per i più bravi**, l'eccezione *feci sed iure feci*: non esiste uno spoglio legittimo, per cui chi mi ha spogliato non può difendersi dicendo "*feci sed iure feci*" (l'ho fatto ma avevo il diritto di farlo perché sono il legittimo titolare), ma deve per forza passare per l'azione petitoria per far accertare il suo diritto di proprietà.
- **L'azione di manutenzione:** presuppone *molestie o turbative* del possesso (un disturbo al possessore che può essere di fatto tramite comportamenti o di diritto invocando diritti sul bene), oppure si agisce in manutenzione contro chi ha compiuto uno spoglio non violento e non clandestino. **Chi può agire?** La legittimazione qui **NON spetta al detentore**, ma solo al possessore, e neppure a qualsiasi possessore, ma **solo al possessore di immobili**, mobili registrati o universalità di mobili (escludendo i singoli beni mobili). Anche qui vige la decadenza di un anno dalla cessazione dell'ultimo atto di molestia.

Infine, le *azioni di nunciazione* sono altre due azioni possessorie cautelari e temporanee:

- **La denuncia di nuova opera:** viene esperita nel caso in cui si stia costruendo una nuova opera o degli scavi da cui si **tema di poter ricevere un danno**. I presupposti richiedono che l'opera sia iniziata da meno di un anno e, contemporaneamente, che **non sia ancora terminata**, permettendo al giudice di impedire la continuazione dell'opera dannosa.

- **La denuncia di danno temuto:** è un'azione con la quale il possessore denuncia un *danno imminente, ma non ancora verificatosi*, che potrebbe derivare da un bene *già esistente* (come un albero o un edificio). Se l'opera fosse già terminata e non ci fosse più il presupposto per la denuncia di nuova opera, si potrà agire con questa azione di danno temuto per tutelarsi dal pericolo.

4.2 Lezione 15 - La Struttura del Rapporto Obbligatorio e le Obbligazioni Naturali

Il Ripasso sul Possesso Vale Titolo e l'Usucapione Abbreviata (Domande da 30 e lode)

La volta scorsa abbiamo concluso il libro terzo e volevo un attimo sensibilizzarvi su questa regoletta che dirime il *conflitto nella circolazione dei beni mobili*, che è la *regola del possesso vale titolo*, quindi l'acquisto a *non domino*, cioè da un soggetto non legittimato a disporre del bene. Ovviamente per i beni mobili la regola si applica *solo ai beni mobili singoli*, non alle universalità di beni, non ai mobili registrati né tantomeno agli immobili, perché lì abbiamo il sistema della registrazione e della trascrizione di tutti i passaggi nel registro della pubblicità immobiliare, cosa che non avviene per i beni mobili. Per cui il legislatore detta una *presunzione* per cui si presume acquistato in maniera valida ed efficace il bene mobile anche se acquistato a *non domino*. Il negozio traslativo in sé sarebbe un atto nullo perché il soggetto non è legittimato a disporre, tuttavia l'acquisto si sana sulla base di questi elementi:

- *L'acquisto a non domino.*
- La *buona fede* intesa come stato psicologico per cui il soggetto non deve essere a conoscenza di questa assenza di legittimazione a disporre.
- Un *titolo astrattamente idoneo.*
- Il passaggio del *possesso.*

Quello che dobbiamo ricordare è il caso del conflitto, cioè la cosiddetta *doppia alienazione del bene mobile*. Per cui se il soggetto dispone del bene verso A e poi, essendosi spogliato del bene e non essendo più legittimato a disporre, ne dispone verso un altro soggetto B, e B acquista in buona fede e ne riceve il possesso, vi ho detto che la regola del possesso vale titolo *prevale sul principio di priorità cronologica*, che i latini chiamavano *prior tempore potior in iure*. Questo principio di priorità cronologica troverà applicazione secca e dura nel caso di doppia alienazione di bene immobile, ma per i mobili la regola del possesso vale titolo è una *regola sanante* che addirittura prevale sul principio della priorità cronologica.

Quando poi abbiamo parlato di *usucapione abbreviata*, vi ho fatto la *domandina del 30 e lode*, spiegandovi che per i beni immobili il termine da 20 si riduce a *10 anni* se vi è possesso continuo, pacifico e ininterrotto con

un *titolo astrattamente idoneo* (cioè un atto traslativo a *non domino* che è nullo ma che viene *trascritto* nei registri), unito alla *buona fede soggettiva*. Per cui in presenza di tutti questi elementi si compie l'usucapione abbreviata in 10 anni a titolo originario.

Esaurito il libro terzo sui diritti reali, apriamo ufficialmente il libro quarto, entrando nel cuore della dinamica delle obbligazioni.

La Struttura del Rapporto Obbligatorio e la Cooperazione del Debitore

Qui voi siete già esperti sui rapporti perché avete seguito finora questa carrellata del corso, sapendo che il *rapporto obbligatorio è un rapporto relativo*, quindi un rapporto che non può produrre alcun effetto nei confronti dei terzi estranei, se non in situazioni eccezionali che vedremo quando studieremo il contratto a favore di terzo o le cosiddette esternalità negative nel contratto a danno di terzo. La regola è che il rapporto obbligatorio rimane confinato alle sfere giuridiche soggettive del creditore e del debitore, *difettando di quei caratteri del rapporto proprietario che sono l'immediatezza e l'inerenza*, perché il creditore non ha un rapporto immediato col bene, ma la prestazione deve essere eseguita dal debitore per realizzare l'*interesse* (patrimoniale o esistenziale) del creditore, che è la sua ragione per agire.

Manca l'immediatezza perché il creditore per realizzare il suo interesse ha necessità dell'intervento del debitore, per cui se il debitore non adempie non realizza quell'interesse, aprendo le porte alla fase patologica. Mentre la fisiologia è che il debitore adempie determinando l'*effetto estintivo del rapporto*. Se invece il debitore non adempie avremo un *atto di inadempimento*, per cui il creditore non realizza l'interesse con il bene promesso ma lo realizzerà in altro modo, per esempio col *risarcimento del danno* o attraverso il *processo esecutivo* (cioè i beni del debitore vengono venduti all'asta sotto la direzione di un giudice e il creditore si soddisfa sul ricavato in maniera indiretta).

*(Piccola parentesi professionale: la prima cosa che noi avvocati dobbiamo fare e consigliare eticamente al cliente è lo screening di opportunità, perché io posso avere tutta la ragione di questo mondo se Tizio mi deve 100 euro, ma non ne vale la pena fare causa se a priori so che Tizio è nullatenente, per cui la **garanzia patrimoniale dell'articolo 2740** sui beni presenti e futuri del debitore è fondamentale prima di iniziare una causa).* Questa necessaria intermediazio-

ne prende il nome di *cooperazione del debitore* all'adempimento attraverso la prestazione. Ma esiste anche una cooperazione reciproca, per cui anche il soggetto creditore deve cooperare, tanto è vero che l'istituto fondamentale che chiedo in sede d'esame è la *mora del creditore*, che impone al creditore di mettere il debitore nelle condizioni di poter concretamente adempiere.

Proprio l'assenza di questa cooperazione fa emergere una figura patologica molto importante.

L'Abuso del Diritto nel Rapporto Obbligatorio (Per i 30 e lode)

Questo discorso ci aiuta a configurare l'*abuso del diritto*, che è codificato nel libro terzo col divieto di atti emulativi, ma che possiamo configurare anche nel rapporto obbligatorio quando il creditore tiene una *condotta scorretta di unfair dealing*, cioè quando fa ostruzionismo e non mette nelle condizioni il debitore di adempiere.

La Cassazione ha analizzato il *caso dell'assegno circolare* (che sono soldi a tutti gli effetti con copertura garantita dalla banca), in cui il creditore faceva lo "schizzinoso" dicendo "No, tu mi devi pagare solo in moneta reale, non voglio assegni circolari". Per cui il debitore gli ha fatto causa e la Cassazione ha *condannato quel creditore a risarcire i danni per abuso del diritto. Per i 30 e lode*, questa apertura e questo transito dell'articolo 833 anche nel libro quarto prende il nome, come dice il mio maestro Perlingieri, di *superamento della frattura tra diritti reali e diritti di credito*, creando un unico diritto patrimoniale delle situazioni reali e delle situazioni relative.

Ma da dove nascono queste obbligazioni? Analizziamo l'articolo 1173.

Le Fonti delle Obbligazioni e la Differenza tra Fonte e Titolo

Le obbligazioni che danno luogo al rapporto obbligatorio hanno una loro fonte in base all'*articolo 1173*, che è la prima norma che apre il libro quarto, per cui si parla di *tripartizione delle fonti*:

1. Il *contratto*, che è la fonte statisticamente più frequente da cui nasce l'obbligazione tramite l'accordo.
2. Il *fatto illecito*, che è un fatto volontario contrario alle norme dell'ordinamento che fa nascere l'obbligazione risarcitoria.
3. Ogni *altro atto o fatto idoneo a produrle* in conformità dell'ordinamento giuridico, come la gestione di affari altrui, la promessa di pagamento e la promessa al pubblico.

Accanto a queste fonti nominate o tipiche, la Cassazione ha parlato anche di *fonti atipiche innominate*, per esempio la buona fede oggettiva che fa sorgere i cosiddetti obblighi di protezione o il contatto sociale.

Attenzione a non confondere la fonte col titolo, che è una distinzione che spesso sfugge anche a livelli superiori:

- Quando parliamo di *fonte* ci riferiamo all'articolo 1173, quindi la fonte contrattuale o la fonte legale.
- Mentre il *titolo* è la *causa giustificativa* del rapporto che determina la disciplina applicabile a quel rapporto. La fonte può essere contrattuale, ma il titolo può variare, potendo essere un titolo di vendita, di mutuo o di permuta, e ovviamente il titolo individua la disciplina specifica che andrà ad applicarsi a quella fattispecie.

Tra i doveri che animano le relazioni umane, vi sono quelli che non nascono dal diritto ma dalla morale, introducendoci a una dicotomia fondamentale.

Obbligazioni Civili vs. Obbligazioni Naturali (Domanda d'Esame)

Tra le fonti vi è anche il cosiddetto dovere morale o sociale, che ci consente di distinguere le obbligazioni civili dalle cosiddette *obbligazioni naturali che si chiedono spessissimo in sede d'esame*. Nell'obbligazione naturale ciò che legittima l'esecuzione della prestazione è un *dovere posto dalla morale costituita* o un dovere sociale avvertito nella società, ma *non è un obbligo giuridico*. Per cui la fonte e il titolo attingono al di fuori dell'ordinamento giuridico e ne consegue che l'obbligazione naturale *manca del carattere della coercibilità* (*coercere*, costringere), per cui il creditore non può costringere il debitore ad adempiere e non può sottoporla ad esecuzione forzata.

Tuttavia, esiste un limitato spazio giuridico in cui il legislatore (all'*articolo 2034*, mi ero confuso prima con il 2041 dell'arricchimento) riconosce effetti all'obbligazione naturale: se il debitore decide di adempiere *spontaneamente* ed è *in stato di capacità*, l'effetto giuridico è che *non può chiedere la restituzione di quanto ha adempiuto*, istituto che i latini chiamavano *soluti retentio* (*solutum* fa riferimento all'atto solutorio di adempimento). La giurisprudenza richiede anche il *requisito della proporzionalità*, cioè quanto adempiuto deve essere proporzionato a quanto il beneficiario può ragionevolmente attendersi. Le ipotesi tipizzate sono il *pagamento del debito prescritto*, il *debito di gioco* (se perdo a carte e pago spontaneamente non posso chiedere i soldi indietro) o le *obbligazioni nei rapporti di convivenza* non formalizzati.

Per i 30 e lode, attenzione a due profili:

- L'obbligazione naturale *non va assolutamente confusa con l'atto gratuito o la donazione*, perché la donazione è un contratto vero e proprio.
- Inoltre, vi è una *netta divergenza tra giurisprudenza e dottrina*: la giurisprudenza è chiusa e dice che alle obbligazioni naturali *non si applicano altre norme civilistiche* (non si possono garantire con pegno o ipoteca, non si compensano con obbligazioni civili e non si trasferiscono mortis causa), mentre la dottrina sostiene che *per i 30 e lode si potrebbe novare l'obbligazione naturale trasformandola in obbligazione civile* tramite l'atto di novazione, rendendola così coercibile.

Spostiamoci ora sulla struttura soggettiva del rapporto obbligatorio, quando vi sono più debitori o più creditori.

Obbligazioni Soggettivamente Complesse: Solidali vs. Parziarie (Domanda d'Esame)

Vi può essere una contitolarità del rapporto obbligatorio, per cui parliamo di *obbligazioni soggettivamente complesse* con più condebitori (solidarietà passiva) o più concreditori (solidarietà attiva).

Nel caso dell'*obbligazione solidale passiva* dobbiamo distinguere un rapporto esterno e un rapporto interno:

- Nel *rapporto esterno* verso l'unico creditore, ***tutti i debitori sono tenuti ad adempiere l'intera prestazione***, per cui il creditore può a sua discrezione escutere ciascuno dei debitori (ovviamente andrà a escutere quello più solvibile).
- Nel *rapporto interno* invece i debitori sono obbligati *pro quota* e, se nulla è stabilito nel titolo, la quota si presume eguale. Per cui il debitore che ha pagato l'intero può esperire la cosiddetta ***azione di regresso*** verso gli altri debitori per recuperare le loro quote, al fine di evitare un ingiustificato arricchimento. Se uno dei debitori non può adempiere la sua quota perché insolvente, si verifica il fenomeno dell'***accrescimento***, per cui la sua quota viene spalmata e ripartita tra i debitori solventi (*solvere* in latino vuol dire adempiere).

Quando invece in situazione di contitolarità passiva ciascun debitore è ***tenuto al pagamento solo della sua quota*** e non può essere escusso per l'intero, l'obbligazione non è più solidale ma si chiama *parziaria*, ed è questa la ***domanda d'esame sulla differenza tra le due***. Un classico caso di obbligazione parziaria sono le obbligazioni a carico degli *eredi*, che rispondono ciascuno *pro quota*. L'articolo 1294 pone una ***presunzione di solidarietà*** se nulla è stabilito nel titolo, proprio per tutelare il creditore che così può escutere il debitore più solvibile. Ma ***per i 30 e lode*** dobbiamo ricordare il caso del ***condominio***, dove le obbligazioni per le spese comuni, prima ritenute solidali, oggi la giurisprudenza ha stabilito essere ***obbligazioni parziarie***, per cui il creditore del condominio deve escutere *pro quota* i singoli condomini partendo dai morosi.

Il titolo può peraltro prevedere il ***beneficio di preventiva escussione***, fissando un ordine per cui il creditore deve escutere prima un debitore specifico. Bisogna ricordare che il debitore prescelto per sottrarsi al pagamento ***non può opporre eccezioni personali relative ad altri debitori***, mentre l'atto interruttivo di prescrizione fatto verso un debitore ***ha effetto verso tutti i condebitori***, a differenza della rinuncia che non produce effetti sugli altri.

Oltre all'aspetto soggettivo, l'obbligazione si qualifica anche in base al suo oggetto materiale o giuridico.

Obbligazioni Divisibili e Indivisibili, Alternative e Facoltative

L'obbligazione, come il bene, può essere divisibile o indivisibile a seconda che la prestazione sia divisibile oggettivamente in natura, oppure per indivisibilità soggettiva se lo richiede l'interesse del creditore. Se la prestazione è divisibile si applica lo statuto delle obbligazioni parziarie in caso di pluralità di debitori, mentre se è indivisibile si applicherà necessariamente la disciplina delle obbligazioni solidali.

Molto richieste agli esami sono le ***obbligazioni alternative e facoltative***, guardando all'oggetto del rapporto:

- L'*obbligazione alternativa*: quando *sono dedotte nel rapporto due o più prestazioni entrambe soddisfattive* e il debitore si libera eseguendone alternativamente una tramite un atto unilaterale di scelta che si chiama *atto di concentrazione*. Per cui se una prestazione diventa impossibile per impossibilità sopravvenuta, *il rapporto non si estingue* perché rimangono le altre prestazioni da eseguire (ricordando che per le prestazioni generiche vige il principio *genus nunquam perit* per cui il genere non perisce mai).
- Nelle *obbligazioni facoltative*, invece, *la prestazione pattuita è unica* ed è quella principale, ma viene lasciata al debitore la facoltà di adempiere eseguendone un'altra. Per cui essendo unica la prestazione, *se questa diviene impossibile il rapporto si estingue definitivamente*.

L'Oggetto della Prestazione e le Obbligazioni di Mezzi e di Risultato

La prestazione che è l'oggetto del rapporto obbligatorio deve essere sempre *suscettibile di una valutazione economica*, ma può realizzare un *interesse del creditore che può essere patrimoniale o esistenziale* (la famosa depatrimonializzazione), e può consistere in un *dare* (trasferire la proprietà), un *facere* (tenere un certo comportamento) o un *non facere* (obbligazioni negative).

Troviamo infine la teoria delle *obbligazioni di mezzi e di risultato*:

- L'obbligazione dell'avvocato o del medico per interventi non routinari è un'*obbligazione di mezzi*, cioè ti eseguo la prestazione con la massima diligenza ma *non ti garantisco il risultato* della vittoria della causa o della guarigione.
- Mentre negli interventi routinari semplici si parlerebbe di *obbligazione di risultato* dove il medico deve garantire il successo.

Anche se questa distinzione dottrinale oggi è molto discussa e la vedremo meglio in seguito assieme alla disciplina delle obbligazioni pecuniarie, dei frutti civili e della funzione della moneta.

4.3 Lezione 16 - Oggetto dell'Obbligazione, Diligenza, Moneta e Cessione del Credito

L'Oggetto dell'Obbligazione: Valutazione Patrimoniale e Interesse Esistenziale (Art. 1174)

Noi avevamo introdotto il discorso sulle obbligazioni soggettivamente complesse, le obbligazioni solidali, le parziarie, divisibili e indivisibili, le naturali, e poi abbiamo visto quelle con doppio oggetto, quindi le alternative e le facoltative, e ora stavamo parlando di altre classificazioni con riferimento all'oggetto del rapporto obbligatorio, cioè della prestazione. Voglio soffermarmi su due norme fondamentali iniziali del Libro Quarto, oltre all'*articolo 1173* relativo alle

fonti tipiche e atipiche: l'**articolo 1174** ci indica un principio fondamentale per il quale la **prestazione** che è l'oggetto del rapporto obbligatorio (quella che deve eseguire il debitore per soddisfare l'interesse del creditore) **deve essere patrimonialmente valutabile**, quindi tutte le prestazioni devono avere un metro di valutazione economica.

Però attenzione, è importante che capiate che la prestazione può soddisfare, come vi ho detto la volta scorsa, sia un **interesse patrimoniale** del creditore sia un **interesse esistenziale**. Per cui è vero che deve essere suscettibile di valutazione economica, ma, come dice la norma, **deve corrispondere a un interesse anche non patrimoniale o esistenziale del creditore**.

Pensate al contratto fonte di obbligazione con cui io acquisto un *tour package*, cioè una vacanza in agenzia: la prestazione ha una valutazione economica (io pago 1.000 o 3.000 euro per acquistare quel viaggio), ma **l'interesse che sto andando a soddisfare non è patrimoniale** perché io non vado in vacanza per arricchirmi, ci vado per distrarmi la mente, per divertirmi, per conoscere nuova gente, realizzando quindi un **interesse esistenziale**. Infatti, il contratto di cessione di pacchetto turistico è stato inquadrato dalla Cassazione come un **contratto a causa esistenziale**, per cui l'inadempimento (che è quel comportamento per cui il debitore non adempie all'obbligazione) può ledere sia un interesse patrimoniale sia un interesse non patrimoniale, portando al risarcimento del danno. Come nella fattispecie di cui parlano i tedeschi del cosiddetto "**danno da vacanza rovinata**", dove si lede un interesse non patrimoniale. Questo perché, non essendo chiare queste distinzioni a livello superiore, spesso si ignora il 1174 e si finisce col dire erroneamente che il danno non patrimoniale ha una disciplina diversa da quello patrimoniale.

Swiscerato il contenuto della prestazione, l'analisi si sposta sui criteri comportamentali che devono guidare le parti, introducendo il fondamentale concetto di buona fede e diligenza.

Correttezza (Buona Fede) e Diligenza (Art. 1175 e 1176) (Domanda dal 28 in su)

Andiamo all'**articolo 1175**, il quale ci dice che le parti devono comportarsi secondo la **regola della correttezza**, ecco quella che gli anglosassoni chiamano il *fair dealing*, cioè il comportamento corretto, che rappresenta la nozione di cosiddetta **buona fede oggettiva**.

Agli esami, per i voti dal 28 in su, qual è la differenza tra buona fede soggettiva ed oggettiva?

- Quella **soggettiva è uno stato psicologico** ed è quella che incontriamo nella regola del possesso vale titolo (cioè acquisto il possesso di un bene non sapendo di ledere l'altrui diritto, ignorando che chi mi sta vendendo il bene non è il legittimo proprietario), oppure la incontriamo nel contratto annullabile concluso in stato di incapacità naturale (428 c.c.), dove si rileva la malafede dell'altro contraente che si accorge del mio stato psicologico alterato.

- Nel campo delle obbligazioni e dei contratti, invece, **la buona fede ha una rilevanza di tipo oggettivo**, cioè esprime come clausola generale il concetto di correttezza, per cui chi tra le due parti si comporta in maniera scorretta sta violando la clausola di buona fede oggettiva. Vi ricordo che questa norma va letta in combinato disposto con l'articolo 833 sull'abuso del diritto, cioè chi si comporta scorrettamente **commette un abuso**, sia esso il creditore o il debitore, come nell'esempio dell'assegno circolare.

L'altro parametro di valutazione della prestazione è il **criterio della diligenza dell'articolo 1176**, per cui il debitore deve adempiere con la diligenza del **buon padre di famiglia**, che nel diritto privato, come diceva un mio vecchio professore, sta ad indicare il parametro della **medietà**, cioè il legislatore prende in considerazione l'uomo medio, né troppo stupido né troppo intelligente. Per la diligenza entra in gioco il profilo dell'**esigibilità**, cioè qual è lo sforzo massimo che il creditore può esigere dal debitore per eseguire la prestazione e tracciare la linea di demarcazione tra adempimento e inadempimento.

Così non è invece se andiamo al comma due per le **obbligazioni eseguite da professionisti** (avvocati, notai, medici, commercialisti), che avendo un bagaglio di cognizioni superiore alla norma, vedono il grado di diligenza esigibile alzarsi da una tacchetta minima a una diligenza massima, la cosiddetta **perizia professionale** (dal latino *peritia*, esperienza), per cui da loro devo attendermi un grado di diligenza superiore. Per inciso, dico al collega che studia il tema della sostenibilità, nei contratti *green* la sostenibilità incide nella definizione di questo canone di diligenza, per cui la diligenza verrà parametrata anche al valore della sostenibilità per stabilire la linea di demarcazione tra adempimento e inadempimento.

Obbligazioni di Mezzi e di Risultato (Per i 30 e lode)

Questa distinzione tra tacchette di diligenza ci introduce alla differenza tra obbligazioni di mezzo e di risultato:

- Secondo la dottrina tradizionale, l'obbligazione si dice **di mezzi** qualora il debitore sia responsabile soltanto dei mezzi ma **non garantisce il risultato** (come l'avvocato che fa la causa o il medico in un intervento non routinario).
- Mentre l'obbligazione è **di risultato** quando il debitore **garantisce la soddisfazione dell'interesse** del creditore, come negli interventi medici di routine.

Per i 30 e lode, vi dico che **la stessa Cassazione oggi non crede più in questa rigida distinzione**, nel senso che ritiene che la differenza sia semplicemente in quella "tacchetta" di **diligenza esigibile** che vi ho spiegato, per cui nell'obbligazione di risultato il grado di diligenza esigibile sale al massimo, mentre in quella di mezzi si abbassa, rendendo il parametro variabile.

L'indagine prosegue analizzando la tipologia delle prestazioni e l'emergere di nuovi obblighi atipici che arricchiscono il rapporto tra le parti.

Le obbligazioni di Dare, Fare, Non Fare e le obbligazioni di Protezione (Dal 28 in su)

Le obbligazioni si distinguono poi nella triade di *dare* (trasferire la proprietà, come le obbligazioni pecuniarie), *facere* (tenere un comportamento, come nell'appalto) e *non facere* (obbligazioni negative, come obbligarsi a non rivelare un segreto).

Andando dal 28 in su, dobbiamo ricordare le cosiddette *obbligazioni di protezione*, in cui si scardina il principio di tipicità delle fonti, nel senso che sono obbligazioni a *fonte atipica* che non nascono e non sono scritte nel contratto, ma *discendono direttamente dal dovere di buona fede oggettiva e di correttezza*, per cui i latini dicevano che sono obbligazioni *ex fide bona*. Questa teorica è nata in Germania (*Schutzpflichten*) e sono dette anche "*obbligazioni senza prestazione*" proprio perché non vi è una prestazione individuata nel contratto, consistendo per esempio nell'obbligo di non nascondere circostanze o nel patto di *non-disclosure* (accordi di confidenzialità) che firmiamo con gli studi internazionali, che la giurisprudenza ormai riconosce ampiamente.

Si apre ora il vastissimo e fondamentale capitolo delle obbligazioni pecuniarie, affrontato non secondo schemi classici, ma attraverso una moderna concezione funzionale della moneta.

La Moneta come Funzione, Principio Nominalistico e Debiti di Valuta vs. Valore

Teniamo in standby le altre e andiamo alle obbligazioni pecuniarie. Tradizionalmente, come diceva il grande giurista ed economista Tullio Ascarelli a cui è intitolato un vostro dottorato, la moneta si identificava col denaro cartaceo o metallico avente corso legale (lira, euro), ma oggi, nel digitale in cui viviamo e nella prospettiva in cui la struttura è subordinata alla funzione, *la moneta è definita come tutto ciò che a prescindere dalla corporalità ha una funzione estintiva del rapporto obbligatorio*, perché produce l'effetto estintivo realizzando l'interesse del creditore.

Fenomeni che convalidano questa *tesi funzionale* sono la moneta scritturale (il conto corrente), la *moneta elettronica* (bonifici, carte Mastercard e Visa che ci permettono di fare il *charge back* per farci restituire l'importo in caso di truffe, a differenza del bonifico istantaneo), mentre le *crypto come Bitcoin o Ethereum giuridicamente non sono moneta* perché non c'è un'autorità verticale che le riconosca e non hanno quella funzione estintiva generale.

Alle obbligazioni pecuniarie si applica il *principio nominalistico*, per cui si tiene conto del valore nominale della somma da restituire che *non è soggetta a fenomeni di deprezzamento monetario o inflazione* nell'arco del tempo, a meno che non inseriamo nel contratto le cosiddette *clausole di indicizzazione* (es. rivalutazione ISTAT nei contratti di locazione). In relazione a questo si distingue tra:

- **Obbligazioni di valuta**, che fin dall'inizio hanno ad oggetto una somma di denaro determinata rispettando il principio nominalistico.
- **Obbligazioni di valore** (come le obbligazioni risarcitorie extracontrattuali), che non sono individuate da una somma precisa ma il cui processo di liquidazione viene condotto dal giudice attraverso una **triplice operazione**: si quantifica il danno al momento in cui l'obbligazione è sorta, si procede alla **rivalutazione** secondo l'aumento del costo della vita, e infine si attribuiscono gli **interessi compensativi** che vanno a compensare la mancata disponibilità immediata del denaro nel corso degli anni in cui è durato il processo (come nel caso del danno alla persona o del sinistro stradale).

Strettamente collegato al denaro è il tema dei frutti civili che esso produce, introducendo la complessa e attualissima disciplina degli interessi e dell'usura.

Gli Interessi: Legali, Convenzionali, Moratori e l'Usura (Domanda da 30 e lode)

L'obbligazione monetaria liquida produce **frutti civili**, cioè gli interessi, perché il denaro ha un costo. Se nulla le parti stabiliscono si applica il **tasso legale** fissato annualmente dal Ministero delle Finanze, ma se le parti vogliono pattuire un interesse superiore lo possono fare attraverso una convenzione scritta che fissa il **tasso convenzionale**. L'altro tasso è il **tasso usurario**, che si configura quando il tasso supera una certa soglia individuata trimestralmente dalla Banca d'Italia in ragione dell'operazione economica.

Questa è una **domanda da 30 e lode** che riguarda il contratto di mutuo: cosa succede nel caso di pattuizione di un **tasso usurario**? Prima dell'entrata in vigore della legge sull'usura del 1996, la sanzione era la riduzione automatica del tasso usurario a quello legale, mentre dopo il '96 il legislatore ha **inasprito la sanzione per cui il creditore perde l'interesse, avendo diritto alla restituzione del solo capitale** (trasformando il mutuo da oneroso a gratuito). A differenza dell'usura penale che è un'usura soggettiva (dove il creditore approfitta della difficoltà economica del debitore), nel civile ciò che conta è l'**usura oggettiva**, cioè lo squilibrio matematico del tasso a prescindere dalle circostanze psicologiche, per cui la sanzione della perdita dell'interesse si applica proprio in caso di usura oggettiva.

In base alla loro **funzione**, gli interessi si dividono in:

- **Interessi corrispettivi** (il costo del denaro sui crediti esigibili).
- **Interessi compensativi** (attribuiti dal giudice per compensare la perdita di valore nel corso del tempo).
- **Interessi moratori**, che scattano quando vi è un ritardo (mora) nell'adempimento della restituzione della somma e hanno una funzione di pena punitiva per l'inadempimento, potendo concorrere con quelli corrispettivi.

Infine, il nostro codice vieta l'*anatocismo* (articolo 1283 c.c.), cioè il fenomeno della *capitalizzazione degli interessi* per cui si maturano interessi su interessi scaduti, e la Corte Costituzionale è intervenuta bocciando l'uso dell'*anatocismo* delle banche definendolo una *consuetudine contra legem*, rendendo l'*anatocismo* ammissibile solo nei limiti di proporzionalità stabiliti dalla normativa speciale del Testo Unico Bancario. Precisando però la giurisprudenza che il cosiddetto *ammortamento alla francese* (pagare all'inizio più interessi e meno capitale per poi investire il rapporto) è un modo legittimo e non implica *anatocismo*.

Conclusa l'analisi oggettiva del rapporto obbligatorio, il professore passa a esaminare le modificazioni dal lato soggettivo, partendo dalla sostituzione del creditore.

Le Modificazioni Soggettive: La Cessione del Credito (Domanda d'Esame)

Il soggetto del rapporto obbligatorio può cambiare, potendo mutare il creditore o il debitore. La sostituzione del creditore avviene attraverso una fattispecie che noi *chiediamo in sede d'esame*, molto tecnica, che è la *cessione del credito*. Si realizza tramite un contratto, un accordo in cui il creditore originario prende il nome di *cedente*, il nuovo creditore si chiama *cessionario*, e il debitore resta fisso e prende il nome di *ceduto*, creando un'operazione triangolare. Ragionando su struttura e funzione: la *struttura del contratto di cessione è bilaterale*, in quanto è un accordo tra cedente e cessionario in cui il debitore resta estraneo perché per lui è indifferente pagare a uno piuttosto che all'altro (salvo il caso in cui ci sia una Pubblica Amministrazione dove l'operazione diventa trilaterale).

Per quanto riguarda la *funzione*, che la giurisprudenza definisce *variabile*, essa può essere:

- Una *funzione solutoria* (causa solventi), dove per pagare un mio debito cedo un credito al mio creditore;
- Una *funzione donativa* (causa donandi), per arricchire qualcuno;
- Oppure una *funzione di garanzia* (causa cavendi), per cui cedo un credito in garanzia dovendo però rispettare i limiti del divieto del patto commissorio che poi vedremo.

L'oggetto della cessione non può riguardare i crediti personali o quelli per cui le parti hanno stipulato un patto di incedibilità, ma *si possono cedere crediti futuri e crediti in massa*.

Notifica, Garanzie, Eccezioni e Conflitto tra Acquirenti

Affinché questo accordo sia pienamente efficace nei confronti del debitore ceduto, esso *va portato a sua conoscenza* attraverso il processo di *notifica*

(dal latino *notum facere*, rendere noto). Perché se non è notificato il debitore si libera pagando al vecchio creditore, mentre se è notificato e paga al vecchio creditore può essere costretto a ripetere l'adempimento. Il ceduto **può opporre al cessionario le eccezioni generali** relative alla validità del contratto (per sottrarsi al pagamento), ma non può opporgli le eccezioni personali che aveva col cedente (come la compensazione). Il cedente deve **garantire al cessionario la veritas**, cioè l'esistenza in vita del credito al momento della cessione, consegnando tutta la documentazione e le garanzie accessorie. La cessione può distinguersi in:

- **Pro solvendo** (dove il cedente non viene liberato e risponde in caso di insolvenza del ceduto).
- **Pro soluto** (dove il cedente si libera da ogni responsabilità sulla riscossione).

Nel caso di **conflitto tra più acquirenti**, per cui cedo lo stesso credito a più cessionari, qui si applica il principio della priorità temporale (*prior tempore potior in iure*), ma questo principio **guarda non alla data dell'acquisto bensì alla priorità della notifica**, per cui chi ha notificato per primo al debitore vince nel conflitto.

La cessione del credito trova la sua massima espressione commerciale in due contratti complessi che sfruttano la circolazione dei crediti in massa per garantire liquidità.

Il Factoring e la Cartolarizzazione (Domanda avanzata)

Il **factoring** è un contratto d'impresa in cui l'imprenditore cede al *factor* (banca o intermediario) **crediti in massa e futuri** sorti nell'esercizio dell'impresa, ottenendo in cambio un'attualizzazione del valore dei crediti (scontati di una commissione) in modo che il *factor* si occupi dell'amministrazione e della riscossione, operando normalmente tramite una cessione *pro solvendo* con garanzia.

Un altro fenomeno fondamentale disciplinato da legislatore speciale è la **cartolarizzazione dei crediti** (spesso crediti insoluti o sofferenti), in cui per smobilizzare questi crediti essi vengono ceduti in massa a una società autorizzata che si chiama "**società veicolo**" (SPV). La particolarità sta nel fatto che la società veicolo, per finanziarsi, emette titoli di investimento al pubblico: i proventi vanno nel patrimonio della società, la quale diventa cessionaria dei crediti, e qui entra in gioco l'istituto della **segregazione patrimoniale**, per cui i crediti incamerati vanno a formare un **patrimonio separato**, rendendo possibile per i creditori/investitori rifarsi solo su questi crediti cartolarizzati e non sull'intero residuo patrimonio della società veicolo, garantendo la **totale separazione delle masse patrimoniali**.

5 Capitolo 5 - Seminario: Danno Lungo Latente e Servitù di Parcheggio

5.1 13 Aprile 2026 - Seminario con il Dott. D'Amore e l'Avv. Franzè

La Genesi della Prescrizione: Dal Diritto Romano ad Oggi

L'Avvocato Franzè inizia la sua trattazione tracciando un affascinante parallelismo storico tra istituti solo apparentemente distanti.

Faccio un approfondimento sul danno lungo latente e sull'istituto della prescrizione, mentre il dottor D'Amore svolgerà la parte sui diritti reali e la servitù di parcheggio. Sembrano argomenti dissimili e molto distanti, eppure, facendo una piccola parentesi storica, vi dico che questi due istituti in realtà sono molto vicini. Nel diritto romano vigeva l'istituto della **Longi temporis praescriptio**, un istituto molto affine all'*Usucapio* (l'usucapione che voi conoscete), con la differenza che l'usucapione riguardava i territori del suolo italico, mentre la *longi temporis praescriptio* si applicava al suolo provinciale, concesso in godimento.

Perché faccio questo distinguo? Perché mentre con l'**Usucapio** vi era una **prescrizione acquisitiva** (il decorso del tempo e l'inerzia facevano sì che il cittadino divenisse proprietario), nella **Longi temporis praescriptio** c'era una **prescrizione estintiva**, ovvero sia il decorso del tempo faceva sì che il titolare non potesse più azionare il proprio diritto, considerandolo estinto. Ecco la genesi dei due istituti, che hanno in comune la considerazione del **decorso di un lasso temporale e l'inerzia del titolare**. Arrivando ai tempi d'oggi, gli istituti hanno preso strade differenti: la prescrizione è intesa in termini estintivi e non fa più riferimento solo ai diritti reali, ma la sua evoluzione ha fatto sì che si estendesse a tutti i diritti soggettivi.

Definita l'origine, il relatore si concentra sulla ratio moderna della prescrizione e sull'individuazione del momento in cui il termine inizia a decorrere.

La Ratio della Prescrizione e l'Esordio del Termine (Art. 2935)

La prescrizione è l'estinzione di un diritto a causa del mancato esercizio dello stesso da parte del titolare per un determinato periodo di tempo stabilito dalla legge. Ma qual è la *ratio* dell'istituto? Tradizionalmente era intesa come la **garanzia di una certezza del diritto**, una pacificazione dei rapporti giuridici. Significa che essere titolare di un diritto non implica che lo si possa far valere in eterno: ci deve essere la certezza che, giunto a un determinato termine senza essere stato esercitato, quel diritto si estingua, affinché un debitore non debba stare per 40 anni sul filo del rasoio.

Perché la prescrizione operi, il diritto deve innanzitutto sussistere e, in secondo luogo, deve poter avere una concreta attuazione. Ed è qui che interviene l'**articolo 2935**, che stabilisce: "la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto **può essere fatto valere**". Questa è una norma voluta-

mente generica, perché se ci chiediamo quando inizia il cosiddetto *exordium praescriptionis* (l'esordio della prescrizione), dobbiamo per forza esaminare il rapporto giuridico sottostante. In un rapporto contrattuale è facile: il diritto matura alla stipula del contratto o al verificarsi di una condizione. Ma se guardiamo alla *responsabilità extracontrattuale*, al fatto illecito, diviene molto più difficile identificare il momento esatto in cui il termine prescrizione comincia a decorrere.

A questo punto viene introdotto il fulcro del seminario: il danno che non si manifesta immediatamente.

Il Danno "Lungo Latente": Dalle Emotrasfusioni alla Talidomide (Per i più bravi)

Bisogna tenere conto della tipologia del danno. Di solito noi pensiamo al danno che si manifesta immediatamente: nel sinistro stradale, al momento dell'impatto l'auto si ammacca, e noi abbiamo piena consapevolezza dell'evento, del danno e del nesso di causalità. *Per i più bravi*, il *danno lungo latente* è invece una tipologia di danno che, anziché manifestarsi contestualmente alla causa, *rimane occulto per un determinato periodo di tempo*. Non coincidono i due momenti, ovvero l'evento lesivo e la percezione del danno. Se il danno non è percepibile, io non posso chiedere il risarcimento! Da qui ci si chiede: da quando comincia a decorrere il termine di prescrizione?

Di danni lungo latenti ne abbiamo diversi: condotte anticoncorrenziali, esposizione all'amianto (i lavoratori si ammalavano di tumore 20 anni dopo l'esposizione!), illeciti endofamiliari (violenze su minori che acquisiscono la consapevolezza del danno subito solo 15 anni dopo). Ma il caso di scuola su cui si è interrogata la giurisprudenza è la *responsabilità sanitaria per emotrasfusione infetta* (epatite C o HIV negli anni '70-'80) e il caso della somministrazione della *Talidomide*, un farmaco calmante per le donne in gravidanza che, come si scoprì 15 anni dopo, provocava gravi malformazioni al feto.

Di fronte a queste tragedie, la giurisprudenza ha dovuto elaborare un orientamento che salvasse il diritto di difesa delle vittime.

L'Evoluzione Giurisprudenziale e la Sentenza a Sezioni Unite 576/2008 (Fondamentale)

La giurisprudenza ha attraversato diverse fasi:

- *L'impostazione tradizionale*: faceva decorrere la prescrizione dal *momento del fatto* (basandosi sull'Art. 2947 c.c. che dice che nella responsabilità extracontrattuale i 5 anni decorrono "dal giorno in cui il fatto si è verificato"). Ma questa tesi era inaccettabile: la persona si ritrovava con un diritto già prescritto prima ancora di sapere di essere malata!
- *La tesi dell'esteriorizzazione del danno*: il termine decorreva da quando il danno si *esteriorizzava*, cioè da quando la comunità scientifica

accertava che una determinata sostanza causava la malattia. Ma anche questo era criticabile: un cittadino comune non passa il tempo a leggere la letteratura medica.

- ***L'orientamento consolidato (Cassazione a Sezioni Unite 576/2008):***

La Corte sancisce che la prescrizione non decorre dal giorno in cui si determina la modificazione causativa, né dalla mera esteriorizzazione, ma decorre dal momento in cui la malattia venga percepita o ***possa essere percepita quale danno ingiusto, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto delle conoscenze scientifiche.***

Attenzione: non basta la mera consapevolezza di star male, occorre che la vittima sia nella ***possibilità di apprezzare la gravità e soprattutto la rilevanza causale***, potendo imputare l'evento al danneggiante (il principio del *neminem laedere*). ***Domanda d'esame e concetto chiave:*** La prescrizione decorre non dall'effettiva percezione, ma dalla ***percepibilità oggettivata***. Il danneggiante convenuto in giudizio non può essere caricato dell'onere di dover provare il giorno esatto in cui la vittima ha capito il danno nella sua intimità; si usano quindi i due parametri dell'***ordinaria diligenza*** e dello ***stato delle conoscenze scientifiche***.

[Termina l'intervento dell'Avv. Franzè. Dopo una breve pausa, prende la parola il Dottor D'Amore per affrontare l'impatto della sostenibilità sui diritti reali].

I Diritti Reali e la "Relativizzazione" della Tipicità

Il mio intervento lo dividiamo in tre parti: diritti reali in generale, il concetto di sostenibilità, e la servitù di parcheggio. Il diritto reale evoca il ***potere diretto*** su un bene. Si distingue dai diritti di credito per tre caratteristiche: ***immediatezza*** (esercito direttamente il potere senza bisogno della cooperazione del debitore), ***assolutezza*** (tutela *erga omnes*, impone ai consociati di non invadere il mio godimento), e ***inerenza*** (il diritto di sequela, la possibilità di opporre il diritto a terzi). Questa distinzione comporta regimi diversi: solo i diritti reali conoscono l'usucapione, il possesso, una prescrizione lunghissima e soffrono dei limiti del ***numero chiuso*** e della ***tipicità*** (esclusività della fonte ed esclusività del contenuto).

Tuttavia, l'opinione oggi maggioritaria ha ***relativizzato il principio di tipicità***. Si ritiene concesso alle parti, nella loro ***autonomia negoziale*** (Art. 1322 c.c.), di configurare in modo parzialmente atipico i diritti reali già esistenti, purché non se ne svuoti il nucleo fondamentale. I principi di numero chiuso e tipicità non servono più a tutelare una "proprietà sacra" ottocentesca, ma rispondono a un principio di ordine pubblico economico: ***assicurare una circolazione sicura dei beni***. La ***meritevolezza dell'interesse*** permette oggi di far nascere diritti reali innovativi per rispondere alle moderne necessità sociali ed economiche.

Tra queste nuove necessità sociali si impone in modo dirompente il concetto di sostenibilità, che trasforma il diritto civile.

La Sostenibilità come Obbligo Giuridico e Principio di Diritto (Per i 30 e lode)

Normalmente pensiamo alla sostenibilità solo in termini ambientali, ma oggi è una nozione organica. Possiamo definirla come il principio di *equilibrio dinamico* tra le esigenze di sviluppo antropico e la capacità di rigenerazione dei sistemi complessi negli ambiti sociale, economico e ambientale, da leggere nell'interesse delle generazioni future.

Per i 30 e lode: Questa sostenibilità *non è più una semplice opzione etica, ma è diventata un principio fondamentale di diritto* immediatamente applicabile nei rapporti tra privati. Da cosa lo deduciamo?

- Dalla *Costituzione*: l'Art. 41 comma 2 e 3 (che subordina l'iniziativa economica alla salute, all'ambiente e a fini sociali) e l'Art. 9 comma 3 (che tutela ecosistemi e biodiversità per le generazioni future).
- Dal *diritto Europeo*: Art. 3 e 21 del Trattato UE, e la recentissima direttiva del 2024 sugli assetti aziendali sostenibili.
- Dall'*Agenda 2030 dell'ONU*.

Questo porta a quella che chiamiamo *depatrimonializzazione del diritto civile*: i rapporti tra privati non guardano più solo al patrimonio, ma tutelano in primis i valori personalistici e di sostenibilità. E questo conforma, limitandola, l'autonomia negoziale.

Questo quadro teorico trova un'applicazione pratica e modernissima nel problema dei parcheggi urbani.

La Servitù di Parcheggio: Diritto Reale o Personale?

Siamo nell'epoca del caos stradale; trovare parcheggio in certe zone di Roma è un problema reale. La *Cassazione a Sezioni Unite del 2024* si è interrogata sulla possibilità di configurare una *servitù di parcheggio come diritto reale*, per superare il modello rigido della servitù classica, e si è chiesta come distinguerla da un mero diritto personale di godimento.

La risposta è che la servitù di parcheggio è *ammissibile*. Ma attenzione alla natura giuridica:

- Se l'*utilità è attribuita al fondo* (e quindi al proprietario quale *status*, non quale individuo), abbiamo una servitù vera e propria, un *diritto reale* (la cosiddetta *servitù regolare*). Qui la *vicinitas* tra i fondi non significa che devono essere incollati fisicamente, ma è una *vicinanza funzionale* (il garage può stare anche a 100 metri da casa).
- Se invece l'*utilità è attribuita a Giovanni D'Amore come persona fisica*, per sua comodità personale e non a vantaggio dell'immobile, allora avremo una *servitù irregolare*, ovvero un *diritto di credito/personale*. In questo caso il diritto ha effetto solo *inter partes* (Art. 1372 c.c.) e non è opponibile ai terzi.

Per configurarla come diritto reale, la servitù deve essere *specificata* (non un'area assegnata genericamente, ma localizzata), deve essere di *natura positiva* (il titolare agisce parcheggiando) e *non apparente* (non per forza con confini bianchi dipinti a terra). La sostenibilità si inserisce proprio in questo discorso: la servitù di parcheggio permette una gestione più efficiente degli spazi urbani, riduce l'inquinamento da traffico passivo e conforma la proprietà in senso altruistico e non egoistico.

[Il seminario volge al termine. Il Dottor D'Amore congeda chi vuole andare e si trattiene per i preziosissimi consigli pratici in vista dell'esame].

I Consigli d'Oro e i "Pilastrini" per Superare l'Esame

Questa è la parte che interessa a voi. Come funziona l'esame? L'esame consta di due parti: una prima parte con me o con gli altri collaboratori (assistenti), e una seconda parte dal professore. Se la prima parte va bene, si passa al professore (il 18 è comunque un voto di sufficienza e va ottenuto e meritato).

Vi prego di evitare dinamiche poco piacevoli: capisco che le emozioni siano tante e io stesso ho fatto 33 esami, ma *pregare o piangere per arrivare al 18 non vi aiuterà a essere promossi*. Nessuno vi boccia se piangete, ci mancherebbe, ma non verrete promossi perché piangete.

L'esame di diritto privato ha dei pilastri. *Se vi chiedo cos'è il rapporto obbligatorio e voi fate scena muta, l'esame termina in 30 secondi* e non potete andare dal professore a lamentarvi della severità. Tendenzialmente noi assistenti facciamo tre o quattro domande. La prima è molto generica per mettervi a vostro agio e consentirvi di arrivare alla sufficienza. Se sapete rispondere, iniziamo ad andare più a fondo: *non vi spaventate se iniziamo a bombardarvi di domande difficili, lo facciamo per alzarvi il voto, non per bocciarvi!* Questione abbigliamento: vestitevi come vi pare! Non vi toglieremo un punto se avete la spalla scoperta o la canotta. Noi saremo in giacca e cravatta perché stiamo lavorando, ma a noi non interessa il vostro abbigliamento, purché siate educati.

Quali sono le *domande "pilastro"* senza le quali non si passa?

- Il concetto di *interpretazione assiologica* (il professore lo chiede spessissimo).
- Cosa sono i *diritti reali* (immediatezza, assolutezza, inerenza).
- Il *rapporto obbligatorio* e i suoi elementi.
- Il *contratto*, gli elementi essenziali del contratto e le sue modalità di formazione.
- L'*invalidità* (nullità e annullabilità).
- La *responsabilità patrimoniale generica* (Articolo 2740 c.c.).
- Il divieto di *patto commissorio*.

- Gli **effetti del contratto** (principio consensualistico, efficacia *inter partes*).
- Il **matrimonio**, le modalità di succedere, le **unioni civili**.

Se vi preparate solidamente su questi argomenti centrali, e sapete affrontare il ragionamento senza imparare solo a memoria, l'esame andrà bene. Se avete dubbi, venite privatamente a fine maggio a chiederci chiarimenti. Studiate e in bocca al lupo!

5.2 Lezione 17 - Seminario: Funzione Sociale, Rinuncia alla Proprietà e Contratto di Antenna

Il seminario si apre ricollegandosi alle nozioni generali sui beni appena affrontate a lezione, per poi addentrarsi nei poteri del proprietario.

I Poteri del Proprietario e la Funzione Sociale (Domanda d'esame)

Abbiamo parlato dei beni immobili, dei mobili registrati, abbiamo parlato dell'universalità e delle pertinenze. Ora, a che ci serve questa distinzione? Questa distinzione ci serve per capire innanzitutto quali sono, rispetto a queste categorie, i **poteri del proprietario**, come il potere di disposizione, ma ci serve anche per capire il **regime della circolazione**. In base al bene, infatti, il soggetto ha uno specifico regime di circolazione: i mobili sono soggetti a un regime non vincolato, mentre gli immobili a una circolazione formale. Ma la distinzione riguarda anche il potere di godimento.

Ora, che cos'è il **potere di godimento**? È chiaramente la facoltà che il proprietario ha di utilizzare il bene per la soddisfazione dei propri interessi. E che cos'è il **potere di disporre**? È il potere di trasferire la proprietà, costituire diritti reali in favore di terzi o far circolare la proprietà imprimendo vincoli di destinazione. A questo punto c'è un problema particolare, nel senso che a seconda della categoria noi abbiamo un regime differenziato di poteri: per certi immobili avremo dei poteri di godimento diversi rispetto ai beni mobili (ad esempio, se pensate ai limiti dei rapporti di vicinato, al potere di costruire, al potere di aprire luci e vedute oppure alle immissioni che avete già studiato).

Ma come si bilanciano questi poteri assoluti con gli interessi della collettività? Qui entra in gioco un principio costituzionale cardine.

Nel discorso della proprietà si inserisce in mezzo anche un altro concetto fondamentale, che è quello della **funzione sociale**. Che cos'è la funzione sociale? La funzione sociale è un **principio riconosciuto dalla Costituzione**, e avete visto che la Costituzione è la fonte principale e sovraordinata, quella che imprime valore a tutte le norme del codice civile. Per cui la logica dello studio del diritto privato è proprio l'**applicazione assiologica**, cioè far sì che l'istituto segua i principi generali previsti in Costituzione.

La funzione sociale è il principio generale che il legislatore ha impresso alla proprietà. Se da un lato il codice civile ci dice che il proprietario ha poteri di godimento e disposizione illimitati, dall'altra parte la norma costituzionale ci dice che la proprietà è riconosciuta dallo Stato *purché rispetti la funzione sociale*. Questo significa che il potere illimitato di fare quello che si vuole, che riflette l'interesse puramente egoistico del privato, *deve necessariamente scontrarsi e bilanciarsi con la funzione sociale*, ovvero con l'utilizzazione del bene anche nell'interesse della collettività, ponendo questi due principi in un rapporto conflittuale che deve essere bilanciato.

Su come questa funzione sociale operi in concreto, la dottrina si è divisa in due grandi correnti interpretative.

Le Due Teorie sulla Funzione Sociale (Per i più bravi)

Se guardiamo al dibattito, le teorie che si sono succedute rispetto alla costruzione della funzione sociale sono state due:

- Da un lato, si è detto che la funzione sociale è un *limite esterno*, nel senso che legittimerebbe il legislatore a limitare le facoltà di godimento e disposizione del privato soltanto se queste limitazioni fossero giustificate dall'interesse della collettività. Quindi, i limiti alla proprietà si giustificano costituzionalmente solo se posti nell'interesse della collettività, permettendo al legislatore di programmare dei limiti esterni (pensate all'espropriazione per pubblica utilità, che sottrae la proprietà per la soddisfazione di un interesse generale, oppure ai vincoli di destinazione urbanistica per cui su un fondo agricolo non si può edificare per garantire un equilibrato assetto del territorio).
- Un'altra teoria, ritenuta più efficace da chi sostiene l'effetto diretto e immediato delle norme costituzionali nei rapporti civili, ritiene invece che la funzione sociale *vincoli la stessa proprietà dall'interno*. Cioè non sarebbe soltanto un limite esterno imposto dal legislatore, ma giustificerebbe un *limite interno* ai poteri stessi del proprietario, i quali si dovrebbero ragionevolmente bilanciare tra interesse egoistico e funzione sociale in ogni loro manifestazione.

Questo affascinante cappello introduttivo ci porta al cuore della prima controversia giurisprudenziale del seminario: si può rinunciare alla proprietà di un immobile?

La Rinuncia alla Proprietà Immobiliare e l'Acquisto dello Stato (Caso pratico per il 30 e lode)

Questo ci fa comprendere la scaturigine della controversia che poi ha tollerato la sentenza di cui parleremo, la domanda che è stata rimessa in via pregiudiziale

alla Corte di Cassazione affinché si esprimesse: ***ma la proprietà immobiliare può essere rinunciata dal proprietario?***

Noi sappiamo che il ***potere di rinuncia*** esiste sia nel sistema dei diritti reali sia nel sistema delle obbligazioni (quando studierete le obbligazioni vedrete la remissione del debito, che è una sorta di rinuncia al credito che libera il debitore). Anche nel sistema dei diritti reali ci sono specifiche norme che prevedono la rinuncia: se parliamo di beni mobili, la rinuncia è l'abbandono, si dismette la proprietà e la cosa diventa una ***res nullius*** che può essere occupata da un terzo tramite l'***occupazione*** (il primo modo di acquisto della proprietà a titolo originario).

Esistono poi ipotesi di rinuncia "liberatoria" previste dal legislatore per specifiche situazioni in cui sussistono diritti concorrenti, come nella comunione (se un comunista rinuncia alla sua quota, questa si espande accrescendo le quote degli altri) o la rinuncia a un diritto di servitù o di usufrutto (che espande la nuda proprietà facendola tornare piena).

Ma per la ***proprietà immobiliare esclusiva***, il codice non ci dà una risposta espressa. Qual è stata la controversia sorta? Un soggetto era proprietario di un immobile di cui doveva eseguire la bonifica sotto decreto, trattandosi di una cosiddetta "***proprietà passiva*** o diseconomica", perché il valore reale e patrimoniale della proprietà era di gran lunga inferiore ai costi di bonifica che doveva sostenere. Ritenendo di poter rinunciare alla proprietà immobiliare abbandonandola come si fa per i beni mobili, il soggetto vi rinuncia.

Questa cosa viene duramente contestata dallo Stato, perché l'***articolo 827 c.c.*** ci dice che ***i beni immobili vacanti***, cioè che non sono di nessuno, ***ven-gono acquistati automaticamente dallo Stato!*** Quindi lo Stato si trovava improvvisamente proprietario di un fondo inquinato con un enorme disvalore economico, dovendo sostenere lui i costi di bonifica e di intervento. Da una parte il privato affermava la sua libertà di rinunciare, dall'altra lo Stato diceva di no, perché questa volontà non poteva operare per traslargli un costo.

Di fronte a questo scontro titanico, si sono formate tre diverse tesi giuridiche, che la Cassazione ha dovuto vagliare.

Le Tre Tesi sulla Rinunciabilità e il Controllo di Meritevolezza

In giurisprudenza si sono succedute tre tesi:

1. ***La prima tesi dice che la rinuncia unilaterale non è ammissibile***, perché sarebbe un ***negozio atipico*** non previsto dalla legge che violerebbe il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui (il principio della relatività dei contratti per cui un negozio non può avere effetti negativi verso i terzi). Ammettendo la rinuncia, si inciderebbe unilateralmente sulla sfera dello Stato, traslandogli un costo senza il suo consenso.
2. ***La seconda tesi, diametralmente opposta, ammette in generale la rinunciabilità*** basandosi sull'argomento della ***pienezza dei poteri*** del proprietario. Se i poteri di disposizione sono illimitati (salvo limiti di

legge), allora vi si deve contemplare anche la rinuncia, che è il massimo atto dispositivo estintivo della situazione giuridica.

3. **La terza tesi, sostenuta dallo Stato, ammette la facoltà di rinuncia ma dice che**, come tutti i negozi giuridici, anche questa dovrebbe essere sottoposta a un **controllo di meritevolezza** o giustificazione causale. Cioè bisognerebbe vedere nel caso concreto se il negozio viene utilizzato dal proprietario in modo **elusivo** per sottrarsi a una disposizione di legge (l'obbligo di bonificare il sito inquinato), traslando un costo sulla collettività. Sarebbe quindi un atto disfunzionale e immeritevole rispetto al principio della funzione sociale intesa come limite interno.

Come ha risolto la questione la Suprema Corte? Fissando dei paletti fondamentali.

La Sentenza della Cassazione (2393/2025): Natura della Rinuncia e Oneri Progressi

Il Tribunale rinvia la questione alla Corte di Cassazione che con la sentenza (numero **2393/2025**) dà una risposta chiara a questo problema che prima si trovava solo sui manuali teorici. La Cassazione ci dice che la rinuncia è un **negozio unilaterale atipico con funzione dismissiva, a carattere non recettizio**, cioè c'è bisogno esclusivamente della volontà del rinunciante e non deve essere accettato o comunicato allo Stato per produrre i suoi effetti. La Cassazione **sposa la tesi della pienezza del diritto**: la proprietà è un diritto pieno sulla cosa e la rinuncia si sviluppa nel pieno dei poteri dispositivi, poiché solo il legislatore può limitare questi poteri tramite una legge esplicita.

E il problema dell'acquisto imposto allo Stato? La Cassazione lo supera dicendo che l'acquisto ex art. 827 c.c. da parte dello Stato è una norma di salvaguardia generale, un **effetto riflesso e indiretto**, non un effetto diretto della rinuncia stessa. L'effetto diretto della rinuncia è solo la dismissione del bene, che crea lo stato di "vacanza", ed è solo in un secondo momento, per effetto di legge, che lo Stato lo acquista.

E per quanto riguarda il **controllo di meritevolezza**? La Cassazione dice che **non serve**, perché la funzione della rinuncia ha già in sé la sua causa tipica: soddisfare l'interesse puramente egoistico del proprietario a dismettere il bene. Sottoporlo a un controllo di meritevolezza significherebbe forzare la proprietà oltre i limiti di legge.

La conclusione (Domanda d'esame): La Cassazione ammette la rinuncia alla proprietà immobiliare. **TUTTAVIA**, cosa succede ai costi di bonifica e alle obbligazioni già maturate? Qui sta il punto: **tutte le obbligazioni e i costi di risanamento maturati nella fase temporale precedente alla rinuncia rimangono saldamente a carico del proprietario rinunciante!** Non si sfugge alle proprie responsabilità pregresse semplicemente abbandonando il bene.

A questo punto, conclusa la prima parte, prende la parola il Dottor Carlo Penucciu (tutor del corso) per affrontare un secondo e attualissimo caso pratico che intreccia diritti reali e diritti personali.

Il "Contratto di Antenna": Diritto Reale o Personale? (Concetti essenziali per l'esame)

Buongiorno e innanzitutto mi presento. Io sono Carlo Penucciu, sono dottore in giurisprudenza e sono titolare di un assegno di tutorato nell'ambito di questo corso, quindi se qualcuno dovesse avere problemi nel preparare questo esame potete scrivermi tramite l'email istituzionale che vi lascerò a fine lezione. Di cosa vi parlo oggi? Del cosiddetto "**contratto di antenna**", che possiamo definire come il contratto con cui il proprietario dell'edificio o il condominio concede a terzi (tipicamente una società di telefonia) il diritto di costruire un'antenna sul **lastrico solare** (la terrazza condominiale che fa da copertura all'edificio) e di rimuoverla alla fine del periodo stabilito dal contratto.

Vi sottopongo questa questione perché è finita alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il collegio chiamato a risolvere le questioni più incerte del diritto. Avendo voi studiato i diritti reali di godimento, quello che dobbiamo capire è: **il diritto che il condominio concede alla società per costruire sul lastrico solare è un diritto reale (come una superficie) o un diritto personale/di credito (come una locazione)?**

Perché ci interessa questa differenza? Perché se noi conferiamo un diritto reale, questo ha delle conseguenze normativamente pesantissime. Voi avete studiato le caratteristiche dei diritti reali e sapete che sono l'**assolutezza, l'immediatezza e l'inerenza**. Queste, come avete visto, **sono tre cose molto importanti ai fini dell'esame!** I diritti reali hanno queste caratteristiche opponibili *erga omnes*, mentre i diritti personali hanno il carattere della relatività (operano solo *inter partes*).

Questa classificazione teorica ha un impatto pratico dirompente sulla vita del condominio.

Il Problema delle Maggioranze Condominiali e il Principio di Accesso

Per trasferire o costituire diritti reali servono regimi formali rigorosi (la forma scritta, la trascrizione). Nel caso del condominio, se l'assemblea intende concedere a terzi lo sfruttamento di un bene comune conferendo un **diritto personale** (locazione), deve raggiungere **determinate maggioranze** previste dal codice. Ma se l'assemblea intende concedere un **diritto reale**, essendo molto più gravoso, bisogna raggiungere **l'unanimità!**

Il problema sorge quando l'amministratore e la maggioranza concedono questo diritto di antenna con una delibera a maggioranza. Il condomino rompiscatole, che quell'antenna sul tetto non la vuole, impugna la deliberazione dicendo: "Scusate un attimo, voi avete conferito un diritto reale di superficie

alla compagnia telefonica, dovevate avere l'unanimità! Io impugno la delibera per violazione di legge!".

La prima questione è quindi: questo diritto di antenna è riconducibile alla superficie? Certamente, perché la superficie è il diritto di fare e mantenere una costruzione sopra la proprietà altrui, e l'antenna, avendo una relazione di stabilità e strumentalità con il lastrico solare, vale giuridicamente come bene immobile. Ma la vera domanda è: *possiamo raggiungere lo stesso risultato (far costruire l'antenna e poi farla asportare) non con un diritto reale, ma stipulando un semplice contratto ad effetti obbligatori che conferisce solo un diritto personale?*

Nel codice civile non esiste un contratto tipico specifico per le antenne sul tetto, ma in virtù del principio di *autonomia negoziale* le parti possono costruire il modello che più si confà ai loro interessi, purché non violino norme imperative.

L'ostacolo principale a questa soluzione obbligatoria risiede in un antichissimo principio del diritto civile.

Esiste una disposizione imperativa che osta a questo contratto?

La principale argomentazione contraria è il *Principio di Accessione*. L'accessione è un principio generale in virtù del quale ciò che viene costruito stabilmente su un bene immobile diventa di proprietà del proprietario del suolo. Si dice tradizionalmente che c'è un rapporto di esclusività tra accessione e superficie: *l'unico modo assoluto che esiste nell'ordinamento per derogare all'accessione* (cioè per far sì che la compagnia telefonica rimanga proprietaria della sua antenna pur avendola costruita sul tetto del condominio) *è la costituzione di un diritto reale di superficie!* Se fosse vero questo, il diritto personale non basterebbe, servirebbe per forza il diritto reale e quindi l'unanimità.

La Soluzione delle Sezioni Unite (Art. 1593 c.c.)

La Corte di Cassazione smonta questa argomentazione andando a prendere una norma nell'ambito della disciplina del contratto di locazione: l'*articolo 1593 c.c.* Questa norma consente all'inquilino (che ha un mero diritto personale di godimento) di costruire addizioni e miglioramenti all'interno del bene locato e di asportarli e portarli via alla fine della locazione, *derogando di fatto al principio di accessione!*

Quindi la Cassazione dice: se già esiste nel nostro ordinamento un contratto a effetti puramente obbligatori (la locazione) che consente all'inquilino di costruire e portare via l'opera derogando all'accessione, allora cade l'unica argomentazione ostativa! *È assolutamente possibile configurare l'operazione dell'antenna con un mero diritto personale di godimento atipico.*

Le parti sono libere di scegliere: se vogliono un vincolo forte e perpetuo costituiranno un diritto reale di superficie (all'unanimità), ma se vogliono un'opera-

zione più leggera e flessibile possono stipulare un contratto ad effetti obbligatori (a maggioranza). Siccome nel caso di specie la delibera non aveva raggiunto l'unanimità, si deve interpretare la volontà del condominio nel senso di ***aver voluto stipulare validamente un contratto ad effetti personali***, salvando così la delibera e l'antenna. Così è stato risolto il problema del condomino che si è fatto quattro gradi di giudizio per cercare di far rimuovere l'antenna e non ci è riuscito!

5.3 Lezione 18 - La Dinamica dell'Adempimento e i Modi di Estinzione dell'Obbligazione

La Delegazione: Rapporto di Provvista e di Valuta

La lezione si apre riprendendo il complesso tema delle modificazioni dal lato passivo del rapporto obbligatorio, entrando nel vivo dei rapporti che legano i soggetti della delegazione. Nella ***delegazione*** sono collegati il cosiddetto rapporto di provvista e il rapporto di valuta:

- Nel ***rapporto di provvista*** il delegante è creditore del delegato: pensate per esempio a un cliente che ha depositato dei soldi in banca, per cui in virtù di questo deposito il delegante è creditore del suo delegato che è la banca.
- Manca in questo triangolo il delegatario, perché il delegante è a sua volta in un altro rapporto obbligatorio col delegatario: il ***rapporto di valuta***, in cui il delegante ha un debito e quindi ha un'obbligazione da estinguere verso il delegatario.

Allora, posto che sussistono questi due rapporti obbligatori, il ***delegante***, anziché eseguire lui la prestazione verso il delegatario, per il principio di concentrazione dei rapporti e di economia dei mezzi dà ordine, cioè ***delega il delegato***, a estinguere il debito verso il delegatario in virtù di quel rapporto di provvista. È quello che succede con l'***assegno bancario***, dove il delegante deve pagare il delegatario e anziché pagare in denaro emette un assegno: il delegatario va in banca, presenta questo assegno e la banca (il delegato) glielo paga, ovviamente se c'è la provvista. Il negozio che ne viene fuori è un ***negozio trilaterale*** con una convenzione scritta a tre tra delegante, delegato e delegatario.

Delegatio Solvendi, Promittendi, Cumulativa e Liberatoria

Possiamo distinguere:

- La ***delegatio solvendi*** (da *solvere*, pagare), in cui il delegato ***esegue subito la prestazione*** in virtù della delega estinguendo i due rapporti.
- Dalla ***delegatio promittendi***, che comporta che il delegato non esegua subito la prestazione, ma ***si obblighi ad eseguirla in futuro*** verso il delegatario.

Se l'assegno è scoperto e la provvista manca, l'obbligazione chi la paga? Possiamo avere una delegazione cumulativa o liberatoria (o privativa).

- Nel caso in cui il delegatario (il creditore) liberi il delegante, abbiamo la **delegazione liberatoria**, per cui **l'unico che risponderà è il delegato** (la banca).
- Se invece il delegatario è più prudente e non libera il delegante, sussiste una **responsabilità solidale** tra delegato e delegante: il delegatario avrà il **beneficio di preventiva escussione**, per cui dovrà prima escutere il delegato e, se questo non paga, potrà rifarsi sul debitore originario che è il delegante.

Delegazione Titolata e Pura (Domanda per i 30 e lode)

La delegazione può essere titolata o pura.

- Se quando si stipula la convenzione **si richiama esplicitamente il rapporto di provvista** ("tu delegato mi devi adempiere in virtù dei fondi che ho sul conto"), la delegazione è **titolata al rapporto di provvista**, e il delegato **potrà opporre** al delegatario tutte le relative eccezioni (es. "i fondi sul conto sono esauriti").
- Si può anche **richiamare il rapporto di valuta**, e in tal caso si opporranno le eccezioni relative al rapporto di valuta ("io delegato non ti pago perché il delegante ti ha già pagato").
- Se invece non si richiama né il rapporto di provvista né quello di valuta, la **delegazione si dice pura**, comportando un **limite alle eccezioni**.

Per i 30 e lode, qual è l'unico caso in cui il delegato può rifiutarsi di pagare nella delegazione pura? È il caso della **contemporanea nullità o inesistenza del rapporto di valuta** (Art. 1271 c.c.): se il rapporto tra delegante e delegatario è radicalmente nullo, allora il delegato può sottrarsi al pagamento.

Spostiamo l'attenzione sull'espromissione, dove l'iniziativa non parte dal debitore originario.

L'Espromissione (Domanda d'esame)

Andiamo velocemente all'**espromissione**, che questa volta torna ad essere un accordo **bilaterale**. *Queste sono tutte figure chieste agli esami!* Qui abbiamo un terzo estraneo (**espromittente**), come il classico caso di scuola del padre, che **assume spontaneamente l'obbligo di pagare il debito** dell'obbligato originario (l'**espromesso**, cioè il figlio) verso un creditore che resta tale (l'**espromissario**).

L'accordo di espromissione deve intercorrere **tra l'espromittente e l'espromissario**, mentre l'espromesso resta fuori da questo accordo essendovi un'iniziativa **spontanea senza alcuna delega**. Anche qui l'espromissione

può essere cumulativa o privativa a seconda che l'espromesso venga liberato o meno.

A livello di *eccezioni*, l'espromittente subentra nella stessa posizione del debitore originario e quindi *può opporre tutte le eccezioni* relative al rapporto tra creditore espromissario ed espromesso, *salvo le eccezioni prettamente personali* come la compensazione, e agisce con una funzione solutoria che rappresenta di fatto un'ipotesi di adempimento del terzo.

Giungiamo all'accollo, l'ultima figura che inizia come accordo puramente interno.

L'Accollo Interno ed Esterno

Infine abbiamo l'*accollo*, che è un'altra di quelle domandine difficili ma che voi frequentanti avete ormai compreso. Abbiamo tre soggetti: l'*accollante* (un terzo estraneo) si obbliga a pagare il debito dell'*accollato* verso il creditore *accollatario*. Ma a differenza dell'espromissione, l'accordo nasce *inizialmente in modo progressivo e bilaterale tra accollante e accollato*, restando il creditore completamente esterno (e prendendo il nome di *accollo interno*).

Allora riprendiamo. Dicevamo che l'accollo è un accordo progressivo bilaterale (l'accollo interno). Il codice civile ne disciplina invece il cosiddetto *accollo esterno*, che si perfeziona *quando il creditore entra in questa operazione dando il suo consenso*, perché valuterà la solvibilità dell'accollante e deciderà se liberare l'accollato (accollo liberatorio) o se non liberarlo mantenendolo obbligato solidalmente (accollo cumulativo con beneficio di preventiva escussione).

Il *consenso* del creditore deve essere espresso in maniera certa e inequivoca. Questo accordo configura di fatto – e lo appuntiamo per quando studieremo i contratti – una *particolare figura di contratto a favore di terzo*, dove il terzo estraneo all'accordo che ne profitta è proprio il creditore. L'accollante potrà opporre al creditore le eccezioni relative al suo rapporto con l'accollato e le eccezioni che l'accollato avrebbe potuto opporre all'accollatario.

Esaurito il quadro dei soggetti, il professore sposta l'attenzione sull'atto estintivo per eccellenza: l'adempimento e le sue implicazioni.

L'Atto di Adempimento e l'Abuso del Diritto (Per i 30 e lode)

Passiamo all'atto estintivo per eccellenza che procura la soddisfazione dell'interesse creditorio, ovvero l'*atto di adempimento*, con cui si esegue la prestazione originaria. Se il debitore invece non adempie entriamo nella *fase patologica dell'inadempimento* che genererà una responsabilità contrattuale a carico del debitore, obbligandolo al risarcimento del danno per equivalente monetario. L'adempimento oggettivo deve avvenire con diligenza e correttezza (buona fede).

L'adempimento può essere totale o parziale (se la prestazione è divisibile), e in tal caso il creditore può agire in giudizio per il residuo. Attenzione però, e

questo è per il 30 e lode: il creditore *non può agire in giudizio per il residuo qualora si verifichi un abuso del diritto*, cioè quando il creditore fraziona l'adempimento volontariamente al solo scopo di instaurare più giudizi e lucrare così sulle spese giudiziali.

La Quietanza, il Creditore Apparente e il Luogo (*Portables* e *Querables*)

La prova dell'avvenuto adempimento è data dalla *quietanza di pagamento*, che è un atto unilaterale emesso dal creditore facente parte degli *atti di scienza*, con cui dichiara in forma documentale di aver ricevuto la prestazione: essa fa piena prova salvo i casi di errore di fatto o violenza (minaccia).

Se il debitore paga a un *creditore incapace*, rischia di dover ripagare salvo che dimostri che l'incapace ne ha tratto vantaggio. Se invece paga a un *terzo* anziché al creditore, il pagamento *non è liberatorio*, a meno che il pagamento avvenga al cosiddetto *creditore apparente* (es. pago alla moglie per dare i soldi al marito): se in base a circostanze oggettive e alla buona fede quel soggetto appariva come il vero creditore, *allora quel pagamento è liberatorio!*

Riguardo al luogo, rileva la distinzione che *io posso chiedere agli esami* tra:

- *Obbligazioni portables*: cioè obbligazioni pecuniarie liquide che vanno adempiute al domicilio del creditore (è il debitore che "porta" i soldi).
- *Obbligazioni querables*: per i casi non pecuniari in cui è il creditore a doversi recare dal debitore.

Per il termine, l'obbligazione passa da inesigibile a esigibile, e vige la regola del beneficio del termine a favore del debitore, da cui però *il debitore decade* (decadenza dal beneficio del termine) in caso di inadempimento, permettendo al creditore di esigere l'intera somma immediatamente.

Un cenno particolare merita l'intervento di un terzo che decide di adempiere al posto del debitore.

L'Adempimento del Terzo e la Surrogazione di Pagamento

Se la prestazione viene adempiuta da un terzo, dobbiamo distinguere:

- Se è una prestazione infungibile (*intuitus personae*, es. Vasco Rossi), il creditore *la può rifiutare*.
- Ma se è una prestazione *fungibile pecuniaria*, il creditore *NON può rifiutare* l'adempimento del terzo, anche se il debitore non ha prestato il consenso, liberando così il debitore anche contro la sua volontà! Se il debitore si oppone formalmente, il creditore "può" (ma non è obbligato a) rifiutare.

Il terzo che ha pagato potrà poi rifarsi sul debitore tramite l'indebito, l'arricchimento o la *surrogazione di pagamento*. La surrogazione *modifica il lato attivo* sostituendo il creditore soddisfatto con il terzo (che diventa nuovo creditore). Può avvenire per volontà del creditore o per volontà del debitore, come nel frequentissimo caso della *surroga del mutuo bancario*, in cui il Testo Unico Bancario dà la possibilità al mutuatario di far estinguere il mutuo da una nuova banca (che offre tassi migliori), la quale subentra nei diritti della banca originaria.

Vi è una figura specifica di accordo che permette di liberarsi con una prestazione diversa, da non confondere con la novazione.

Datio in Solutum e la Differenza con la Novazione (Per i 30 e lode)

Andiamo a un'altra figura che chiediamo agli esami: la *datio in solutum* o *prestazione in luogo dell'adempimento*. È un *accordo bilaterale* tra creditore e debitore con cui si prevede di soddisfare l'interesse del creditore con una prestazione diversa da quella originaria, configurando una sorta di obbligazione facoltativa.

Attenzione, e questa è la *differenza per i 30 e lode* tra *datio in solutum* e novazione oggettiva:

- Poiché resta un'obbligazione facoltativa, *se la nuova prestazione nella datio in solutum diventa impossibile, il debitore non si libera* ma rimane vincolato e rivive la vecchia prestazione originaria!
- Nella *novazione oggettiva*, invece, *la vecchia obbligazione si estingue del tutto* e ne sorge una nuova, sicché se la nuova diventa impossibile il rapporto si estingue definitivamente senza far rivivere assolutamente nulla.

I Patti che Escludono la Responsabilità (Art. 1229)

Il patto con cui creditore e debitore escludono o limitano la responsabilità del debitore per il caso di inadempimento è da ritenersi *radicalmente nullo se prevede l'esclusione di responsabilità per inadempimento doloso o gravemente colposo*, perché svuoterebbe di senso il vincolo obbligatorio! Ed è altresì nullo in caso di violazione dell'ordine pubblico e del buon costume, come i patti che limitassero i danni derivanti dalla violazione di valori costituzionali (es. ti vendo un elettrodomestico difettoso che ti uccide, non posso essere esonerato dai danni da morte).

Esaminiamo ora i metodi che portano all'estinzione del vincolo senza l'esatta esecuzione della prestazione.

I Modi di Estinzione Diversi dall'Adempimento: La Compensazione

Consistono in fatti involontari o atti negoziali con cui si raggiunge ugualmente l'estinzione del rapporto. La **compensazione è una domanda importantissima in sede d'esame** e presuppone una dualità di rapporti obbligatori reciproci che si estinguono per il principio tecnico di economia dei mezzi giuridici. Si divide in:

- **Compensazione Legale:** Opera automaticamente ed *ex nunc* (retroattivamente) se i due debiti sono **liquidi, omogenei ed esigibili**. Ma attenzione, non può essere rilevata d'ufficio dal giudice: opera **solo su precisa eccezione di parte!**
- **Compensazione Giudiziale:** Viene pronunciata dal giudice con sentenza costitutiva se manca la liquidità, ma i debiti sono di **pronta e facile liquidazione**.
- **Compensazione Volontaria:** Si basa su un **accordo** che supera l'assenza dei requisiti visti sopra. **Per il 30 e lode** ricordiamo la **compensazione impropria**, che a differenza delle altre non presuppone una dualità di rapporti ma un unico rapporto, come il calcolo del saldo nel conto corrente bancario, ed è rilevabile d'ufficio comportando per il giudice una mera operazione aritmetica.

La Confusione e la Novazione Oggettiva

- La **confusione** si verifica quando creditore e debitore **vengono a coincidere nella stessa persona** (es. l'erede che diventa creditore di se stesso), estinguendo il rapporto per lo stesso meccanismo della consolidazione dell'usufrutto.
- La **novazione oggettiva** è un accordo negoziale che modifica l'oggetto o il titolo dell'obbligazione. Presuppone l'**animus novandi** (la volontà di novare), estinguendo la vecchia obbligazione. Fermo restando che se la vecchia obbligazione era inesistente o nulla, anche la nuova sarà senza effetto.

Avviandoci alla conclusione, si analizza la remissione e la sua fondamentale differenza con la rinuncia.

La Remissione del Debito vs Rinuncia (Domanda d'Esame e da 30 e lode)

Altra **domanda d'esame** su cui io tengo molto è la **remissione del debito**, che non va confusa col linguaggio volgare del "condono". Ha un effetto estintivo del rapporto e può essere espressa o tacita tramite comportamento concludente (come la restituzione del titolo/documento al debitore).

La *differenza per il 30 e lode* con la rinuncia sta nella struttura e nella funzione:

- La *remissione ha funzione estintiva e struttura bilaterale*, poiché la norma conferisce al debitore il diritto di rifiutarla (configurando un vero e proprio "diritto del debitore all'adempimento");
- La *rinuncia ha invece struttura unilaterale* e non estingue il diritto in sé, ma semplicemente ne dispone la dismissione *senza curarsi del consenso* dell'altra parte.

La remissione si distingue ancora dal *pactum de non petendo*, che è solo un patto di temporanea inesigibilità del credito in cui il creditore si obbliga a non richiedere l'adempimento per un certo periodo.

L'Impossibilità Sopravvenuta della Prestazione

Infine l'*impossibilità sopravvenuta della prestazione* estingue il rapporto solo se è *irreversibile, oggettiva, definitiva e non imputabile al debitore*. Vi ricordo che *genus nunquam perit*, per cui *le obbligazioni pecuniarie non diventano mai impossibili in senso assoluto!* Qualora l'impossibilità sia temporanea, il debitore non cade in mora per il ritardo, liberandosi poi se, terminata l'impossibilità, il creditore dimostra di non avere più interesse a ricevere la prestazione.

Con questo chiudiamo, ci vediamo lunedì per parlare di inadempimento e mora del debitore.

5.4 Lezione 19 - L'Adempimento, l'Imputazione, l'Inadempimento e la Mora

Il Ripasso: Adempimento, Surrogazione e *Datio in Solutum*

Allora, dunque, abbiamo parlato nella scorsa lezione dell'*adempimento*, quindi di questo fatto oggettivo che consiste normalmente nell'erogare e nel porre in essere la prestazione soddisfattiva dell'interesse creditizio. Quali sono i punti fondamentali che dobbiamo ricordare? La natura oggettiva dell'adempimento (mentre oggi vedremo il profilo soggettivo dell'inadempimento, cioè della fase patologica), il tempo e il luogo dell'adempimento (quindi la distinzione tra obbligazioni *querables* e *portables* per quelle pecuniarie) e l'*adempimento del terzo*, che è una figura particolare con questo diritto di opposizione del debitore che si rifà alla categoria, *per i più bravi*, del *diritto del debitore ad adempiere*, che possiamo desumere anche dalla disciplina della remissione, perché il debitore può opporsi alla remissione del debito con effetto estintivo da parte del creditore.

Abbiamo anche visto un'altra forma di modifica del lato creditorio diversa dalla cessione del credito, che approfondiamo un attimo: la *surrogazione di pagamento*. Mentre nella cessione del credito abbiamo un accordo bilaterale

tra cedente e cessionario e il debitore va solo notificato, nella surrogazione di pagamento abbiamo un **accordo tra il debitore e il nuovo creditore**, nel senso che questo nuovo creditore paga il vecchio creditore, il quale esce di scena e lo surroga nei suoi diritti verso il debitore. Questa surrogazione può avere:

- **Fonte legale**: come nel caso di vendita immobiliare in cui l'acquirente paga il creditore ipotecario per liberare l'immobile e si surroga nei suoi diritti.
- **Volontà delle parti**: come nella **surroga del mutuo bancario** di cui vi ho parlato.

Abbiamo poi visto quest'altra figura, distinguendola dalla novazione, che è la **datio in solutum** (un'obbligazione facoltativa), il **pagamento al creditore apparente** con la sua efficacia liberatoria, l'indicatario di pagamento e i vari modi di estinzione dell'obbligazione: compensazione, novazione oggettiva, confusione (simile alla consolidazione dell'usufrutto), remissione nelle sue differenze con la rinuncia, e impossibilità.

Sempre in tema di pagamento, il professore introduce un meccanismo legale per stabilire quale debito si estingua quando vi sono più pendenze.

L'Imputazione di Pagamento (Domanda per i più bravi)

Quanto al pagamento, dobbiamo parlare di una domandina un po' difficile che facciamo ai più bravi: la cosiddetta **imputazione di pagamento**. Abbiamo parlato della quietanza, che è quella dichiarazione di scienza con cui il creditore dà atto al debitore dell'intervenuto adempimento e che può essere superata solo tramite la prova dell'errore di fatto o della violenza (minaccia). Che cos'è l'imputazione di pagamento? È un istituto che individua dei **criteri legali**, quindi di fonte legale, che occorrono all'interprete **in caso di pluralità di debiti verso un medesimo creditore**.

Se questo debitore paga ed esegue una prestazione (pensiamo a debiti omogenei pecuniari, ad esempio uno di 100, uno di 200, uno di 300 e uno di 400 euro) ed eroga una somma di 600 euro, a quale debito dobbiamo imputare l'adempimento?

1. Normalmente viene introdotta una **facoltà del debitore** di imputare il pagamento, quindi è lui a dire quale debito intende estinguere nella pluralità, ma questo deve avvenire **all'atto di pagamento** e non successivamente, altrimenti l'imputazione sarebbe inefficace.
2. Se il debitore non lo fa, l'imputazione **può avvenire da parte del creditore nella quietanza** (la cosiddetta **quietanza titolata**), indicando il debito estinto.

Se sia il debitore tace sia il creditore non dice nulla nella quietanza, allora soccorrono dei **criteri legali suppletivi**, e ricordare questi criteri è un po' difficile, ecco perché questa è una domanda che facciamo a persone preparate. Nel caso di una pluralità di debiti:

- Il primo criterio è quello della **scadenza**: si imputa al debito scaduto.
- Se vi sono più debiti scaduti, si imputa a quello **meno garantito** (se ce ne sono tre garantiti da pegno e uno chirografo, cioè privo di garanzie, si imputa al chirografo).
- Se vi sono debiti ugualmente garantiti, si imputa al **più oneroso per il debitore**, cioè quello verosimilmente di maggior importo.
- Se vi sono più debiti ugualmente onerosi, si imputa a quello **più risalente nel tempo**, al più antico.
- Se non si riesce a stabilire nemmeno questo perché non hanno data certa, il legislatore introduce un **criterio di proporzionalità**, per cui l'imputazione in via residuale si fa in proporzione a tutti i debiti esistenti.

Dal corretto adempimento, l'analisi si sposta alla patologia del rapporto, esplorando la natura e le limitazioni della responsabilità del debitore.

L'Inadempimento e la Nullità dei Patti di Esonero (Art. 1229)

Vediamo il problema dell'**inadempimento**, che presenta delle caratteristiche simili all'atto fisiologico, quindi è un fatto oggettivo che deve essere provato in giudizio, ma è anche connotato a livello soggettivo. La conseguenza dell'inadempimento è la **responsabilità del debitore**: quando parliamo di responsabilità intendiamo il sorgere di un'**obbligazione risarcitoria per equivalente monetario**, cioè un risarcimento che va a tacitare in via indiretta l'interesse creditorio.

Quando questa responsabilità viene esclusa o limitata nel *quantum*? Lo possono fare le parti attraverso un patto limitativo della responsabilità debitoria, **salvo che però questo patto è nullo**, cioè improduttivo di effetti, **se prevede l'esclusione di responsabilità a carico del debitore nei casi di inadempimento doloso (cioè volontario) o gravemente colposo**. Qual è la *ratio* di questo divieto? È quella di evitare di svuotare il rapporto obbligatorio, perché se consentiamo al debitore di non adempiere volontariamente facendosi scudo del patto, l'obbligazione perderebbe ogni vincolo e ogni significato. È un divieto contrario a buona fede, al buon costume e a tutte queste clausole generali.

Un altro caso di nullità è quello dell'**inadempimento lesivo dell'ordine pubblico**, cioè dei **valori costituzionali alla persona**: un patto con cui creditore e debitore si accordano per escludere i danni nel caso in cui, per esempio, un elettrodomestico difettoso mi esploda in mano cagionandomi la morte, sarebbe nullo perché contrario all'ordine pubblico.

L'Inadempimento Colposo, Totale o Parziale, e le Prestazioni Gratuite (Per i 30 e lode)

Ciò che rileva più spesso è l'*inadempimento colposo*, cioè quando il debitore non ha adempiuto per *negligenza*, oppure nelle obbligazioni professionali ha violato le *regole di perizia* (le famose linee guida per il medico, o il codice di procedura per l'avvocato). Per diventare imputabile al debitore ed esporlo a responsabilità risarcitoria, l'inadempimento deve essere quantomeno colposo, denotando che il debitore non ha adottato la *diligenza media o quella massima*.

L'inadempimento può essere:

- *Totale o parziale*.
- *Definitivo*: quando la prestazione non è più possibile o il creditore non ha più interesse a riceverla (come l'abito da sposa consegnato dopo il matrimonio).
- *Relativo*: il cosiddetto *ritardo o mora*, in cui la prestazione è ancora possibile e il creditore ha ancora interesse.

Di un'altra cosa dobbiamo tenere conto: se la prestazione è *onerosa o gratuita*. Se io voglio donare un bene, agisco con l'*animus donandi* (per spirito di liberalità) e la gratuità della prestazione è vista dal legislatore con minore rigore rispetto alla prestazione onerosa. Se io donante o comodante commetto un inadempimento, siccome sto eseguendo una prestazione per me gratuita, la mia responsabilità è valutata in maniera meno rigorosa e il *quantum* risarcitorio sarà meno elevato rispetto a chi agisce per un corrispettivo (come il locatario). Questo è *per i 30 e lode*: la misura della responsabilità è *più contenuta nelle prestazioni gratuite, salvo che non si vada a ledere gli interessi fondamentali della persona* (se do un bene in comodato e questo mi uccide scoppiandomi in mano, ha voglia a dire che era gratuito, devi risarcire il danno pieno agli eredi!).

Il grado di responsabilità può variare radicalmente, svincolandosi del tutto dall'elemento della colpa.

La Responsabilità Oggettiva (*Strict Liability*) e Paraoggettiva (*Culpa in Eligendo/Vigilando*)

Esistono le cosiddette *responsabilità senza colpa*, che gli anglosassoni chiamano *strict liability*, in cui la colpa non rileva e io rispondo per il semplice fatto di aver commesso un inadempimento, sia esso oneroso, gratuito o colposo. Un classico caso è il *contratto di trasporto*: se l'autista ATAC frena bruscamente e i passeggeri cadono, c'è colpa per violazione del codice della strada, ma il vettore *risponde anche senza colpa* (se per esempio la persona cade sul bus senza incidenti esterni, o se io scivolo in un supermercato o su un marciapiede del Comune). Oppure ci sono le *responsabilità da posizione*: se sono datore

di lavoro, rispondo degli inadempimenti dei miei preposti perché occupo quella posizione.

Come ci accorgiamo che la responsabilità è oggettiva? Perché la norma fa riferimento al *caso fortuito* e alla *forza maggiore*. Il caso fortuito è un evento naturale e involontario, del tutto imprevedibile; la forza maggiore è una situazione analoga, un evento non controllabile che il debitore non ha avuto la forza di dominare. Quando nelle norme troviamo "*salvo la prova del caso fortuito o della forza maggiore*", si accende la spia della responsabilità oggettiva, perché queste sono le uniche cause liberatorie estreme.

Se invece l'illecito è stato commesso dai miei ausiliari, posso dimostrare l'assenza, dicevano i latini, di una forma particolare di colpa: la *culpa in eligendo* (colpa nello scegliere dipendenti incapaci) e la *culpa in vigilando* (colpa nel non aver vigilato bene sui loro comportamenti). Questa è una forma di *responsabilità paraoggettiva, o per colpa presunta*, e l'unico modo per esonerarmi è dimostrare di aver scelto bene e di aver vigilato bene, superando la presunzione posta dal legislatore.

Definiti i criteri di imputazione, occorre comprendere quali danni siano concretamente risarcibili e come si liquidino.

Il Risarcimento del Danno: Emergente, Lucro Cessante e Danno Prevedibile

Se accertiamo la responsabilità e non ci sono prove liberatorie, il giudice dovrà accordare un risarcimento, che sarà ovviamente maggiore in caso di inadempimento assoluto rispetto a quello relativo. Questo risarcimento dovrà coprire sia il *danno emergente* (il danno diretto al patrimonio) sia il *lucro cessante*, il cosiddetto *danno da perdita di chance*, che è un bene giuridico riconosciuto che va risarcito se mi ha fatto perdere occasioni di guadagno o se non ho guadagnato ciò che potevo guadagnare. Vengono risarcite anche le *lesioni di interessi essenziali* e non patrimoniali (il danno da vacanza rovinata) e spesso le vittime non sono solo i diretti interessati, ma anche le *secondary victims* (le vittime secondarie, come gli eredi per l'uccisione del congiunto).

Attenzione, questa è una regola fondamentale che *farà la differenza con la responsabilità extracontrattuale*: viene risarcito *solo il danno prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione!* Il giudice, nella responsabilità contrattuale, non potrà risarcire conseguenze imprevedibili. Invece, *nella responsabilità extracontrattuale (da fatto illecito) si risarciscono anche le conseguenze imprevedibili*: se io investo per strada un pedone che si rivela essere un pianista affermato o un calciatore, pur non potendo io prevedere questa sua qualifica, dovrò comunque risarcirgli tutti i danni, inclusi gli ingaggi persi per un anno! Così non è nella contrattuale, dove il creditore ha diritto solo al danno che poteva ragionevolmente prevedere alla nascita dell'obbligazione.

Il termine di prescrizione per chiedere i danni da responsabilità contrattuale è decennale (10 anni dall'inadempimento). Vi ricordo, per mitigare il risarcimento, l'*eccezione di gratuità* della prestazione e il *concorso di colpa* (art.

1227 sul principio di autoresponsabilità), per cui se il creditore ha contribuito ad aggravare le conseguenze dannose, il risarcimento andrà percentualmente ridotto per equità.

Passiamo ora alla disciplina del ritardo qualificato, quando la prestazione è ancora possibile.

La Mora del Debitore: *Ex Persona* ed *Ex Re*

Andiamo alla **domanda d'esame sulla mora del debitore e la mora del creditore**, cioè all'inadempimento relativo in cui il debito è scaduto, il debitore è in ritardo ma la prestazione è ancora possibile e il creditore ne ha interesse.

Come si fa a mettere in mora il debitore? Il debitore deve essere in una **situazione oggettiva di ritardo**, il ritardo deve essere **imputabile** (colpevole, senza forza maggiore) e occorre un **atto di impulso**: il creditore deve notificare la cosiddetta **diffida ad adempiere**, che diventa l'atto di costituzione in mora. È un **atto recettizio** (produce effetti quando giunge a conoscenza del destinatario) scritto che non richiede formule sacramentali, ma deve manifestare chiaramente l'intenzione di costituire in mora il debitore per il suo ritardo colpevole, potendosi addirittura giungere alla costituzione in mora direttamente con la domanda giudiziale processuale.

Un principio fondamentale è che **il debito, per poter costituire in mora il debitore, deve essere liquido**, cioè determinato nel suo ammontare, perché *in liquidis non fit mora*. Dobbiamo poi distinguere la **mora ex persona** (quella appena vista per atto di impulso) dai tre casi particolari di **mora ex re**, detta anche **mora automatica**, in cui il debitore è in mora senza necessità di intimazione:

1. Quando il debitore **ha dichiarato per iscritto di non voler adempiere**.
2. Nelle obbligazioni di **risarcire il danno in via extracontrattuale** (da fatto illecito, dal momento stesso del sinistro si è in mora).
3. Quando l'obbligazione è **liquida e portable**, cioè pecuniaria da eseguirsi al domicilio del creditore alla scadenza.

Gli Effetti della Mora: *Perpetuatio Obligationis* e Interessi Moratori

Qual è la conseguenza della *mora debendi*? È la cosiddetta **perpetuatio obligationis**, cioè il passaggio del rischio. Vuol dire che, una volta che il debitore è costituito in mora, qualora sopravvenga un'impossibilità totale della prestazione non a lui imputabile, egli (come eccezione alla regola generale) **non si libera dall'obbligazione!** Il passaggio del rischio lo espone a responsabilità e dovrà risarcire comunque i danni al creditore. La costituzione in mora neutralizza gli effetti liberatori dell'impossibilità sopravvenuta totale.

L'altro effetto riguarda le sole obbligazioni pecuniarie, in cui il debitore in mora dovrà iniziare a corrispondere gli **interessi moratori** (una sorta di pena

privata e sanzione per non aver adempiuto in termine), calcolati al tasso legale o al tasso convenzionale pattuito, senza togliere il diritto del creditore di provare e chiedere un ulteriore maggior danno.

Per prevenire liti sulla quantificazione di questi danni, l'ordinamento offre uno strumento preventivo.

La Clausola Penale

Al fine di evitare di andare dal giudice per far liquidare questo danno, le parti possono stipulare un patto che ***noi chiediamo in sede d'esame***, che si chiama ***clausola penale***. È un patto (spesso inserito nel contratto) con cui le parti si accordano in anteprima per ***quantificare forfettariamente il danno*** in ipotesi di inadempimento. Questo non toglie il diritto del creditore di agire per far accertare l'inadempimento colpevole o per chiedere il maggior danno a condizione che lo provi. Inoltre, una ***penale manifestamente sproporzionata*** rispetto agli interessi delle parti può essere ***ridotta d'ufficio dal giudice***, ricondotta cioè ad equità senza bisogno di un'istanza di parte.

Vi è però una categoria di obbligazioni che sfugge concettualmente al meccanismo della mora.

Le Obbligazioni Negative (Domanda da 30 e lode)

Le ***obbligazioni negative, domanda da 30 e lode***, sono obbligazioni di ***non fare***. La mora si può applicare in caso di obbligazione negativa? ***A rigor di logica no***, perché se io tengo il comportamento vietato sono già inadempiente in senso assoluto (non è un ritardo), mentre se mi attengo al ***non fare*** sono adempiente. Delle due l'una: non è data la possibilità di un ritardo. Inoltre, ***per i 30 e lode***, qual è la particolarità probatoria? ***Il creditore deve provare al giudice che il nostro debitore ha contravvenuto al divieto assunto (provando un fatto positivo)***, mentre se il debitore vuole andare esente da responsabilità dovrà provare di aver rispettato quel divieto o che la violazione è dipesa da un fattore a lui non governabile, il che è difficilissimo.

Chiudiamo la lezione affrontando la prospettiva opposta: quando è il creditore a frapporre ostacoli all'esecuzione.

La Mora del Creditore (Mora Credendi) e il Procedimento di Libera- zione

Andiamo all'altra ***domanda d'esame: la mora del creditore***. Qui è l'inverso, il debitore vuole adempiere ma il creditore non glielo consente (pensate alla serrata, quando l'imprenditore non apre i locali impedendo al dipendente di lavorare). La mora del creditore si configura tutte le volte in cui il creditore, senza una legittima giustificazione, ***non coopera all'adempimento***.

Il legislatore ha dettato un vero e proprio procedimento (una concatenazione di atti mirata a un effetto giuridico) per costituire in mora il creditore. Il primo anello è l'**offerta della prestazione dovuta**, che si differenzia in:

- **Offerta Solenne Reale:** È formale, fatta attraverso un pubblico ufficiale o un notaio, recandosi presso il domicilio del creditore. Si applica alle obbligazioni *portables* (pecuniarie o di cose mobili da consegnare al domicilio), offrendo materialmente il denaro o le chiavi.
- **Offerta Solenne per Intimazione:** Si applica quando l'obbligazione è *querable* (da eseguire in luogo diverso dal domicilio, come la consegna di un immobile o una prestazione di fare). L'ufficiale giudiziario intima e notifica al creditore di recarsi in un certo luogo e tempo per ricevere la prestazione.
- **Offerta secondo gli usi:** Un'offerta deformalizzata secondo gli usi locali, senza forme particolari.

Una volta fatte queste offerte valide, se il creditore continua a non accettare la prestazione, si passa allo step successivo: il **deposito**. Il bene viene depositato presso un istituto di credito (se denaro) o consegnato a un **sequestratario** (se è un immobile, con spese di amministrazione a carico del creditore). Terzo step, se il creditore continua a non accettare, si fa un **giudizio di convalida**, in cui il giudice esamina la regolarità del procedimento e convalida la mora.

Quali sono gli effetti della mora del creditore?

1. La **liberazione del debitore** una volta seguiti validamente questi step (offerta, deposito e convalida).
2. **Il passaggio del rischio al creditore:** se la prestazione diventa impossibile, il creditore se ne piange le conseguenze ed è a suo carico il rischio per il perimento della cosa (sia che si tratti di un immobile in sequestro, sia per le obbligazioni generiche). In fase fisiologica il rischio è a carico del debitore, ma con la *mora credendi* passa legalmente al creditore.

5.5 Lezione 20 - Le Garanzie Reali: Privilegi, Pegno e Ipoteca

Il Ripasso: Adempimento, Surrogazione e *Datio in Solutum*

Allora, dunque, abbiamo parlato nella scorsa lezione dell'adempimento, quindi di questo fatto oggettivo che consiste normalmente nell'erogare e nel porre in essere la prestazione soddisfattiva dell'interesse creditizio. Quali sono i punti fondamentali che dobbiamo ricordare?

- La **natura oggettiva dell'adempimento** (mentre oggi vedremo il profilo soggettivo dell'inadempimento, cioè della fase patologica).
- Il tempo e il luogo dell'adempimento (quindi la distinzione tra obbligazioni *querables* e *portables* per quelle pecuniarie).

- **L'adempimento del terzo**, che è una figura particolare con questo diritto di opposizione del debitore che si rifà alla categoria, **per i più bravi**, del **diritto del debitore ad adempiere**, che possiamo desumere anche dalla disciplina della remissione, perché il debitore può opporsi alla remissione del debito con effetto estintivo da parte del creditore.

Abbiamo anche visto un'altra forma di modifica del lato creditorio diversa dalla cessione del credito, che approfondiamo un attimo: la **surrogazione di pagamento**. Mentre nella cessione del credito abbiamo un accordo bilaterale tra cedente e cessionario e il debitore va solo notificato, nella surrogazione di pagamento abbiamo un **accordo tra il debitore e il nuovo creditore**, nel senso che questo nuovo creditore paga il vecchio creditore, il quale esce di scena e lo surroga nei suoi diritti verso il debitore. Questa surrogazione può avere fonte legale, come nel caso di vendita immobiliare in cui l'acquirente paga il creditore ipotecario per liberare l'immobile e si surroga nei suoi diritti, oppure può avvenire per volontà delle parti, come nella surroga del mutuo bancario di cui vi ho parlato.

Abbiamo poi visto quest'altra figura, distinguendola dalla novazione, che è la **datio in solutum** (un'obbligazione facoltativa), il pagamento al creditore apparente con la sua efficacia liberatoria, l'indicatario di pagamento e i vari modi di estinzione dell'obbligazione: compensazione, novazione oggettiva, confusione (simile alla consolidazione dell'usufrutto), remissione nelle sue differenze con la rinuncia, e impossibilità.

Sempre in tema di pagamento, il professore introduce un meccanismo legale per stabilire quale debito si estingue quando vi sono più pendenze.

L'Imputazione di Pagamento (Domanda per i più bravi)

Quanto al pagamento, dobbiamo parlare di una domandina un po' difficile che facciamo ai più bravi: la cosiddetta **imputazione di pagamento**. Abbiamo parlato della quietanza, che è quella dichiarazione di scienza con cui il creditore dà atto al debitore dell'intervenuto adempimento e che può essere superata solo tramite la prova dell'errore di fatto o della violenza (minaccia). Che cos'è l'imputazione di pagamento? È un istituto che individua dei **criteri legali**, quindi di fonte legale, che occorrono all'interprete **in caso di pluralità di debiti verso un medesimo creditore**.

Se questo debitore paga ed esegue una prestazione (pensiamo a debiti omogenei pecuniari, ad esempio uno di 100, uno di 200, uno di 300 e uno di 400 euro) ed eroga una somma di 600 euro, a quale debito dobbiamo imputare l'adempimento?

1. Normalmente viene introdotta una **facoltà del debitore** di imputare il pagamento, quindi è lui a dire quale debito intende estinguere nella pluralità, ma questo deve avvenire **all'atto di pagamento** e non successivamente, altrimenti l'imputazione sarebbe inefficace.

2. Se il debitore non lo fa, l'imputazione può avvenire da parte del creditore nella quietanza (la cosiddetta *quietanza titolata*), indicando il debito estinto.

Se sia il debitore tace sia il creditore non dice nulla nella quietanza, allora soccorrono dei *criteri legali suppletivi*, e ricordare questi criteri è un po'chettino difficile, ecco perché questa è una domanda che facciamo a persone preparate. Nel caso di una pluralità di debiti:

- Il primo criterio è quello della *scadenza*: si imputa al debito scaduto.
- Se vi sono più debiti scaduti, si imputa a quello *meno garantito* (se ce ne sono tre garantiti da pegno e uno chirografo, cioè privo di garanzie, si imputa al chirografo).
- Se vi sono debiti ugualmente garantiti, si imputa al *più oneroso per il debitore*, cioè quello verosimilmente di maggior importo.
- Se vi sono più debiti ugualmente onerosi, si imputa a quello *più risalente nel tempo*, al più antico.
- Se non si riesce a stabilire nemmeno questo perché non hanno data certa, il legislatore introduce un *criterio di proporzionalità*, per cui l'imputazione in via residuale si fa in proporzione a tutti i debiti esistenti.

Dal corretto adempimento, l'analisi si sposta alla patologia del rapporto, esplorando la natura e le limitazioni della responsabilità del debitore.

L'Inadempimento e la Nullità dei Patti di Esonero (Art. 1229)

Vediamo il problema dell'*inadempimento*, che presenta delle caratteristiche simili all'atto fisiologico, quindi è un fatto oggettivo che deve essere provato in giudizio, ma è anche connotato a livello soggettivo. La conseguenza dell'inadempimento è la *responsabilità del debitore*: quando parliamo di responsabilità intendiamo il sorgere di un'*obbligazione risarcitoria per equivalente monetario*, cioè un risarcimento che va a tacitare in via indiretta l'interesse creditorio.

Quando questa responsabilità viene esclusa o limitata nel *quantum*? Lo possono fare le parti attraverso un patto limitativo della responsabilità debitoria, *salvo che però questo patto è nullo*, cioè improduttivo di effetti, *se prevede l'esclusione di responsabilità a carico del debitore nei casi di inadempimento doloso (cioè volontario) o gravemente colposo*. Qual è la *ratio* di questo divieto? È quella di evitare di svuotare il rapporto obbligatorio, perché se consentiamo al debitore di non adempiere volontariamente facendoci scudo del patto, l'obbligazione perderebbe ogni vincolo e ogni significato. È un divieto contrario a buona fede, al buon costume e a tutte queste clausole generali.

Un altro caso di nullità è quello dell'*inadempimento lesivo dell'ordine pubblico*, cioè dei valori costituzionali alla persona: un patto con cui creditore e debitore si accordano per escludere i danni nel caso in cui, per esempio, un elettrodomestico difettoso mi esploda in mano cagionandomi la morte, sarebbe nullo perché contrario all'ordine pubblico.

L'Inadempimento Colposo, Totale o Parziale, e le Prestazioni Gratuite (Per i 30 e lode)

Ciò che rileva più spesso è l'*inadempimento colposo*, cioè quando il debitore non ha adempiuto per negligenza, oppure nelle obbligazioni professionali ha violato le regole di perizia (le famose linee guida per il medico, o il codice di procedura per l'avvocato). Per diventare imputabile al debitore ed esporlo a responsabilità risarcitoria, l'inadempimento deve essere quantomeno colposo, denotando che il debitore non ha adottato la diligenza media o quella massima.

L'inadempimento può essere:

- *Totale o parziale.*
- *Definitivo*: quando la prestazione non è più possibile o il creditore non ha più interesse a riceverla (come l'abito da sposa consegnato dopo il matrimonio).
- *Relativo*: il cosiddetto ritardo o mora, in cui la prestazione è ancora possibile e il creditore ha ancora interesse.

Di un'altra cosa dobbiamo tenere conto: se la prestazione è onerosa o gratuita. Se io voglio donare un bene, agisco con l'*animus donandi* (per spirito di liberalità) e la gratuità della prestazione è vista dal legislatore con minore rigore rispetto alla prestazione onerosa. Se io donante o comodante commetto un inadempimento, siccome sto eseguendo una prestazione per me gratuita, la mia responsabilità è valutata in maniera meno rigorosa e il *quantum* risarcitorio sarà meno elevato rispetto a chi agisce per un corrispettivo (come il locatario). Questo è *per i 30 e lode*: la misura della responsabilità è *più contenuta nelle prestazioni gratuite*, salvo che non si vada a ledere gli interessi fondamentali della persona (se do un bene in comodato e questo mi uccide scoppiandomi in mano, ha voglia a dire che era gratuito, devi risarcire il danno pieno agli eredi!).

Il grado di responsabilità può variare radicalmente, svincolandosi del tutto dall'elemento della colpa.

La Responsabilità Oggettiva (*Strict Liability*) e Paraoggettiva (*Culpa in Eligendo/Vigilando*)

Esistono le cosiddette *responsabilità senza colpa*, che gli anglosassoni chiamano *strict liability*, in cui la colpa non rileva e io rispondo per il semplice fatto di aver commesso un inadempimento, sia esso oneroso, gratuito o colposo.

Un classico caso è il **contratto di trasporto**: se l'autista ATAC frena bruscamente e i passeggeri cadono, c'è colpa per violazione del codice della strada, ma il vettore risponde anche senza colpa (se per esempio la persona cade sul bus senza incidenti esterni, o se io scivolo in un supermercato o su un marciapiede del Comune). Oppure ci sono le **responsabilità da posizione**: se sono datore di lavoro, rispondo degli inadempimenti dei miei preposti perché occupo quella posizione.

Come ci accorgiamo che la responsabilità è oggettiva? Perché la norma fa riferimento al **caso fortuito e alla forza maggiore**. Il caso fortuito è un evento naturale e involontario, del tutto imprevedibile; la forza maggiore è una situazione analoga, un evento non controllabile che il debitore non ha avuto la forza di dominare. Quando nelle norme troviamo "**salvo la prova del caso fortuito o della forza maggiore**", si accende la spia della responsabilità oggettiva, perché queste sono le uniche cause liberatorie estreme.

Se invece l'illecito è stato commesso dai miei ausiliari, posso dimostrare l'assenza, dicevano i latini, di una forma particolare di colpa: la **culpa in eligendo** (colpa nello scegliere dipendenti incapaci) e la **culpa in vigilando** (colpa nel non aver vigilato bene sui loro comportamenti). Questa è una forma di **responsabilità paraoggettiva**, o per colpa presunta, e l'unico modo per esonerarmi è dimostrare di aver scelto bene e di aver vigilato bene, superando la presunzione posta dal legislatore.

Definiti i criteri di imputazione, occorre comprendere quali danni siano concretamente risarcibili e come si liquidano.

Il Risarcimento del Danno: Emergente, Lucro Cessante e Danno Prevedibile

Se accertiamo la responsabilità e non ci sono prove liberatorie, il giudice dovrà accordare un risarcimento, che sarà ovviamente maggiore in caso di inadempimento assoluto rispetto a quello relativo. Questo risarcimento dovrà coprire sia il **danno emergente** (il danno diretto al patrimonio) sia il **lucro cessante**, il cosiddetto **danno da perdita di chance**, che è un bene giuridico riconosciuto che va risarcito se mi ha fatto perdere occasioni di guadagno o se non ho guadagnato ciò che potevo guadagnare. Vengono risarcite anche le **lesioni di interessi essenziali e non patrimoniali** (il danno da vacanza rovinata) e spesso le vittime non sono solo i diretti interessati, ma anche le **secondary victims** (le vittime secondarie, come gli eredi per l'uccisione del congiunto).

Attenzione, questa è una **regola fondamentale che farà la differenza con la responsabilità extracontrattuale**: viene risarcito **solo il danno prevedibile** al momento in cui è sorta l'obbligazione! Il giudice, nella responsabilità contrattuale, non potrà risarcire conseguenze imprevedibili. Invece, nella **responsabilità extracontrattuale (da fatto illecito) si risarciscono anche le conseguenze imprevedibili**: se io investo per strada un pedone che si rivela essere un pianista affermato o un calciatore, pur non potendo io prevedere questa sua qualifica, dovrò comunque risarcirgli tutti i danni, inclusi gli ingaggi

persi per un anno! Così non è nella contrattuale, dove il creditore ha diritto solo al danno che poteva ragionevolmente prevedere alla nascita dell'obbligazione.

Il termine di **prescrizione** per chiedere i danni da responsabilità contrattuale è **decennale** (10 anni dall'inadempimento). Vi ricordo, per mitigare il risarcimento, l'eccezione di gratuità della prestazione e il **concorso di colpa** (art. 1227 sul principio di autoresponsabilità), per cui se il creditore ha contribuito ad aggravare le conseguenze dannose, il risarcimento andrà percentualmente ridotto per equità.

Passiamo ora alla disciplina del ritardo qualificato, quando la prestazione è ancora possibile.

La Mora del Debitore: *Ex Persona* ed *Ex Re*

Andiamo alla **domanda d'esame sulla mora del debitore** e la mora del creditore, cioè all'inadempimento relativo in cui il debito è scaduto, il debitore è in ritardo ma la prestazione è ancora possibile e il creditore ne ha interesse. Come si fa a mettere in mora il debitore? Il debitore deve essere in una situazione oggettiva di ritardo, il ritardo deve essere imputabile (colpevole, senza forza maggiore) e occorre un **atto di impulso**: il creditore deve notificare la cosiddetta **diffida ad adempiere**, che diventa l'atto di costituzione in mora. È un atto recettizio (produce effetti quando giunge a conoscenza del destinatario) scritto che non richiede formule sacramentali, ma deve manifestare chiaramente l'intenzione di costituire in mora il debitore per il suo ritardo colpevole, potendosi addirittura giungere alla costituzione in mora direttamente con la domanda giudiziale processuale.

Un principio fondamentale è che il debito, per poter costituire in mora il debitore, deve essere **liquido**, cioè determinato nel suo ammontare, perché *in liquidis non fit mora*. Dobbiamo poi distinguere la **mora ex persona** (quella appena vista per atto di impulso) dai tre casi particolari di **mora ex re**, detta anche **mora automatica**, in cui il debitore è in mora senza necessità di intimazione:

1. Quando il debitore **ha dichiarato per iscritto** di non voler adempiere.
2. Nelle obbligazioni di **risarcire il danno in via extracontrattuale** (da fatto illecito, dal momento stesso del sinistro si è in mora).
3. Quando l'obbligazione è **liquida e portable**, cioè pecuniaria da eseguirsi al domicilio del creditore alla scadenza.

Gli Effetti della Mora: *Perpetuatio Obligationis* e Interessi Moratori

Qual è la conseguenza della *mora debendi*? È la cosiddetta **perpetuatio obligationis**, cioè il passaggio del rischio. Vuol dire che, una volta che il debitore è costituito in mora, qualora sopravvenga un'impossibilità totale della prestazione non a lui imputabile, egli (come eccezione alla regola generale) **non si libera dall'obbligazione!** Il passaggio del rischio lo espone a responsabilità e dovrà

risarcire comunque i danni al creditore. La costituzione in mora neutralizza gli effetti liberatori dell'impossibilità sopravvenuta totale. L'altro effetto riguarda le sole obbligazioni pecuniarie, in cui il debitore in mora dovrà iniziare a corrispondere gli *interessi moratori* (una sorta di pena privata e sanzione per non aver adempiuto in termine), calcolati al tasso legale o al tasso convenzionale pattuito, senza togliere il diritto del creditore di provare e chiedere un ulteriore maggior danno.

Per prevenire liti sulla quantificazione di questi danni, l'ordinamento offre uno strumento preventivo.

La Clausola Penale

Al fine di evitare di andare dal giudice per far liquidare questo danno, le parti possono stipulare un patto che *noi chiediamo in sede d'esame*, che si chiama *clausola penale*. È un patto (spesso inserito nel contratto) con cui le parti si accordano in anteprima per quantificare forfettariamente il danno in ipotesi di inadempimento. Questo non toglie il diritto del creditore di agire per far accertare l'inadempimento colpevole o per chiedere il maggior danno a condizione che lo provi. Inoltre, una *penale manifestamente sproporzionata* rispetto agli interessi delle parti può essere *ridotta d'ufficio dal giudice*, ricondotta cioè ad equità senza bisogno di un'istanza di parte.

Vi è però una categoria di obbligazioni che sfugge concettualmente al meccanismo della mora.

Le Obbligazioni Negative (Domanda da 30 e lode)

Le *obbligazioni negative, domanda da 30 e lode*, sono obbligazioni di *non fare*. La mora si può applicare in caso di obbligazione negativa? A rigor di logica no, perché se io tengo il comportamento vietato *sono già inadempiente in senso assoluto* (non è un ritardo), mentre se mi attengo al non fare sono adempiente. Delle due l'una: non è data la possibilità di un ritardo. Inoltre, *per i 30 e lode*, qual è la particolarità probatoria? Il creditore *deve provare al giudice che il nostro debitore ha contravvenuto al divieto assunto* (provando un fatto positivo), mentre se il debitore vuole andare esente da responsabilità dovrà provare di aver rispettato quel divieto o che la violazione è dipesa da un fattore a lui non governabile, il che è difficilissimo.

Chiudiamo la lezione affrontando la prospettiva opposta: quando è il creditore a frapportare ostacoli all'esecuzione.

La Mora del Creditore (*Mora Credendi*) e il Procedimento di Liberazione

Andiamo all'*altra domanda d'esame: la mora del creditore*. Qui è l'inverso, il debitore vuole adempiere ma il creditore non glielo consente (pensate

alla serrata, quando l'imprenditore non apre i locali impedendo al dipendente di lavorare). La mora del creditore si configura tutte le volte in cui il creditore, senza una legittima giustificazione, **non coopera all'adempimento**.

Il legislatore ha dettato un vero e proprio **procedimento** (una concatenazione di atti mirata a un effetto giuridico) per costituire in mora il creditore. Il primo anello è l'**offerta della prestazione dovuta**, che si differenzia in:

- **Offerta Solenne Reale**: È formale, fatta attraverso un pubblico ufficiale o un notaio, recandosi presso il domicilio del creditore. Si applica alle obbligazioni *portables* (pecuniarie o di cose mobili da consegnare al domicilio), offrendo materialmente il denaro o le chiavi.
- **Offerta Solenne per Intimazione**: Si applica quando l'obbligazione è *querable* (da eseguire in luogo diverso dal domicilio, come la consegna di un immobile o una prestazione di fare). L'ufficiale giudiziario intima e notifica al creditore di recarsi in un certo luogo e tempo per ricevere la prestazione.
- **Offerta secondo gli usi**: Un'offerta deformalizzata secondo gli usi locali, senza forme particolari.

Una volta fatte queste offerte valide, se il creditore continua a non accettare la prestazione, si passa allo step successivo: il **deposito**. Il bene viene depositato presso un istituto di credito (se denaro) o consegnato a un sequestratario (se è un immobile, con spese di amministrazione a carico del creditore). Terzo step, se il creditore continua a non accettare, si fa un **giudizio di convalida**, in cui il giudice esamina la regolarità del procedimento e convalida la mora.

Quali sono gli **effetti della mora del creditore**?

1. La **liberazione del debitore** una volta seguiti validamente questi step (offerta, deposito e convalida).
2. **Il passaggio del rischio al creditore**: se la prestazione diventa impossibile, il creditore se ne piange le conseguenze ed è a suo carico il rischio per il perimento della cosa (sia che si tratti di un immobile in sequestro, sia per le obbligazioni generiche). In fase fisiologica il rischio è a carico del debitore, ma con la mora credenti **passa legalmente al creditore**.

5.6 Lezione 21 - La Garanzia Patrimoniale, le Azioni a Tutela e le Obbligazioni ex lege

Il Ripasso: Garanzie e Responsabilità

Allora, dunque, oggi abbiamo concluso il discorso sull'inadempimento, la responsabilità contrattuale e le obbligazioni negative. Abbiamo visto nella scorsa lezione il principio della *par condicio creditorum*, le **cause legittime di prelazione** (i privilegi, il pegno in tutte le sue potenziali manifestazioni, come il pegno rotativo e non possessorio o su cose future), e abbiamo visto l'**ipoteca** con

questa pubblicità costitutiva, il grado, gli accordi di postergazione del grado, le vicende che attengono all'ipoteca e la figura del *terzo datore di ipoteca* che poi si surroga dopo aver pagato il debito o rilasciato il bene.

Oggi dobbiamo parlare di due argomenti che sono la *garanzia patrimoniale* e le due azioni giudiziarie a tutela della garanzia patrimoniale, cioè l'*azione surrogatoria* e l'*azione revocatoria*, con un cenno anche al sequestro. Poi, nella seconda parte, parleremo delle figure di *obbligazioni nascenti dalla legge*, quindi la gestione di affari altrui, l'indebito e l'azione 2041 di ingiustificato arricchimento, nonché degli *atti unilaterali* (ricognizione di debito, promessa di pagamento e promessa al pubblico), in maniera che poi lunedì spero di farvi tutta la carrellata sulla responsabilità civile extracontrattuale, per poi iniziare l'ultimo corno del corso con la disciplina generale del contratto.

La Garanzia Patrimoniale (Art. 2740) e le Masse Separate (Per i 30 e lode)

La norma centrale del Libro Sesto è l'*articolo 2740*, per cui il debitore risponde dei suoi debiti con *tutti i suoi beni presenti e futuri*, una garanzia patrimoniale sul cui il creditore potrà soddisfarsi passando prima attraverso il processo di cognizione (ottenendo una sentenza di condanna) e poi passando al processo esecutivo, fermo restando che se su questi beni insiste una garanzia reale, il creditore garantito avrà priorità rispetto ai creditori meramente chirografari. Questo ci fa comprendere quanto sia importante per il creditore *mantenere il più possibile intatta questa garanzia* nella fisiologia del rapporto obbligatorio.

Dobbiamo peraltro ricordare che i patti limitativi della responsabilità debitoria (cioè dei danni da inadempimento) sono invalidi in caso di dolo o colpa grave, ma il legislatore fa riferimento anche ai cosiddetti *patti limitativi della garanzia patrimoniale*: si tratta di accordi, *per il 30 e lode*, con i quali il debitore si accorda con un altro soggetto nel senso di *sottrarre determinati beni alla garanzia patrimoniale*, creando un patrimonio destinato alla soddisfazione solo di determinati creditori.

Oramai voi siete esperti in questo corso di livello tutt'altro che istituzionale, perché abbiamo parlato del quarto effetto, l'*effetto di segregazione o separazione*: è possibile creare delle *masse patrimoniali separate* (come con le fondazioni) destinate al soddisfacimento di vie preferenziali, ma il principio dell'art. 2740 è che questi patti limitativi della garanzia sono ammissibili *soltanto se previsti dal legislatore per il principio di legalità*. Così è possibile l'*atto di destinazione*, oppure il *fondo patrimoniale* che io chiedo in sede d'esame (un fondo che i coniugi separano dal loro patrimonio per far fronte ai bisogni della famiglia, su cui potranno rivalersi solo i creditori per obbligazioni assunte nell'interesse familiare), oppure i patrimoni destinati a uno specifico affare nel diritto societario.

Fatta questa premessa sulla garanzia, vediamo come il creditore può difendersi qualora il debitore sia inerte.

L'Azione Surrogatoria e i Limiti ai Diritti Esercitabili (Per i 30 e lode)

La garanzia si protegge anzitutto dall'*inerzia e dalla trascuratezza del debitore*, nei cui casi il creditore può esperire l'*azione surrogatoria*, dove surrogare vuol dire sostituirsi: a fronte di un debitore che rimane inerte nell'esercizio dei suoi diritti che potrebbero accrescere il suo patrimonio (per esempio non riscuote le pigioni e i canoni di locazione), *interviene il creditore che si surroga*, esercitando processualmente quegli atti volti a incrementare la garanzia patrimoniale. Nel giudizio di surrogazione *deve essere presente anche il debitore inerte*, parlandosi di *litisconsorzio necessario*.

Questa inerzia deve cagionare un *pregiudizio oggettivo* al creditore, cioè un rischio che il patrimonio diventi insufficiente qualora il creditore avviasse l'espropriazione, ma vi invito a considerare questo pregiudizio in termini non assoluti ma relativi: se io sono Onassis o Berlusconi ho un patrimonio infinito, quindi poco mi importa che non riscuoto i canoni di affitto, ma se sono un poveraccio che campa solo di quello, il pregiudizio si fa stringente.

Inoltre, il diritto non esercitato *deve avere carattere patrimoniale*, non essendo la surrogazione ammessa per i diritti della personalità o per quei *crediti strettamente personali*, come l'*obbligazione degli alimenti* che io chiedo *ai 30 e lode*: se io sono in uno stato di bisogno, i miei parenti più stretti hanno l'obbligo legale di alimentarmi, ma questa obbligazione *non può essere oggetto di surrogazione perché è un credito strettamente personale e incedibile!*

Il creditore che agisce in surrogatoria *non può compiere atti dispositivi* (come rinunciare al credito o transigere accontentandosi di un credito minore), ma può solo richiederne l'adempimento; qual è allora l'effetto della sentenza di surrogazione? È un *effetto generale*, nel senso che l'incremento patrimoniale conseguente all'adempimento va a vantaggio non solo del singolo creditore che ha agito in giudizio, *ma di tutti i creditori*.

Mentre la surrogatoria colpisce l'inerzia, vi è un'azione specifica per colpire il "fare" illegittimo del debitore.

L'Azione Revocatoria (*Eventus Damni, Scientia Fraudis e Participatio Fraudis*)

Andiamo invece a un'*altra domanda d'esame*, dove spesso la scena è veramente muta qua, che è l'*azione revocatoria*. Qui il presupposto è il contrario, cioè non abbiamo un'inerzia, ma abbiamo proprio un *atto dispositivo* con cui il debitore dispone dei suoi beni *diminuendo la sua garanzia patrimoniale* con la finalità di cagionare un danno al creditore, dove il pregiudizio va valutato in termini quantitativi e qualitativi (se vendo un bene a prezzo irrisorio, quella che i latini chiamavano vendita *nummo uno*, è chiaro che l'atto è revocabile). Il creditore può agire in revocatoria quando il credito è certo, liquido ed esigibile, ma anche quando il credito è condizionato (in fase di aspettativa), o è un credito

litigioso contestato in giudizio, purché vi sia un *interesse ad agire* che viene totalmente meno solo quando l'obbligazione è stata adempiuta.

Quali sono i presupposti?

1. Anzitutto un *atto di disposizione* (a titolo oneroso o gratuito) o l'assunzione di un obbligo verso terzi, e persino la costituzione di una garanzia sui propri beni (un pegno o un'ipoteca per sottrarli ai chirografari) è equiparata a un atto a titolo oneroso.
2. Il secondo requisito è il *danno*, quello che i latini chiamavano *eventus damni*, cioè questo atto deve rendere più difficoltosa la soddisfazione del credito creando un pericolo di danno, fermo restando che non è mai un atto revocabile l'adempimento del debito scaduto.
3. Il terzo requisito è la cosiddetta *scientia fraudis* (o *consilium fraudis*), cioè la conoscenza come stato soggettivo in capo al debitore di ledere le ragioni del creditore per salvare i propri beni, elemento non sempre facile da dimostrare in giudizio.

Qui dobbiamo fare una *distinzione fondamentale tra atti a titolo gratuito e atti a titolo oneroso*.

- Se l'atto è a *titolo gratuito* (es. il debitore dona la casa al figlio), *basta dimostrare la scientia fraudis del debitore*, perché il donatario non ha subito alcun sacrificio e nel conflitto il legislatore preferisce chi vuole evitare un danno (il creditore).
- Se invece l'atto è a *titolo oneroso* (una vendita, dove l'acquirente ha subito il sacrificio di pagare un prezzo), il creditore per vincere *deve dimostrare anche la cosiddetta participatio fraudis*, cioè deve dimostrare che *il terzo acquirente fosse d'accordo col debitore* nel frodare le ragioni del creditore.

La Prescrizione dell'Azione, l'Effetto Inopponibile e i Subacquirenti (Per i 30 e lode)

Problema che io chiedo: entro quando si prescrive l'azione revocatoria? (Facciamo come i notai di oggi che hanno detto che la servitù si prescrive in 5 anni invece di 20) *L'azione revocatoria si prescrive in 5 anni che decorrono dal compimento dell'atto revocabile!*

Oppure la domanda che mi fu fatta dal professor Piepoli all'esame 20 anni fa: *quali sono gli effetti dell'accoglimento dell'azione revocatoria?* La risposta che dovette dare è che l'azione revocatoria *non ha un effetto recuperatorio*, cioè il bene non rientra fisicamente nel patrimonio del debitore, ma l'azione ha l'effetto di rendere *inopponibile l'atto al solo creditore agente (inopponibilità relativa)*, cosicché quel bene transitato nella sfera del terzo acquirente *può essere direttamente aggredito ed espropriato dal creditore presso il terzo!* Il terzo che perde il bene potrà poi agire per il risarcimento del danno verso il debitore.

E se il nostro terzo a sua volta dispone del bene verso terzi aventi causa? Qui andiamo sul *30 e lode*: se il *subacquirente* ha acquistato a *titolo gratuito vince sempre il creditore*; se ha acquistato a *titolo oneroso ed è in buona fede* (ignaro della frode consumata nel gradino precedente), il suo acquisto è salvo se si tratta di beni mobili in virtù del possesso vale titolo, mentre per i beni immobili si guarderà alla trascrizione delle domande giudiziarie.

E se il bene nel frattempo è andato *distrutto ed è perito* presso il terzo? Il creditore può agire proponendo una *domanda di risarcimento del danno*, e questa *per i 30 e lode* è una forma di *responsabilità extracontrattuale civile ex art. 2043*. (Recentemente è stata anche introdotta la possibilità per il creditore di espropriare direttamente il bene senza passare per l'azione revocatoria, attivando immediatamente l'esecuzione se si tratta di atti a titolo gratuito su immobili trascritti successivamente al sorgere del credito, ma il debitore espropriato potrà sempre difendersi).

Un cenno veloce al *sequestro*: è un provvedimento del giudice con il quale si raggiunge lo stesso effetto della revocatoria, e insieme ricordiamo il *diritto di ritenzione*, una forma eccezionale di autotutela per cui io porto i vestiti in lavanderia e il lavandaio ha il diritto di trattenere il bene finché non pago.

Esaurito il quadro delle garanzie e delle relative azioni a tutela, il professore passa a illustrare le fonti legali delle obbligazioni.

Le Obbligazioni *ex lege*: Gestione di Affari Altrui (*Negotiorum Gestio*)

Andiamo alle obbligazioni *ex lege*, figure speciali che però possono capitare in sede d'esame. La prima è la *gestione di affare altrui*, che i latini chiamavano *negotiorum gestio*, in cui viene in rilievo il principio di *solidarietà costituzionale*: l'oggetto è il compimento sia di atti giuridicamente rilevanti (assumere obbligazioni) sia di atti materiali (coltivare il fondo) in assenza del titolare che non si oppone. I presupposti sono:

- La consapevolezza di intromettersi nella sfera giuridica altrui.
- La volontà di curare l'interesse altrui.
- La *spontaneità della gestione* (senza incarico o mandato).
- L'inizio di un'utilità patrimoniale per il gestito (l'*utilitas iniziale*).

Quali sono gli *effetti*? Il gestore continuerà la gestione fino a che il *dominus* non possa riprendere i suoi affari, e il gestito dovrà *indennizzare e tenere indenne* il gestore delle obbligazioni assunte in nome proprio ma nell'interesse altrui, rimborsandogli le spese necessarie, *senza che sia previsto un compenso* perché la finalità è meramente solidaristica. Il gestito può far propria una gestione priva di requisiti tramite un atto di ratifica.

L'Indebito Soggettivo e Oggettivo (*Condictio Indebiti*)

L'*indebito* è un'attribuzione patrimoniale priva di una causa o di un titolo che la giustifichi, per cui i latini avevano l'*azione di indebito (condictio indebiti)* che *si prescrive in 10 anni* e ha come effetto la *ripetizione*, cioè la restituzione della prestazione (mentre l'obbligazione naturale, vi ricordo, è irripetibile). L'indebito può essere:

- *Soggettivo* (se ho pagato per *errore scusabile* a un soggetto diverso dal mio vero creditore, salvi i casi di pagamento al creditore apparente, altrimenti potrò solo surrogarmi).
- Oppure *oggettivo*, quando manca proprio l'obbligazione o il contratto è stato dichiarato nullo e devo recuperare quanto pagato.

Per i 30 e lode si pone il problema della ripetibilità del facere: se ho eseguito una prestazione di fare indebita, come faccio a ripetere il *facere* già eseguito? *Non si può recuperare, ma devo ricorrere al risarcimento del danno o all'azione di ingiustificato arricchimento*. Se chi ha ricevuto indebitamente il bene lo vende a terzi, la ripetizione non è possibile, ma se lo dona è possibile chiedere un indennizzo al donatario.

L'Azione di Ingiustificato Arricchimento (Art. 2041)

Questa azione si prescrive anch'essa in 10 anni ed è un'azione a carattere *generale, residuale e sussidiario*, cioè si può esperire *quando non è possibile esperire alcun'altra azione* (come nel caso della ripetizione del *facere*), ma attenzione: questa azione non può aggirare le norme sulla prescrizione, e questo lo sottolineo *per il 30 e lode!* Se l'azione principale si è prescritta, io non posso rimediare usando l'ingiustificato arricchimento. I presupposti sono l'arricchimento di un soggetto, la correlativa diminuzione patrimoniale dell'altro, l'unicità del fatto causativo e l'assenza di giusta causa. Si mira a ottenere un *indennizzo* (debito di valore da rivalutare) che per il *principio di proporzionalità* non può mai superare l'entità dell'arricchimento ottenuto.

In chiusura di lezione, l'attenzione si sposta sulle fonti di obbligazione basate sulla volontà di un solo soggetto.

Gli Atti Unilaterali (Ricognizione di Debito, Promessa di Pagamento e Promessa al Pubblico)

Accanto ai contratti vi sono gli *atti unilaterali ai quali si applica per analogia la disciplina del contratto* ex art. 1324. Si è posto il problema se debbano essere considerati tipici (previsti dal legislatore) o atipici, e la dottrina ammette atti atipici purché abbiano una giustificazione causale meritevole di tutela (es. la funzione di garanzia per costituire un'ipoteca). Però, *la giurisprudenza è orientata in senso negativo per i 30 e lode circa la costituzione di un diritto reale di godimento tramite atto unilaterale.*

La *ricognizione del debito* che io chiedo agli esami: a differenza della promessa di pagamento, la ricognizione (dichiarazione unilaterale con cui riconosco di avere un debito) *non ha effetto costitutivo* di una nuova obbligazione, ma è un negozio di accertamento che ha soltanto, lo chiedo in sede d'esame, un *effetto processuale favorevole*. Si parla *per i 30 e lode di astrazione processuale*, cioè di un'inversione dell'onere della prova: la ricognizione *inchiuda il debitore*, il quale per sottrarsi alla condanna dovrà dimostrare lui il fatto estintivo (es. di aver già pagato) o l'inesistenza del rapporto. Può essere pura (il debitore deve provare l'inesistenza di un qualsiasi rapporto) o titolata (il debitore deve provare l'inesistenza di quel rapporto specifico indicato). Assai simile è la *promessa di pagamento*, che però ha efficacia costitutiva dell'obbligo di pagare oltre a garantire la stessa posizione privilegiata in processo (e, come la ricognizione, interrompe la prescrizione).

Infine, la *promessa al pubblico*: è il famoso foglio che io appendo quando smarrisco il gatto Maia promettendo una ricompensa a chi la trova. Essendo rivolta a un *pubblico indeterminato*, diventa vincolante e fa sorgere l'obbligazione *non appena viene resa pubblica!* La posso revocare soltanto per giusta causa (es. se il gatto è stato trovato) e la revoca deve essere resa pubblica nella stessa forma della promessa, fermo restando che se non è previsto un termine, scade *ex lege* entro un anno.

5.7 Lezione 22 - La Responsabilità Extracontrattuale (Fatto Illecito, Nesso Causale e Danni)

Introduzione alla Responsabilità Extracontrattuale (La *Lex Aquilia*)

Allora, oggi ci dobbiamo occupare dell'altra grande fonte di responsabilità, che è la *responsabilità extracontrattuale o responsabilità civile*, chiamata in varie modalità anche in sede d'esame: responsabilità extracontrattuale (per distinguerla da quella contrattuale derivante dall'inadempimento di un'obbligazione assunta per contratto, di cui inizieremo a parlare domani), oppure responsabilità civile, oppure ancora *responsabilità aquiliana*, che prende il nome dalla *Lex Aquilia* del diritto romano, la legge che disciplinava appunto questa materia.

Le norme di riferimento si trovano nel Libro Quarto, in chiusura. È una norma molto importante che è l'*articolo 2043 del codice civile*, il quale disciplina, nelle norme anche successive fino al 2059 (che riguarda il danno non patrimoniale), l'illecito extracontrattuale e le modalità di risarcimento. Si tratta di un sistema che ritroviamo in tutti gli ordinamenti continentali e di *common law*, dove questo tipo di responsabilità si chiama responsabilità da *tort* (*tort* in inglese vuol dire appunto illecito).

Ogni sistema ha le sue regole: il nostro sistema di responsabilità civile viene mutuato un po' da quello francese e un po' da quello tedesco, specialmente per la distinzione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. È ovvio che nell'economia di una lezione non possiamo scendere in tutti i dettagli, pensate che un tempo nelle facoltà di giurisprudenza si dedicava un intero anno accade-

mico a questo tema, ma vi dirò le cose principali senza essere banali, per cui vi prego di fare attenzione.

Qual è il fondamento da cui scaturisce questo tipo di responsabilità?

Il Fatto Illecito, la Macchina e la Clausola Generale (Art. 2043)

Il presupposto della responsabilità extracontrattuale è la realizzazione di un **atto illecito**. Che cos'è l'atto illecito? È un **atto volontario, posto in essere da un uomo**. Oggi si parla anche di **atto illecito posto in essere dalla macchina**, che uomo non è, e si riflette anche su questo: la macchina che si autoguida in base a un set di programmi (le *self-driving cars*). La macchina è un soggetto giuridico o meno? Se il mio robot aspirapolvere Roomba, che ho acquistato due settimane fa, impazzisce rispetto ai dati del programmatore e rompe una gamba a un mio ospite, chi risponde? Io o il programmatore? Siccome quella macchina non ha un patrimonio con cui rispondere, ne dovrei rispondere io. Ma questo per aprirvi la mente: si parla di "fatto", ma in realtà il fatto illecito è un atto volontario, un comportamento.

Perché si definisce illecito? Voi che avete seguito il corso dovete conoscere la distinzione tra atto lecito e atto meritevole. **L'atto si predica lecito se è conforme alle norme, ai principi e alle clausole generali dell'ordinamento. Quindi un atto che viola una norma è un atto illecito.** La responsabilità extracontrattuale si distingue da quella contrattuale perché questo comportamento **non nasce nella logica del contratto**, ma prescinde dall'esistenza di un contratto: io investo una persona perché non ho rispettato il rosso violando il codice della strada, questa è responsabilità extracontrattuale!

Come è disciplinata? Leggiamo il **2043**: "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*". Sono poche parole che configurano, sul piano del *drafting legislativo*, quella che abbiamo definito una **clausola generale**. Il legislatore aveva due strade: tipizzare tutti i singoli illeciti in un elenco, oppure creare una clausola generale o atipica di responsabilità. Il nostro legislatore ha scelto questa seconda via: non ha imbrigliato l'illecito in un elenco chiuso, ma ha fornito gli elementi per stabilire se un atto illecito sia fonte di obbligazione.

Questa clausola generale impone al giudice e agli avvocati di verificare rigorosamente la presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito.

L'Atto Commissivo, Omissivo e l'Evoluzione del "Danno Ingiusto" (Domanda d'Esame)

Vi posso garantire che il 90% delle cause civili in materia di risarcimento del danno viene respinta perché l'attore non riesce a dimostrare l'esistenza di tutti questi elementi, in particolare il **nesso di causalità**. Un bravo avvocato dovrebbe filtrare le cause e valutare se nel caso concreto tutti gli elementi concorrono in maniera incontrovertibile.

Il primo elemento è l'**atto**, che può essere **commissivo** (una condotta attiva) oppure **omissivo**. Anche il non fare qualcosa, se vi è un obbligo giuridico di farla, configura un illecito: pensate al medico che non si attiene alle linee guida (responsabilità omissiva) o all'omissione di soccorso.

Questo atto deve cagionare un **danno ingiusto**. E qui andiamo a una **domanda d'esame** a cui tengo moltissimo: **che cosa significa il predicato "ingiusto"?** Il concetto di ingiustizia del danno si è evoluto nel tempo.

- **Inizialmente** si riteneva che un danno fosse ingiusto (e quindi risarcibile) **solo se ledeva un diritto soggettivo perfetto**, inteso prevalentemente come il diritto di proprietà o i diritti assoluti, in base alla formula latina *contra ius e non iure*.
- **Con il tempo, la maglia dell'ingiustizia si è ampliata enormemente**: oggi è ingiusto **qualunque danno che viola interessi protetti**, a prescindere che siano diritti soggettivi.

Il primo grande passo è stato riconoscere il danno lesivo dell'interesse esistenziale della persona. Ma l'espansione più grande, **la domanda difficile per i più bravi, è la lesione del credito**: la possibilità di commettere un danno ingiusto violando un diritto di credito. I casi storici sono il caso Meroni e il caso Superga (la squadra del Torino che viaggiava in aereo, muoiono i giocatori in un disastro aereo, e la società calcistica chiede i danni alla compagnia aerea per la lesione del suo diritto di credito verso le prestazioni dei giocatori). Questo dimostra come la lesione di un diritto relativo possa cagionare un danno ingiusto, secondo quella figura che gli anglosassoni chiamano, **per i più bravi, tort of interference** (interferenza nel contratto altrui, o induzione all'inadempimento).

L'ingiustizia si è poi estesa alla lesione del diritto potestativo, dell'aspettativa, degli interessi legittimi nei rapporti con la Pubblica Amministrazione (es. in un concorso pubblico), degli interessi diffusi (il danno ambientale, che prevede la riduzione in pristino e la bonifica) fino ad arrivare alle lesioni delle situazioni di fatto, come la lesione del possesso. **Voglio sapere questa evoluzione all'esame, perché chi non frequenta fa scena muta.**

Accertato il danno ingiusto, occorre stabilire il collegamento materiale e giuridico tra la condotta e l'evento.

Il Nesso di Causalità: Naturale e Giuridica (Per i più bravi)

Un elemento fondamentale su cui spesso si perdono le cause è il **nesso di causalità**, cioè vi deve essere un legame eziologico tra la condotta (l'atto illecito) e l'evento dannoso. La causalità si distingue in:

- **Causalità materiale o naturale**: l'evento A è un antecedente logico dell'evento B (danno evento).

- **Causalità giuridica:** prende in considerazione non solo la modifica della realtà materiale, ma l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma (danno conseguenza).

Ma quando deve essere certa questa causalità? *Per i più bravi, c'è una netta differenza tra civile e penale:*

- Nel **civile** si applica la regola del "**più probabile che non**": se quell'antecedente causale aveva più del 50% di probabilità di determinare l'evento, la causalità sussiste.
- Nel **penale**, invece, il giudice deve condannare **solo se vi è certezza assoluta**, utilizzando la formula "oltre ogni ragionevole dubbio".

La causalità può essere diretta o **indiretta**. L'indiretta coinvolge le vittime che gli anglosassoni chiamano **secondary victims** (vittime secondarie), come gli eredi che chiedono i danni per l'uccisione del congiunto.

Inoltre, dobbiamo ricordare l'**interruzione del nesso causale**. È quel fenomeno per cui la causalità in origine sussiste, ma viene interrotta da un **fattore esterno eccezionale**. Il caso di scuola: io sparo a un soggetto, lui è a terra ferito. Arriva l'ambulanza, lo carica, ma l'ambulanza sbanda, si incendia e il soggetto muore carbonizzato. La morte non l'ho cagionata io per la ferita da arma da fuoco, ma per la grave ustione: il nesso causale della mia condotta si è interrotto.

C'è poi il **concorso di cause** (art. 41 c.p.): se concorrono più cause (es. una malattia pregressa e un'infezione ospedaliera mortale), **basta che una causa abbia contribuito a determinare l'evento per attribuirle l'intera responsabilità causale in solido**. Il concorso servirà solo a ridurre la misura del *quantum* risarcibile, ma la responsabilità resta piena.

Sviscerata la componente oggettiva, l'indagine si sposta sull'atteggiamento psicologico dell'autore del fatto.

L'Elemento Soggettivo (Dolo e Colpa) e le Cause di Giustificazione (Esimenti)

L'evento deve essere caratterizzato dalla volontarietà (dolo) o dalla colpa. La **colpa** si valuta guardando all'uomo medio (il *bonus pater familias*) o alla perizia professionale per il professionista (violazione di leggi, regolamenti, linee guida mediche). Il **dolo** può essere dolo diretto (volontarietà dei fatti) o dolo eventuale (non c'è la volontà specifica dell'evento, ma si accetta consapevolmente il rischio che si verifichi).

Tuttavia, il comportamento non genera risarcimento in due casi principali:

1. **L'atto lecito dannoso:** il legislatore mi consente di compiere un atto che reca un danno (es. l'accesso al fondo altrui, o le vaccinazioni obbligatorie). In questi casi **non è dovuto il risarcimento del danno** (che presuppone l'illecito), ma un indennizzo equitativo.

2. **Le cause di giustificazione (esimenti):** privano l'atto della sua anti-giuridicità. Sono la **legittima difesa** (difesa proporzionata a un'offesa ingiusta e a un pericolo imminente), lo **stato di necessità** (es. sto su una zattera in tempesta e butto a mare un altro passeggero per salvare la mia vita da un pericolo grave e inevitabile), il **consenso dell'avente diritto** (es. l'incontro di boxe, o l'attività sportiva pericolosa dove si accetta il rischio) – fermo restando che **non vale per i diritti indisponibili** come la vita, per cui l'eutanasia o l'omicidio del consenziente restano reati.

Per rispondere del danno, il danneggiante deve avere la **capacità delittuale**, cioè la capacità di comprendere le conseguenze dell'illecito (da non confondere con la capacità di agire). Ma attenzione al principio dell'**actio libera in causa**: se io perdo la lucidità volontariamente (mi drogo o bevo) e poi mi metto alla guida uccidendo una persona, **rispondo pienamente del danno**, perché lo stato di incapacità me lo sono procurato io colpevolmente. Se invece il soggetto è un vero incapace (es. un minore o un malato di mente), il legislatore prevede un'equa indennità determinata dal giudice ex art. 2047.

Mentre la regola generale richiede la prova del dolo o della colpa, in molti casi il legislatore agevola la vittima alleggerendo l'onere probatorio.

Responsabilità Indiretta, per Colpa Presunta e Oggettiva (*Strict Liability*)

Nel nostro ordinamento esistono forme in cui si risponde sulla base del solo nesso di causalità.

- **Responsabilità indiretta per colpa presunta:** I genitori e i maestri rispondono del danno cagionato dall'incapace o dal minore (art. 2048). Possono liberarsi **solo dimostrando di non aver potuto impedire il fatto** (la cosiddetta *culpa in educando* o *culpa in vigilando*).
- **Responsabilità oggettiva (*Strict liability*):** Il caso più netto è la responsabilità dei padroni e committenti (art. 2049), cioè del datore di lavoro per i danni cagionati dal dipendente nell'esercizio delle sue mansioni. Qui **non c'è prova liberatoria**: è una **responsabilità pura per posizione** (rispondi per il solo fatto di avvantaggiarti dell'attività del preposto).

Altre forme quasi oggettive sono l'esercizio di attività pericolose (art. 2050), il danno da cose in custodia o rovina di edificio (art. 2051/2053), o il danno cagionato da animali. In questi casi, per liberarsi, il proprietario **deve provare il caso fortuito**, cioè un evento estraneo, naturale e imprevedibile che esula dalla sua sfera di dominio (prova diabolica).

Se il danno è imputabile a più persone, scatta la **responsabilità solidale** (art. 2055): il danneggiato può chiedere l'intero a uno solo, il quale poi avrà diritto di regresso verso gli altri in base alla gravità della rispettiva colpa (nel dubbio, le colpe si presumono uguali).

Accertata la responsabilità, in quale misura e in quali forme si liquida il danno?

Quantificazione, Concorso di Colpa, *Compensatio* e Danni Punitivi

Il danno si liquida per *equivalente monetario* o in *forma specifica* (ripristinando lo stato di fatto preesistente, come la bonifica ambientale, purché non sia eccessivamente oneroso per il debitore). Se il giudice non riesce a quantificarlo nel suo preciso ammontare, ricorre alla *valutazione equitativa*, valorizzando le circostanze del caso concreto per evitare arbitri.

Il risarcimento può essere ridotto in caso di *concorso di colpa del danneggiato* (art. 1227), per il principio di autoresponsabilità. Inoltre, vige il principio della *compensatio lucri cum damno*: se il danneggiato ha già ricevuto un sussidio o una rendita per quello stesso illecito (es. dall'INAIL), tale somma va detratta dal risarcimento per evitare un ingiustificato arricchimento.

Il principio cardine del nostro ordinamento è quello della compensazione: *il risarcimento deve coprire esattamente la perdita subita, non può superarla. Per il 30 e lode*, per questo motivo in Italia *non sono ammessi i danni punitivi (punitive damages)* tipici del sistema USA, dove il giudice moltiplica il risarcimento (duplicato, triplicato) per colpire le multinazionali con una funzione sanzionatoria e di deterrenza. Da noi i danni non hanno funzione punitiva.

5.8 Lezione 23 - Responsabilità Extracontrattuale, Danno Non Patrimoniale e il Contratto

Le Tre Differenze tra Responsabilità Contrattuale ed Extracontrattuale (Domanda d'Esame)

Sotto il primo profilo, le due forme di responsabilità che adesso vedremo possono concorrere (come accade per esempio nel contratto di trasporto), ma presentano *tre differenze fondamentali*, che è la risposta che dovete darvi agli esami.

La *prima differenza* riguarda l'*onere della prova* (sancito dal 2697 c.c.): chi deve provare il danno per ottenere il risarcimento?

- Se si tratta di un danno da *inadempimento* (responsabilità *contrattuale*), la prova *spetta sul debitore*. Il creditore deve solo *allegare* l'inadempimento. Nelle obbligazioni negative (dove non è configurabile la mora) deve allegare che il divieto assunto è stato violato. Spetta invece al debitore, se vuole andare esente da responsabilità, provare la *non imputabilità* dell'inadempimento (l'assenza di colpa), provando le famose esimenti totali del *caso fortuito e della forza maggiore*.
- Nel caso della responsabilità *extracontrattuale* (es. l'incidente con l'auto), l'onere della prova *spetta sul creditore danneggiato*. È lui che

deve dimostrare tutti gli elementi della clausola di responsabilità (condotta attiva o omissiva, nesso di causalità, dolo o colpa), e dovrà anche quantificare il danno. Il 70% delle cause di danni si perdono proprio perché uno di questi elementi non è provato con certezza (specie il nesso causale).

La **seconda differenza** sta nella **prescrizione**:

- L'azione per **responsabilità contrattuale** (*ex contractu*) si prescrive nel **termine ordinario di 10 anni** dall'inadempimento (come l'indebitito).
- Se si tratta di **responsabilità extracontrattuale**, il termine è più ridotto e il danneggiato deve agire **entro 5 anni dall'illecito**. Vi ricordo però il discorso del seminario sul **danno lungo latente**: i 5 anni decorrono dal momento in cui il soggetto danneggiato ha l'**autocognizione** del danno subito (quando vi è una sfasatura tra la condotta materiale e l'evento).

Il fatto che vi siano due diversi termini di prescrizione è estremamente rilevante nel **concorso di responsabilità**. Queste responsabilità possono concorrere quando esiste un contratto, ma in relazione a esso è commesso anche un atto illecito. Si pensi al **contratto di trasporto di persone** (es. i giocatori che muoiono nel caso Superga e Meroni): se la persona riceve un danno, quel danno può essere riguardato sia come responsabilità contrattuale (il vettore ha violato gli obblighi assunti), sia come atto illecito extracontrattuale lesivo della persona. Il danneggiato **può agire sia in sede contrattuale sia extracontrattuale sfruttando i termini di prescrizione**. Se sono già decorsi 5 anni, non si può più agire in via extracontrattuale, ma si ha ancora tempo per agire in via contrattuale non essendo decorsi i 10 anni. Lo stesso dicasi nella **responsabilità sanitaria**: il paziente ha 10 anni per agire contro la struttura (obbligo di protezione, contratto di ospitalità), ma se vuole agire contro il singolo medico il termine è di 5 anni (extracontrattuale). Se il soggetto muore, il danno potrà essere richiesto dalle **secondary victims** (i parenti) configurando il **danno parentale di natura extracontrattuale** (5 anni). Ovviamente resta il principio di compensazione per cui non vi può essere un arricchimento ingiustificato (il risarcimento non può superare la perdita), fermo restando eccezioni odierne come il *disgorgement*.

(Il professore si accorge di aver dimenticato la terza differenza e torna indietro)

Scusate, perdonatemi, riavvolgiamo il nastro perché avevo detto che le differenze sono tre e ne manca una. La **terza differenza** riguarda la **quantificazione del danno**:

- Nella **responsabilità contrattuale** sono risarcibili **soltanto le conseguenze prevedibili** al momento in cui è sorta l'obbligazione.
- Nel danno **extracontrattuale** sono risarcibili **anche le conseguenze imprevedibili** al momento dell'illecito. Il classico esempio che faccio agli esami è quello in cui investo con la macchina un pianista famoso sconosciuto o un calciatore, rompendogli una gamba: pure se io non potevo

sapere che quel soggetto fosse un pianista ed era del tutto imprevedibile, nella extracontrattuale *devo risarcirgli tutti i danni, compresi i guadagni persi per l'inattività*.

L'Evoluzione del Danno Non Patrimoniale (Art. 2059 c.c.)

Ora parliamo del *danno non patrimoniale*. L'inadempimento può ledere e spesso lede contemporaneamente o un interesse patrimoniale o un interesse non patrimoniale esistenziale, e l'equivoco nasce perché il nostro codice si è ispirato molto al BGB tedesco (il codice civile tedesco del 1900), dove le due tipologie di danno patrimoniale e non patrimoniale sono effettivamente scisse. Recependo quasi acriticamente questa distinzione, il legislatore del '42 introduce l'**Articolo 2059** che disciplina il danno non patrimoniale introducendo di fatto una *riserva di legge*, stabilendo testualmente che *il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*.

Questo ha generato un'evoluzione in tre *step*:

- **Step A (Impostazione tradizionale)**: Inizialmente gli interpreti hanno dato un'interpretazione restrittiva ritenendo che il danno non patrimoniale fosse risarcibile *solo per le ipotesi previste dal codice penale*, cioè le famose conseguenze civili del reato. Pian piano sono intervenute normative speciali come la legge sulla ingiusta detenzione o il danno da privacy. Tuttavia ci si è resi conto ben presto che (*per i 30 e lode*) si era creata la cosiddetta "*gabbia prescrittiva del 2059*", poiché anche nei casi non costituenti reato ci può essere un danno alla persona, come nel *danno da vacanza rovinata* che agli inizi degli anni 2000 i giudici rifiutavano di risarcire in quanto non costituente reato.
- **Step B (Sentenza Mengoni e Danno Esistenziale)**: Nel 1986 interviene la famosa *Sentenza Mengoni della Corte Costituzionale* che introduce per la prima volta il *danno alla salute*, argomentando in base al combinato disposto dell'articolo 32 Cost. più l'articolo 2043, accantonando totalmente il 2059 e riprendendo le norme costituzionali che danno luogo all'ingiustizia del danno per applicarci lo statuto dell'illecito ordinario. Sulla scia di questa sentenza, il civilista professor Cendon conia l'espressione di *danno esistenziale*, dicendo che "non di sola salute vive l'uomo" ma di tutti quei diritti dell'art. 2 Cost. che gli consentono di esercitare le famose attività realizzatrici della persona (l'hobby). *Per i 30 e lode*: si definiva danno esistenziale il danno alle attività e al *facere reddituale* (non dà reddito ma realizzazione personale), fondandolo sul combinato disposto art. 2 Cost. e art. 2043 c.c. (ritenendo il 2059 tacitamente abrogato). Il *danno morale*, inteso come sofferenza interiore impalpabile ("le lacrime"), veniva confinato nel 2059 con funzione residuale e liquidazione equitativa presunta.
- **Step C (L'approdo attuale)**: Nei tempi più recenti la Cassazione *ha rivalutato il 2059* stabilendo che quella riserva di legge va estesa nel

senso di ricomprendere non solo la legge ordinaria, ma *anche i principi e i valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale*. Sicché il danno morale è risarcibile col 2059 unitamente al 2043 in *tutti i casi in cui vi sia la violazione di una norma costituzionale che tutela la persona*. Nel fare ciò la Cassazione individua per escluderli i cosiddetti *danni bagatellari*, cioè quei danni futili che non attingono ad una soglia di significatività tale da meritare il risarcimento perché non comportano una lesione effettiva dei principi costituzionali.

Bene, avendo completato in modo approfondito la responsabilità civile, iniziamo ora con i contratti, che è l'ultimo grande corno del corso, la cui fisiologia e patologia ci contraddistinguono nelle prossime lezioni.

Il Contratto e l'Autonomia Contrattuale

Quando chiedo i contratti agli esami partite a macchinetta recitando l'**articolo 1321**: "Il contratto è *l'accordo* (*pactum*, a struttura bilaterale o plurilaterale) con il quale *due o più parti* (centri minimo di interessi, dove *per i 30 e lode* vedremo il contratto con se stesso e il rapporto unisoggettivo di Puglia) *costituiscono, modificano o estinguono tra loro un rapporto giuridico di natura patrimoniale*".

Questo significa che il contratto produce:

- **Effetti costitutivi** (facendo sorgere obbligazioni di dare, fare o non fare).
- **Effetti modificativi** (che modificano la disciplina di un contratto esistente, il cosiddetto negozio regolamentare).
- **Effetti estintivi** (sciogliendo un precedente contratto tramite il mutuo dissenso).
- Ai quali si aggiunge un **effetto segregativo** (introdotto nel 2006 con l'atto di destinazione per creare patrimoni separati).

Il contratto si fonda sul **principio consensualistico** ed è un **atto volontario i cui effetti devono essere voluti e perseguiti dalle parti**, a differenza degli atti giuridici in senso stretto (come la costituzione in mora) i cui effetti legali si producono anche contro la volontà. Questo ci permette di introdurre la macro-categoria tedesca del **negozio giuridico** (*Negotium*) dove si riconducono tutti gli atti volontari volti a perseguire determinati effetti giuridici, includendo non solo il contratto, ma anche il matrimonio, il testamento (atto *mortis causa* unilaterale) e la promessa di pagamento.

A differenza dei diritti reali che sono un *numerus clausus* e rigidamente tipici, il comparto dei contratti è molto più mobile, trovando fondamento nell'**articolo 1322** che sancisce la cosiddetta **autonomia contrattuale**. Tale autonomia permette alle parti di partorire schemi contrattuali non previsti dal legislatore, i **contratti atipici**, purché la funzione realizzata superi:

- Il *giudizio di liceità* (conforme alle norme dell'ordinamento).
- Il *giudizio di meritevolezza di tutela* (conforme alla piattaforma dei valori costituzionali).

Sulla base di questa atipicità, e per effetto di trascinamento, sono nati tanti contratti importati dal commercio anglosassone, come il *franchising*, il *leasing* e il *factoring*, inizialmente definiti *per i 30 e lode "contratti socialmente tipici"* perché diffusi nella società ma non legalmente tipici, divenuti poi contratti nominati.

Il contratto per essere definito tale deve possedere gli *elementi essenziali indicati dall'articolo 1325*, ovvero l'*accordo, l'oggetto, la causa e la forma*. Fermo restando che l'evoluzione tecnologica ha introdotto quelli che Natalino Irti chiama gli "*scambi senza accordo*", come la macchinetta in cui inserisco la monetina e che mi eroga il prodotto deducendo l'accordo da comportamenti concludenti, fino ad arrivare agli *smart contract* e a scambi dematerializzati e disumanizzati.

A livello di classificazioni, i contratti si distinguono in:

- Contratti a *titolo oneroso* (la vendita) e contratti a *titolo gratuito* (la donazione, le liberalità atipiche).
- Contratti di scambio o *sinallagmatici* (dove dal greco *sinallagma* vi è un nesso di reciprocità delle prestazioni) e contratti *commutativi* (come l'assicurazione, in cui vi è un'incertezza sulla prestazione erogata).
- Contratti *istantanei* e contratti *di durata o a esecuzione periodica/continuativa*, come il contratto di somministrazione della luce o di lavoro.
- La *Quadripartizione fondamentale importantissima in sede d'esame*: contratti a *effetti obbligatori* e contratti a *effetti reali* (come il contratto preliminare), e contratti *consensuali* e contratti *reali* (come il mutuo e il comodato che si perfezionano con la dazione della cosa).

5.9 Lezione 24 - Elementi Essenziali del Contratto: Accordo, Formazione e Contratto Preliminare

Gli Elementi Essenziali del Contratto: L'Accordo e gli "Scambi Disumanizzati"

Iniziamo a parlare degli *elementi essenziali del contratto* (Articolo 1325), che vi ho detto essere l'accordo, l'oggetto, la causa e la forma, dove la forma ovviamente, ci soffermeremo, in alcuni casi è cosiddetta essenziale, cioè necessaria a pena di nullità del contratto. Noi avevamo già introdotto ovviamente il discorso del contratto, quindi oggi iniziamo a parlare dell'accordo.

Parlare di accordo significa anzitutto inquadrarne il concetto, perché col termine contratto ci riferiamo e usiamo il termine come sinonimo non solo di documento contrattuale, ma proprio di **accordo**, di **consenso espresso da almeno due parti** (quindi due centri di interesse contrapposti) che danno luogo, cioè fanno sorgere questo rapporto obbligatorio di cui abbiamo parlato con i quattro effetti, perché abbiamo integrato con gli effetti segregativi.

Che cosa significa l'accordo nella tripartizione che abbiamo visto tra fatti, atti giuridici in senso stretto e atti volontari nella teoria del negozio giuridico? **L'accordo è una fusione di due volontà perfetta**, perché se poi questa fusione è imperfetta scadiamo nella patologia del contratto, come vedremo per esempio nei cosiddetti vizi del consenso. Quindi è necessario che questo accordo si formi in maniera corretta e non perturbata.

Le teorie sull'accordo si dividono sostanzialmente in una teoria oggettiva e una teoria soggettiva, dove ovviamente quella soggettiva fa riferimento alla **volontà psichica delle parti** che inevitabilmente viene espressa dai lati, queste due volontà che si incontrano e si fondono (la teoria dogmatica); ma come accennavo la volta scorsa, oggi l'accordo è molto **oggettivizzato**, nel senso che questa esternazione di volontà avviene, e voi ormai siete avvezzi, in via indiretta o tacitamente per **comportamenti concludenti**, cioè fatti che ove non posti in essere non darebbero luogo all'accordo, e viceversa ove posti in essere danno luogo in maniera inequivocabile al consenso.

Senza considerare che l'ultima frontiera sono i linguaggi che usiamo nei social: ci si è posti il problema se il mettersi d'accordo con il pollice di WhatsApp possa considerarsi un'accettazione e tendenzialmente si è data risposta positiva, fino ad arrivare a quello che autori autorevoli come Natalino Irti hanno definito "**scambi disumanizzati**" o "scambi senza accordo", per riferirsi a quel sistema di scambi come la macchinetta in cui inserite la moneta o il biglietto timbrato della metro, dove state concludendo un contratto di trasporto con la *vending machine*, fino ad arrivare all'ultima frontiera dello *smart contract* che è un contratto (un algoritmo, un software) scritto in linguaggio informatico. *Dalla natura dell'accordo si passa all'importanza di individuare il momento esatto in cui questo si perfeziona.*

La Formazione del Contratto: Proposta, Accettazione e la Regola della Conoscenza

È importante stabilire e individuare il passaggio dalla fase in cui l'accordo ancora non c'è alla fase in cui l'accordo è sorto, perché questo spartiacque determina il discrimine tra la fase cosiddetta **precontrattuale** (nella quale le parti "si annusano", si scambiano informazioni ma l'accordo non c'è) e la **fase contrattuale** vera e propria.

Qui cambia il tipo di responsabilità: nella fase contrattuale, dall'accordo sorge l'obbligazione, per cui da quel momento in poi, dice il legislatore all'articolo 1372 (mettetele tra virgolette queste parole), "**il contratto ha forza di legge**". E perché il legislatore del '42 scrive che il contratto ha forza di legge?

Perché una volta stipulato l'accordo le parti non possono più tornare indietro, se non rispettano il contratto sono inadempienti con tutto ciò che ne consegue in termini di responsabilità contrattuale. Inoltre, stabilire quando e dove l'accordo è sorto serve anche a capire, in caso di controversia internazionale, quale sia la giurisdizione e il giudice competente.

Il legislatore ha dettato al 1326 una serie di regole tecniche per stabilire quando l'accordo si è formato. Dobbiamo partire dal principio che l'accordo è un *atto puntuale* (atto istantaneo, dicono i giuristi), cioè l'accordo si forma in un momento preciso, prima non c'era e dopo c'è. Il procedimento basilico prevede due soggetti che ancora non possiamo definire parti contrattuali, che si chiamano *proponente* da un lato e *oblato* dall'altro (l'oblato è colui che riceve una proposta contrattuale). Questi atti prenegoziali (perché ancora non sono un contratto) devono essere compiuti da persone capaci di agire e sono *atti recettizi*, cioè *producono effetti quando giungono a conoscenza*.

Come diceva Gino Gorla, grande giurista comparatista, la stipulazione del contratto è "un gioco di pesi e contrappesi": il proponente fa la proposta, l'oblato la valuta e ha due strade, o chiude il gioco accettando, oppure lo riapre. L'oblato può ritenere non conforme ai suoi interessi la proposta e fare una *controproposta*; vige infatti *per il 30 e lode il principio di conformità*, cioè l'accettazione deve essere del tutto conforme al contenuto della proposta, altrimenti *un'accettazione non conforme equivale ad una nuova proposta* e il gioco si riapre a parti invertite. L'accettazione deve inoltre pervenire nel termine assegnato, rispettare l'eventuale forma determinata richiesta dal proponente (es. forma scritta) e deve essere completa.

Essendo questi atti recettizi, quando si può dire concluso l'accordo?

- Qui dobbiamo riesumare la regola anglosassone della *mailbox rule* (la regola della cassetta delle lettere), secondo la quale si applicherebbe la teoria della spedizione: nel momento in cui l'accettante spedisce l'accettazione, senza che rilevi se sia giunta a conoscenza, l'accettazione fa sorgere il vincolo.
- Il nostro ordinamento invece sposa il *principio opposto della recettività*, per cui l'accettazione deve giungere nella conoscenza del proponente.

C'è però un problema: il proponente potrebbe fare il furbo e negare opportunisticamente la conoscenza dell'atto per sottrarsi al vincolo! Ecco che il legislatore introduce al 1335 una norma fondamentale: *la presunzione di conoscenza*. Una volta che l'accettazione è giunta presso il domicilio o la sede del proponente, si considera conosciuta, anche se lui non ha aperto la busta. Questo è un principio che vale anche per le notifiche degli atti giudiziari o delle multe (che mio padre, poverino non essendo giurista, prendeva e strappava pensando di annullarle, subendo poi conseguenze peggiori!). Il legislatore parifica la conoscenza legale astratta alla conoscenza effettiva, impedendo comportamenti opportunistici, salva ovviamente la prova contraria (*presunzione relativa*) di

un'impossibilità oggettiva di averne notizia per caso fortuito (es. il postino ha messo la lettera in un'altra cassetta).

Definito il perfezionamento, occorre capire fino a quando le parti possono tirarsi indietro e le relative conseguenze.

La Revoca degli Atti Prenegoziali e l'Atto Lecito Dannoso Precontrattuale

Fino a quando l'accordo non è concluso, l'atto prenegoziale è sempre revocabile. Il proponente può ripensarci finché l'accettazione non è pervenuta al suo domicilio, e l'accettante può revocare l'accettazione (ex art. 1328) ***purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione stessa*** (quindi deve fare una "corsa contro il tempo").

Ma, e qui ***per il 30 e lode apriamo una parentesi***, può succedere che il proponente revochi la proposta tempestivamente, ma l'accettante abbia già iniziato in buona fede ad eseguire il contratto, sostenendo delle spese prima di vedersi recapitare la revoca. In questo caso, l'accettante ha diritto non a un risarcimento del danno, ma ad essere ***indennizzato!*** Parliamo di ***atti leciti dannosi*** (una forma di responsabilità precontrattuale limitata), in cui l'indennizzo è parametrato alle spese sostenute e alle perdite subite (danno emergente e lucro cessante in fase embrionale) per non essersi rivolto a contrattazioni più fruttuose, rievocando in un'ottica di efficientismo economico quella "analisi economica del diritto" degli anglosassoni che però io non condivido appieno, perché fare diritto solo con calcoli e senza valori non è vero diritto nel nostro ordinamento costituzionale.

Il legislatore contempla però anche delle deroghe al procedimento classico, modellate sulle esigenze dei traffici.

La Conclusione mediante Inizio Esecuzione e l'Opzione (Domanda d'esame)

Un altro schema formativo è la ***conclusione del contratto mediante inizio di esecuzione***. Riguarda soprattutto gli scambi tra imprenditori (es. contratto di subfornitura) dove vi è l'esigenza di celerità dello scambio. La deroga sta nel fatto che l'accettazione è tacita: ***l'oblato riceve l'ordine e inizia subito a lavorarlo senza aspettare di inviare un'accettazione formale***. In questo gioco di equilibri, però, l'accettante ha l'onere di ***avvisare il proponente nel più breve tempo possibile*** dell'iniziata esecuzione, altrimenti gli deve un indennizzo (che il codice chiama impropriamente risarcimento) qualora il proponente, ignaro, subisca un pregiudizio. Questo schema si applica anche ai contratti telematici (es. Amazon): il proponente invia l'ordine e il *merchant* inizia direttamente l'esecuzione, spesso tramite un terzo che impacchetta e spedisce (*drop shipping*).

Andiamo a un'altra domanda che ho fatto pure ai notai: la proposta irrevocabile e il patto di opzione.

- La **proposta irrevocabile** è un atto unilaterale (detto "proposta ferma") con cui il proponente si impegna a non revocare la proposta per un determinato termine (es. 15 giorni), dando all'oblato uno *spatium deliberandi* per riflettere in tranquillità.
- Il **patto di opzione**, che io chiedo sempre agli esami, è invece un **vero e proprio accordo (un contratto, spesso a titolo oneroso)** che produce lo stesso effetto della proposta irrevocabile, ma tramite uno schema diverso: io "mi compro" la proposta irrevocabile, pagando il proponente affinché me la tenga ferma.

Quando ero studente non la capivo, e il professor Perlingeri chiese proprio l'opzione a una notaia che oggi esercita e ricordava la scena. Nell'opzione, colui che ha pagato il corrispettivo si trova titolare di un **diritto potestativo** (può decidere di chiudere il contratto accettando o lasciarlo abortire), mentre il proponente si trova in una **posizione di mera soggezione**.

L'analisi degli schemi alternativi prosegue con una fattispecie dogmaticamente raffinatissima.

Il Contratto con Obbligazioni del solo Proponente (Art. 1333) e il Rifiuto Impeditivo (Domanda da 30 e lode)

Altra **domanda d'esame che faccio per i 30 e lode** è lo schema del 1333: il **contratto con obbligazioni a carico del solo proponente**. Come si conclude questo contratto? Anche qui per via tacita, perché l'oblato riceve la proposta ma, non essendo un contratto sinallagmatico (si obbliga solo il proponente), l'oblato non ha nulla da perdere e ottiene solo un ampliamento patrimoniale. Questa posizione di puro vantaggio viene valorizzata: l'oblato può accettare espressamente, ma **se nulla dice, il suo silenzio equivale ad accettazione!**

Per i 30 e lode, questa è l'ipotesi del "**silenzio significativo**". Se nel diritto privato la regola generale è che il silenzio non ha alcuna rilevanza, qui il legislatore gli attribuisce il valore di accettazione perché l'atto non comporta alcun sacrificio.

Tuttavia, siccome vige il principio latino *nemo invitus locupletari potest* (nessuno può arricchirsi contro la sua volontà), l'oblato ha una terza via: può rifiutare espressamente la proposta. Questo rifiuto **per i 30 e lode si chiama "rifiuto impeditivo"**, cioè un atto unilaterale con cui l'oblato rifiuta l'incremento patrimoniale, impedendo a un vantaggio di entrare nel suo patrimonio (diverso dal rifiutare uno svantaggio, che è normale). **Chi vuole il 30 e lode mi deve parlare del rifiuto impeditivo!**

Penultima variante è l'**offerta al pubblico**, da non confondere con la promessa al pubblico (l'avviso del gatto smarrito con ricompensa). L'offerta al pubblico è il classico caso del manichino vestito in vetrina: è un'offerta *in incertam personam* (rivolta a un pubblico indeterminato) che si perfeziona quando un soggetto entra e accetta di comprare. È sempre revocabile, purché la revoca avvenga nella stessa forma della proposta (tolgo il manichino).

Dall'ambito individuale, l'esame si sposta alle dinamiche di mercato e alla contrattazione di massa.

I Contratti Standard e la Tutela dell'Aderente contro lo Squilibrio Normativo

Dobbiamo ricordare i contratti standard con cui si smerciano (come diceva la mia professoressa di economia politica, che diceva sempre "smercio, smercio, smercio") beni e servizi universalmente. Pensate all'Enel o a Trenitalia: non stipulano un contratto individuale negoziato con ciascun utente. L'impresa redige un modulo di **condizioni generali di contratto**, clausole generali valide per la pluralità di soggetti. Qui non parliamo di accettazione ma di **atto di adesione** (contratto unilateralmente predisposto), perché l'aderente, secondo la logica del *take it or leave it*, **non ha potere negoziale**: o prende in blocco o resta senza luce!

Quali sono le regole a tutela dell'aderente?

1. La prima è l'**onere di conoscibilità**: il contratto è efficace a condizione che il predisponente abbia reso le clausole conoscibili (es. pubblicandole sul sito di Trenitalia o con cartelli). Attenzione però (e qui facciamo gli avvocati che trovano cavilli ragionati), se le condizioni sono scritte in maniera così microscopica da non poter essere lette, è come se non ci fossero (la Banca d'Italia impone il neretto per i clienti ignoranti). Se vengono aggiunte a penna clausole al modulo, queste prevalgono su quelle prestampate incompatibili.
2. La seconda tutela riguarda le **clausole squilibranti** (le cosiddette **clausole vessatorie**). Molte condizioni danno più diritti all'impresa e più obblighi all'aderente. Questa tecnica si chiama **squilibrio normativo** (diverso dallo squilibrio economico sul prezzo). Se ci sono clausole che, ad esempio, limitano la facoltà di difendersi dell'aderente, scatta la **tutela della doppia sottoscrizione**. Vi siete mai chiesti perché quando andate alla TIM mettete quattro firme anziché una? Perché dopo la firma generale di adesione, vi chiedono di approvare specificatamente e separatamente quelle clausole squilibranti che giocano a vostro sfavore, con una seconda firma (o terza, o quarta) a tutela formale.

Prima ancora che l'accordo prenda forma, le parti devono però rispettare precisi canoni comportamentali.

La Fase Precontrattuale, il *Clare Loqui* e la Rottura delle Trattative

Nella fase precontrattuale, in cui le parti "si annusano", il 1337 impone di comportarsi secondo **buona fede**. Questa è la buona fede oggettiva (*fair dealing*, correttezza). Comportarsi secondo buona fede significa non fare i furbi e non

nascondere circostanze essenziali. I latini dicevano che le parti hanno un dovere di **clare loqui** (parlarsi chiaramente). Se c'è reticenza (nascondere cose che avrebbero impedito l'accordo), scatta la malafede. Il 1338 prevede il caso specifico in cui una parte non comunica all'altra cause di invalidità del contratto (sempre che non si tratti di cause derivanti da norme imperative, per cui *ignorantia legis non excusat*).

Un altro caso di responsabilità precontrattuale è l'**interruzione brusca (o brutale) delle trattative**: se ho ingenerato un affidamento legittimo nella controparte e all'improvviso recedo senza giustificato motivo, mi espongo a risarcimento. Il danno precontrattuale copre le spese sostenute (danno emergente) e le chance perse (lucro cessante), limitandosi a quello che si chiama **interesse negativo** (l'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili). Come diceva una mia professoressa – vecchia babbiona cattivissima, me la ricordo ancora – la differenza pratica tra interesse positivo (della responsabilità contrattuale) e interesse negativo è molto pragmatica: "si danno meno soldi, il quantum è minore!". *Definito l'accordo e le sue logiche, il professore passa al quarto elemento strutturale.*

La Forma del Contratto e la sua Evoluzione Digitale

Un altro elemento essenziale è la forma, distinguendo tra forma essenziale (**ad substantiam**) e non essenziale (**ad probationem**).

- La forma *ad substantiam* è richiesta a pena di nullità per tutti gli atti che costituiscono, trasferiscono o estinguono diritti reali su beni immobili, che necessitano della **forma scritta rigorosa** (atto pubblico del notaio ai fini della trascrizione).
- La forma *ad probationem* invece non determina la nullità del contratto se manca, ma è necessaria **solo per provare l'esistenza dell'accordo in giudizio** (se non c'è il documento, non si può provare per testimoni).

Dobbiamo anche notare l'evoluzione tecnologica della forma: dal fax, alla mail, fino al documento informatico in PDF con **firma digitale** (firma certa fino a querela di falso), ormai usatissima anche dagli avvocati per le notifiche telematiche. Esiste poi la **forma convenzionale**, quando sono le parti, con un patto sulla forma, a stabilire che i loro futuri contratti dovranno rivestire una certa forma. Infine c'è la **forma indiretta o per relationem**, che richiama la forma di un atto presupposto, tipica del contratto preliminare.

E proprio l'atto presupposto per eccellenza apre uno dei capitoli cardine del diritto privato.

Il Contratto Preliminare, l'Esecuzione in Forma Specifica (Art. 2932) e le Varianti (Domande d'esame dal 18 al 30)

Questa è una *domanda d'esame che può portare dal 18 al 30: il contratto preliminare*. È un contratto che le parti stipulano quando hanno necessità di tempo prima di chiudere l'affare. Il preliminare è un *contratto ad effetti meramente obbligatori*: non trasferisce ancora alcun diritto reale (non trasferisce la proprietà), ma fa sorgere a carico del "promittente venditore" e del "promissario acquirente" l'*obbligo di stipulare il contratto definitivo* entro una certa data. È da non confondere con il volgare "compromesso" (che è in realtà un definitivo che aspetta solo di essere formalizzato dal notaio). Il preliminare richiede la *stessa forma del definitivo* (forma *per relationem*) e deve avere un oggetto già determinato o determinabile, contenendo tutti gli elementi essenziali della futura vendita, altrimenti è nullo per indeterminatezza.

Domanda d'esame: Che succede se il promittente venditore si rifiuta di stipulare il definitivo alla data stabilita? La risposta non è "ha diritto al risarcimento del danno" (che è ovvio). La tutela vera, formidabile e particolarissima nel nostro ordinamento, è l'*esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre (Articolo 2932)*. La parte adempiente può chiedere al giudice una sentenza costitutiva che *tiene luogo del contratto definitivo non stipulato*. Significa che sarà la sentenza del giudice (che viene poi trascritta nei registri immobiliari) a trasferire fisicamente il diritto di proprietà sull'immobile, sostituendosi al consenso mancante della parte ricalci-trante. Questa tutela è possibile solo se non è stata esclusa dalle parti e se il trasferimento è giuridicamente possibile (ad esempio, il giudice non può emettere la sentenza se l'immobile è gravato da abusi edilizi maggiori insanabili).

Per i 30 e lode, analizziamo due figure problematiche create dalla giurisprudenza:

1. *Il preliminare a effetti anticipati*: le parti anticipano alcuni effetti, come l'immissione del promissario acquirente nel godimento dell'immobile (es. per iniziare a ristrutturarlo) e magari il pagamento di una parte del prezzo, prima del definitivo. Ma la Cassazione a Sezioni Unite ha chiarito che il promissario acquirente in questo caso è *un mero detentore, non un possessore!* Non avendo il possesso utile *ad usucapionem*, non può usucapire il bene, e tra le azioni a difesa può esperire l'azione di spoglio ma non quella di manutenzione.
2. *Il preliminare del preliminare*: mutuato dalla dottrina tedesca della Puntuazione (bozze precontrattuali o minute). La giurisprudenza inizialmente diceva che non avesse senso obbligarsi ad obbligarsi, rilegando le bozze alla mera fase precontrattuale. Recentemente, *la Cassazione ha ammesso il preliminare del preliminare, purché non sia una mera ripetizione o un "clone" del primo*. Deve avere una sua concreta utilità e una causa meritevole di tutela (es. fissare intese su punti già raggiunti mentre si continua a negoziare sui restanti), altrimenti è nullo per difetto di causa. Sulla trascrivibilità del preliminare nei registri immobilia-

ri, infine, faremo un rinvio quando studieremo l'istituto della trascrizione e la sua efficacia prenotativa tra promittenti.

5.10 Lezione 26 - Contrattazione Preliminare, Prelazione, Oggetto e Causa del Contratto

Il Contratto Preliminare e l'Esecuzione in Forma Specifica

Facciamo silenzio. Allora, riprendiamo, anche perché abbiamo ora queste due settimane piene. Stavamo parlando dei vincoli alla contrattazione, dopo aver parlato della formazione dell'accordo, con questa problematica fondamentale ai fini dell'esame che è il contratto preliminare. Ricapitolo velocemente perché dobbiamo andare avanti.

Il contratto preliminare è un *contratto ad effetti obbligatori*, il che ci rimanda alla quadripartizione che bisogna conoscere agli esami, cioè la distinzione tra:

- Un *contratto a effetti obbligatori* (che fa sorgere solo obbligazioni, quindi non è idoneo a costituire o trasferire situazioni reali come la proprietà).
- Il *contratto a effetti reali*.

Vi anticipo l'altra differenza fondamentale che è tra:

- *Contratti consensuali* (come la compravendita, che si basano sul principio consensualistico per cui il diritto si trasferisce col semplice consenso).
- *Contratti reali* (come il mutuo, il comodato e il deposito). Nel contratto reale, il contratto *si perfeziona solo con la materiale consegna* del bene.

Queste sono differenze che per i non frequentanti non sono ovviamente mai chiare.

Essendo un contratto a effetti obbligatori (come lo sono i negozi su beni futuri, che è una domanda anch'essa particolare di esame), il preliminare *fa sorgere esclusivamente l'obbligo di stipulare il definitivo* a una data indicata, in cui il promittente venditore e il promissario acquirente si devono presentare dinanzi al notaio per stipulare l'atto pubblico che poi sarà trascritto e produrrà l'effetto reale. Questo serve per prendere tempo, tenendo conto che il preliminare è collegato al definitivo, ma *vive di vita autonoma e può quindi andare incontro alla patologia* del contratto (può risolversi, annullarsi, ecc.). Da non confondersi con il "compromesso" o la "mera formalizzazione", che è già un contratto definitivo che attende solo di essere formalizzato dal notaio.

Il preliminare *non deve essere nullo per indeterminatezza*, quindi deve possedere tutti gli elementi essenziali del definitivo, inclusa la data per il rogito. Se questo termine è "*essenziale*", decorso quel termine una delle parti non ha più interesse all'acquisto. La forma è l'unico aspetto disciplinato dal legislatore,

con la regola della *forma indiretta o per relationem*: il preliminare prende la stessa forma richiesta *ad substantiam* per il definitivo. Vi ricordo che è ammissibile il preliminare di un contratto reale come il mutuo, mentre **non è ammissibile il preliminare di donazione**.

Qual è la tutela? Non mi rispondete semplicemente "risarcimento del danno", perché la tutela è molto più forte: è l'**esecuzione forzata dell'obbligo di contrattare**. La parte può richiedere al giudice una sentenza che **tiene luogo del contratto definitivo non stipulato**, cosicché l'effetto traslativo è prodotto direttamente dalla sentenza che viene poi trascritta nei pubblici registri immobiliari. Ovviamente, questo è possibile se il giudice può trasferire il bene: se ad esempio l'immobile presenta abusi edilizi maggiori insanabili, il definitivo non può essere stipulato e quindi nemmeno il giudice può emettere la sentenza.

A questo punto, il professore alza il livello della trattazione per analizzare due figure complesse elaborate dalla giurisprudenza.

Preliminare a Effetti Anticipati e Preliminare del Preliminare (Per il 30 e lode)

Per il 30 e lode, vediamo alcune figure di preliminare attenzionate dalla giurisprudenza.

1. La prima è il **preliminare a effetti anticipati**. È un contratto a effetti obbligatori con il quale le parti stabiliscono che il promissario acquirente entri subito nel possesso, tra virgolette, del bene (es. per iniziare a ristrutturarlo), pur non essendone ancora proprietario. Poiché vi era un contrasto in giurisprudenza, le Sezioni Unite della Cassazione hanno stabilito che questo promissario acquirente è **qualificabile come un mero detentore**. Che vuol dire questo? Che non ha la *possessio ad usucapionem*, quindi **non può usucapire il bene**, e tra le azioni possessorie può esperire quella di spoglio, ma **non può esperire l'azione di manutenzione** (che è preclusa al detentore).
2. L'altra figura problematica, **sempre per il 30 e lode**, è il **preliminare del preliminare**. Ci si chiede se sia possibile stipulare un contratto che, ancor prima del preliminare vero e proprio, crea un obbligo di contrattare. Nella prassi, i giuristi tedeschi parlano di Puntuazione o minuta (le bozze contrattuali). Questa digressione è importante perché anche nel diritto, non solo in economia, facciamo studi e speculazioni complesse; voglio lasciarvi la consapevolezza di quanto è complesso il mondo giuridico affinché abbiate la responsabilità di quello che fate. Inizialmente la Cassazione aveva detto di no, ritenendo che le bozze appartenessero alla fase precontrattuale (generando solo responsabilità precontrattuale). Recentemente, però, la Cassazione ha **ammesso il preliminare del preliminare valutando il caso concreto**: se in trattative complesse si arriva a bozze estese, queste **possono avere valore vincolante a condizione che il**

secondo preliminare non sia una mera ripetizione del primo. Deve avere una sua concreta utilità, una causa meritevole di tutela; altrimenti il primo difetterebbe di utilità.

Proseguendo sui vincoli negoziali, si delineano le differenze tra le varie fattispecie preparatorie.

Opzione e Prelazione (*Ius Prelationis*) (Domande d'Esame)

Quali sono le differenze con l'opzione e la proposta irrevocabile? La proposta irrevocabile è un atto unilaterale. L'*opzione* è un contratto, spesso a titolo oneroso, che serve a **garantire per via contrattuale una proposta ferma** per un certo periodo, dando all'oblato il diritto potestativo di accettare o meno. Nel preliminare unilaterale abbiamo già un accordo con un obbligo di contrattare a carico di una sola parte; nell'opzione non abbiamo ancora un contratto definitivo, ma solo la possibilità di chiudere il gioco della contrattazione.

Un altro vincolo alla contrattazione che *chiedo in sede d'esame è la prelazione (*Ius Prelationis*)*. La prelazione è il diritto di essere **preferito a parità di condizioni** rispetto a un terzo nella stipulazione di un certo contratto. Mi impegno a trasferire prima al prelazionario e, solo se questo rifiuta, posso trasferire a un terzo a parità di prezzo. Nel momento in cui intendo stipulare il contratto, devo interpellare il prelazionario con un atto unilaterale che si chiama **denuntiatio**. Se il prelazionario rifiuta, sono libero di vendere al terzo. Se non lo faccio, sono **inadempiente**: essendo un patto volontario a titolo oneroso, risponderò verso il prelazionario pretermesso pagandogli il **risarcimento del danno**.

Ma la prelazione assume una forza dirompente quando è posta a presidio di interessi tutelati direttamente dalla legge.

La Prelazione Legale e il Retratto Reale (Domanda da 30 e lode)

Questa prelazione volontaria si distingue dalla **prelazione legale**, che ha la sua fonte nella legge. Ne abbiamo vari casi: la vendita di beni di interesse storico artistico (lo Stato ha 60 giorni per accettare), la prelazione nel diritto agrario (in favore del confinante coltivatore diretto), e la **prelazione ereditaria, che è una domanda da 30 e lode**. Quando si apre la successione, si forma la comunione ereditaria. Se l'erede vuole vendere la sua quota a terzi, deve fare prima la **denuntiatio** agli altri eredi di sangue.

Che succede se non viene rispettata la prelazione legale? L'effetto è molto più pregnante del risarcimento del danno, perché **scatta il meccanismo del retratto reale** (o retratto successorio). È un istituto per il quale **il bene ritorna con effetto automatico e legale nel patrimonio del prelazionario leso!** Il terzo acquirente dovrà restituire il bene e potrà al limite chiedere i danni a chi ha violato la prelazione.

Chiusi i vincoli alla contrattazione, l'analisi si sposta sugli elementi essenziali del contratto, a partire dall'oggetto.

L'Oggetto del Contratto e il Terzo Arbitratore (Domanda da 30 e lode)

Dell'oggetto possiamo dire che deve essere *determinato o determinabile*, possibile di fatto e giuridicamente, e lecito. L'oggetto può essere anche *futuro* (come la vendita di cose future).

Domanda da 30 e lode: se le parti non hanno determinato l'oggetto, può essere determinato da un terzo? La risposta è *positiva*. Questo terzo stimatore si chiama *terzo arbitratore*, che svolge una funzione di arbitraggio. Ma attenzione: la determinazione *non può essere meramente arbitraria*. Le parti devono dare dei criteri di massima, e lui determinerà l'oggetto con "equo apprezzamento". *Se invece le parti danno carta bianca rimettendosi al "mero arbitrio" del terzo, la disposizione è nulla*, salvo che le parti non dimostrino la malafede del terzo (es. si è fatto corrompere).

L'indagine prosegue con l'elemento più dibattuto e sofisticato: la funzione giustificatrice del vincolo.

La Causa: Astratta vs Concreta e i Contratti Misti (Domanda d'esame)

Uno degli elementi essenziali del contratto che *io chiedo agli esami è la causa*. Ogni attribuzione patrimoniale deve avere una ragione giustificatrice nell'ordinamento, altrimenti avremo l'indebito oggettivo. In passato, per i contratti tipizzati, la causa veniva identificata nella "funzione economico-sociale". Ma per i contratti atipici questo non bastava. Piano piano l'asse si è spostato sulla *causa concreta del contratto*, cioè la funzione che il contratto realizza nel caso concreto, che *deve essere lecita e meritevole di tutela*. Questa nozione *si applica anche ai contratti tipici*: se io vendo un'arma a un soggetto affinché ne uccida un altro, la vendita (tipica) ha una causa concreta illecita! Vi ricordo che esistono anche i *contratti astratti*, dove non vi è la cosiddetta *expressio causae* (l'esplicitazione del rapporto fondamentale), come la delegazione non titolata o la ricognizione di debito.

Parliamo ora della causa dei *contratti misti*, che partecipano di più cause tipiche. Pensate alla *vendita nummo uno* (vendita a un solo soldo, cioè a un prezzo irrisorio). Se guardiamo alla causa astratta è una vendita, ma se guardiamo alla causa concreta questa operazione *nasconde una donazione*, cioè realizza una *causa donandi*. I latini parlavano di *mixtum cum donatione*. (Un altro caso è il padre che paga l'immobile per il figlio, realizzando una donazione indiretta tramite espromissione). Quale disciplina si applica al negozio misto? La teoria dell'assorbimento dice di applicare la disciplina del tipo prevalente. Io però *prediligo la teoria della combinazione*, per cui dobbiamo applicare le

discipline di entrambi i tipi che meglio si attagliano al caso concreto. Lo stesso vale per i contratti collegati (negozi pluricausali con funzione unitaria).

Ma l'uso flessibile degli schemi negoziali incontra limiti di ordine pubblico inviolabili.

Il Negozio in Frode alla Legge e la Causa Immorale (Domanda da 30 e lode)

Il *negozio indiretto* è l'utilizzo di uno schema negoziale per raggiungere una finalità diversa, come la cessione del credito per realizzare una funzione di garanzia (*causa cavendi*). Questo piegare la struttura incontra un limite: l'**articolo 1344, la frode alla legge**. Non posso utilizzare uno schema negoziale apparentemente lecito per raggiungere **finalità vietate dalla legge** (es. violare il divieto di patto commissorio o frodare il fisco col fondo patrimoniale). Se si ha la *discovery* del fine fraudolento, **il contratto in frode alla legge è nullo**.

La causa mancante o illecita determina la nullità. Ma **esiste anche la causa immorale, e questa è una domanda da 30 e lode**. Il negozio immorale è un negozio la cui causa è contraria ai *bonos mores* (buoni costumi, la morale costituita che ovviamente cambia col tempo). Cosa determina? Non dà luogo alla classica nullità, ma a una **tutela restitutoria particolarissima**.

Vi farà sorridere, il caso di scuola è il contratto di meretricio con la prostituta. Se l'immoralità è **bilaterale**, si produce la **soluti retentio**: ognuno si tiene la prestazione. Dicevano i latini: **in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis** (a parità di immoralità/turpitudine, è migliore la condizione di chi possiede). Se invece l'immoralità è **unilaterale**, colui che non ha partecipato all'immoralità può ripetere (chiedere la restituzione de) la prestazione.

Da non confondere con l'oggettività della causa è la sfera delle intime ragioni personali dei contraenti.

I Motivi e la loro (Ir)Rilevanza Giuridica

La causa è qualcosa di oggettivo; il **motivo è la ragione psicologica e meramente soggettiva** che mi induce a contrattare (es. compro casa perché mi devo sposare). Proprio perché è una ragione interna, **tendenzialmente i motivi sono giuridicamente irrilevanti**, salvo ipotesi particolari.

Quando diventano rilevanti?

- Nei **contratti**, i motivi rilevano ed eccezionalmente rendono nullo il contratto solo se sono **illeciti, comuni ad entrambe le parti ed esclusivamente determinanti**.
- Nella **donazione** (atto liberale), basta invece che il motivo illecito sia **determinante e sia fatto proprio dal solo donante (unilaterale)** per determinare la nullità.

- Nel *testamento*, se il motivo è *illecito, esclusivo, determinante ed esplicitato nell'atto*, rende la disposizione nulla. Se c'è un *errore sul motivo lecito* (es. ti lascio i beni convinto che sposerai mio figlio, e poi non lo fai), il testamento è *annullabile*.

5.11 Lezione 27 - Interpretazione del Contratto, Elementi Accidentali e Scioglimento

L'Interpretazione del Contratto (Art. 1362 c.c.) e le sue Regole

Allora, oggi concludiamo un po' la parte fisiologica della disciplina del contratto. Dobbiamo parlare anzitutto di un argomento che richiama l'interpretazione delle norme giuridiche, in quanto il contratto, come voi sapete, è un testo scritto e, come vi ho detto sin dall'inizio del corso, *ogni testo scritto deve essere interpretato*. Interpretare il contratto significa individuare il significato delle parole utilizzate dalle parti con la finalità di stabilirne gli intenti. Ieri abbiamo parlato della *causa concreta del contratto*, che risponde alla domanda: "perché le parti hanno stipulato quel contratto e che risultati pratici vogliono raggiungere nell'ordinamento?". Ecco che l'interpretazione diventa dirimente in questa operazione per trovare poi la disciplina applicabile al caso concreto.

Quali sono i *criteri dettati dal legislatore*?

- Il primo criterio, quello base, è il *criterio letterale*: le parole del contratto devono essere interpretate in base al tenore letterale delle parole impiegate dai contraenti.
- Ma come voi sapete, il criterio letterale non è sufficiente. Per cui l'*articolo 1362* stabilisce che le clausole si interpretano "*le une per mezzo delle altre*". Il legislatore sta individuando un criterio ermeneutico che noi già abbiamo studiato: il *criterio sistematico*. Le clausole contrattuali non rappresentano delle monadi a sé stanti, ma vanno interpretate complessivamente per risalire al significato del negozio nel suo complesso.

Accanto a questi criteri base, il legislatore ha dettato due grandi classi di regole: le regole di interpretazione oggettiva e quelle di interpretazione soggettiva.

- Le *regole di interpretazione oggettiva* si riferiscono ai comportamenti delle parti. Il 1362 fa riferimento ai *comportamenti delle parti* sia nella fase delle trattative, sia nella fase della stipulazione, sia nella successiva fase esecutiva. I comportamenti sono rilevanti in tutto il ciclo di vita del contratto e possono corroborarne l'interpretazione.
- Quanto all'*interpretazione soggettiva*, essendo il contratto un atto volontario basato sulla fusione di due volontà, la regola fondamentale è che *bisogna ricostruire questa volontà* (esattamente come nel testamento bisogna ricostruire la volontà del testatore).

Esiste una gerarchia tra questi due criteri? Secondo la dottrina tradizionale, essendo il contratto espressione della volontà, si dovrebbero privilegiare le regole di interpretazione soggettiva, relegando i comportamenti (regole oggettive) a una funzione meramente sussidiaria. Invece, secondo la **posizione più moderna che io condivido**, entrambi i criteri non sono gerarchizzati, ma **si pongono sullo stesso piano**. L'interpretazione è frutto sia della volontà delle parti sia dei loro comportamenti. E se i contratti sono collegati, bisogna guardare alla **funzione unitaria dell'intera operazione economica!**

Il Principio di Conservazione (*Favor Negotii*), la Buona Fede e l'Interpretazione Assiologica

Nell'ambito delle regole oggettive, ricordiamo un principio fondamentale che è il **principio di conservazione del contratto** (che i latini chiamavano ***favor negotii***): se giungiamo a due interpretazioni, l'una che salva il contratto e l'altra che depono per la sua invalidità, dobbiamo preferire la prima. Questo principio è fortissimo nel testamento (***favor testamenti***), perché è un atto irripetibile dopo la morte e va salvato ad ogni costo tramite la sua esecuzione volontaria.

Un altro principio oggettivo è l'interpretazione secondo ***buona fede oggettiva***, cioè secondo ***correttezza***, basata sul significato che impone la correttezza dei comportamenti. Abbiamo poi dei criteri suppletivi: l'interpretazione secondo equità, l'interpretazione evolutiva, e l'interpretazione secondo gli usi e le consuetudini.

Ma alla fine ritorna sempre l'***interpretazione assiologica***: un'interpretazione che privilegia l'attuazione dei valori costituzionali. Se c'è una parte più forte e una parte più debole, come nei contratti standard dove l'impresa predispose il testo, bisogna fare un'interpretazione a favore della parte più debole che i latini chiamavano ***interpretatio contra stipulatorem*** (contro chi ha predisposto unilateralmente il testo contrattuale).

Esaurito il tema dell'interpretazione, passiamo ad esaminare quelle clausole che, pur non essendo necessarie per la validità dell'atto, ne modulano in modo incisivo l'efficacia.

Gli Elementi Accidentali del Contratto: Condizione, Termine e Modo

Vediamo ora gli ***elementi accidentali*** del contratto: condizione, termine e modo. Perché si definiscono accidentali? Perché ***non sono necessari***, la loro mancanza non inficia di nullità il contratto (a differenza della mancanza della causa o della forma ***ad substantiam***). Da questi elementi, però, dipendono gli effetti del contratto.

- Il ***termine*** è un evento ***futuro e certo*** (es. il 1° maggio 2027 o il giorno della mia morte). Può essere iniziale (quando iniziano gli effetti) o finale (quando cessano).

- La **condizione** (o clausola condizionale) subordina l'efficacia del contratto al verificarsi di un **evento futuro e incerto** (es. "ti trasferirò il cellulare se supererai l'esame con 30 e lode"). Può essere **sospensiva** (al verificarsi dell'evento gli effetti iniziano a prodursi) o **risolutiva** (il contratto cessa di produrre effetti). Ci sono poi atti, i cosiddetti **actus legitimi** (come l'accettazione dell'eredità), che **non tollerano** l'apposizione né di termini né di condizioni: o accetti o non accetti. La condizione può essere una **condicio facti** (un fatto futuro incerto) o una **condicio iuris** (stabilita dal legislatore). Può essere casuale (dipende dal caso), volontaria (dipende dalla volontà) o mista.

La Condizione Meramente Potestativa e la Presupposizione (Domande da 30 e lode)

Quella che non è ammessa, e questa è una **domanda da 30 e lode**, è la **condizione meramente potestativa!** Che cos'è? È una condizione il cui avveramento **dipende unicamente dal "mero arbitrio" di una delle parti.**

- Se dipende dalla mera volontà del **creditore** (chi riceve il vantaggio), è **valida.**
- Ma attenzione, **per i 30 e lode**: se la condizione meramente potestativa dipende dal **debitore** (colui che deve assumere l'obbligo, es. "ti pagherò se ne avrò voglia"), la condizione è **nulla e rende nullo l'INTERO contratto!** Perché? Perché subordinò l'assunzione di un obbligo a un evento che io stesso ho la potestà di far avverare o meno: si svuota il vincolo obbligatorio ed è un chiaro conflitto di interessi.

Altra **domanda da 30 e lode: la Presupposizione.** È una creazione della dottrina tedesca e giurisprudenziale. È una "**condizione tacita o inespressa**": le parti non l'hanno scritta nel contratto, ma discende dall'interpretazione secondo buona fede. Il classico esempio è l'affitto di un balcone a Siena per assistere al Palio. Io non lo scrivo nel contratto, ma l'altra parte sa che io affitto solo per quel motivo. Se il Palio viene annullato, **la presupposizione viene meno e il contratto è nullo o può essere risolto.** Per chi vuole il 30 e lode, la presupposizione è lo strumento che riesce a rendere giuridicamente rilevante il **motivo soggettivo** nel contratto!

Ma cosa accade durante il periodo di attesa e, successivamente, quando l'evento si realizza?

Pendenza, Finzione di Avveramento e Retroattività Reale (Per i 30 e lode)

Tra la stipula e l'evento abbiamo la fase della **pendenza.** Chi acquista sotto condizione è titolare di un'aspettativa e può compiere atti conservativi sul

bene. Nella fase di pendenza, le parti devono comportarsi secondo buona fede oggettiva. Se questo non avviene, **per i 30 e lode, scatta la Finzione di avveramento (Fictio)**: se l'avveramento della condizione viene impedito fraudolentemente da chi ha un interesse contrario a farla avverare, **il legislatore sanziona questa scorrettezza considerando la condizione come avverata per finzione!**

Quando l'evento si verifica, si ha l'**avveramento**. Questa efficacia è **retroattiva (ex tunc, da allora)**, sia per la sospensiva che per la risolutiva. **Attenzione per il 30 e lode: questa è una Retroattività Reale!** Non è meramente obbligatoria tra le parti, ma è **opponibile erga omnes**. Se l'alienante, nelle more, ha disposto del bene verso un terzo, il bene viene sottratto al patrimonio del terzo tramite l'effetto del retratto e torna all'acquirente originario sotto condizione!

*(Vi ricordo che la condizione da adempimento/inadempimento è ammessa in giurisprudenza. E vi ricordo infine che se la condizione è **illecita** – es. "ti do la casa se sposerai la signorina" coartando la volontà – o **impossibile**, in un contratto lo rende interamente nullo se sospensiva; nel testamento si ha semplicemente per non apposta, per il principio del favor testamenti).*

L'ultimo degli elementi accidentali è intimamente legato ai negozi a titolo gratuito e alle liberalità.

Il Modo (*Modus* o Onere)

Il **modus** è una limitazione a una disposizione patrimoniale a titolo gratuito (donazione modale o testamento modale). È un **obbligo di dare, fare o non fare**. "Ti dono un milione di euro, ma ti onero dell'obbligo giuridico di costruire una scuola". Attenzione, **non è un corrispettivo**, altrimenti sarebbe un contratto di scambio, ma è una limitazione della liberalità.

Se il modo è illecito o impossibile, si ha per non apposto, salvo che sia stato l'unico motivo determinante della donazione o del testamento. Se l'onere non viene adempiuto, chiunque vi abbia interesse può agire per l'adempimento o, nei casi più gravi, per far **risolvere (caducare) la donazione o la disposizione testamentaria per inadempimento!**

Così come nasce, il vincolo contrattuale può anche essere reciso dalle parti attraverso specifici strumenti giuridici.

La Cessazione degli Effetti: Mutuo Dissenso, Recesso e Disdetta

Il contratto ha forza di legge, ma le parti possono togliergli effetti tramite il **mutuo dissenso**: un contratto simmetrico stipulato per sciogliere il precedente. Prende la stessa forma del contratto principale e ha effetto retroattivo.

Un altro modo è il **diritto di recesso** (recesso unilaterale, quello che i latini chiamavano *ius poenitendi*, il diritto di pentirsi). Può essere legale o convenzionale (patto di recesso, mi compro la facoltà di recedere tramite la caparra penitenziale o multa penitenziale). **Cenno fondamentale per la**

parte debole: Nei contratti dei consumatori esiste il *recesso di protezione*. Se comprate su Amazon o eBay, avete **14 giorni per recedere senza alcuna penale**, restituendo il bene e riavendo il corrispettivo per ritornare sul mercato. Attenzione però: se il contratto ha per oggetto *beni digitali*, e comprate una licenza software e ve la installate, lì non potete più recedere in 14 giorni perché **il contratto si è già esaurito nei suoi effetti!**

Diversa ancora è la *disdetta*, che non scioglie il contratto in corso, ma è l'atto unilaterale con cui impedisco il *rinnovo automatico* (es. nelle locazioni 4+4).

A garanzia e rafforzamento del vincolo, o per forfettizzare i danni da un eventuale inadempimento, il legislatore prevede apposite clausole.

La Clausola Penale e la Caparra Confirmatoria (*Electa una via...*)

La *clausola penale* è una pattuizione con cui le parti *forfettizzano in anticipo il danno da inadempimento*. Il creditore può chiedere il maggior danno se lo ha pattuito e lo prova. **Punto fondamentale d'esame: la penale manifestamente eccessiva può essere ridotta dal giudice anche d'ufficio!** È un modo per riequilibrare lo squilibrio economico senza che la parte lo chieda, a condizione che il contratto abbia avuto almeno un inizio di esecuzione.

Diversa è la *caparra confirmatoria*. Non è il corrispettivo per recedere (caparra penitenziale), ma un *meccanismo di rafforzamento del vincolo*. Io verso del denaro a garanzia del mio adempimento: se adempio, mi viene restituita; se sono inadempiente, l'altra parte la trattiene (o esige il doppio, se inadempiente è chi l'ha ricevuta). **Attenzione al principio latino *Electa una via, altera non datur***: se il creditore decide di trattenere la caparra (o esigere il doppio), **ha fatto la sua scelta e non potrà più tornare indietro chiedendo al giudice l'adempimento forzato del contratto!**

Avviandoci alla conclusione, il professore demolisce il dogma ottocentesco della signoria assoluta della volontà, introducendo il fenomeno dell'integrazione contrattuale.

L'Integrazione del Contratto (Art. 1374) e l'Intangibilità dei Terzi

Negli effetti reali, ricordatevi che il trasferimento della proprietà per i beni generici (es. 100 kg di grano) avviene solo al momento dell'*individuazione* o specificazione.

Nell'Ottocento si diceva che il contratto era la "Signoria della volontà". Oggi questo dogma è in crisi! Le parti non possono fare tutto ciò che vogliono, hanno i limiti di liceità e meritevolezza. Esiste il fenomeno dell'*integrazione del contratto (Articolo 1374)*: gli effetti del contratto non derivano solo dalla volontà delle parti, ma si aprono a *fonti eteroimposte* (dall'esterno) alle quali le parti non possono sottrarsi. Quali sono queste fonti di integrazione? **La legge**

(e oggi tutto il diritto comunitario), gli usi, l'equità e la buona fede integrativa (che fa sorgere gli obblighi di protezione).

Cosa succede se c'è una clausola difforme dalla legge? Si ha il fenomeno della *inserzione e sostituzione automatica di clausole*. Se il prezzo della locazione abitativa è calmierato per legge e io inserisco un canone superiore, la mia clausola è nulla e viene *automaticamente sostituita da quella legale* (effetto eterointegrativo esterno).

Chiudiamo con il *principio di intangibilità delle sfere giuridiche altrui*: il contratto produce effetti solo *inter partes* e non verso i terzi estranei. *Esistono però delle eccezioni rilevantissime, che sono domande d'esame*, come il contratto a favore di terzo o il contratto a danno di terzo. Nella prossima lezione parleremo di queste eccezioni e poi passeremo alla Rappresentanza e al Mandato, per chiudere la fisiologia del contratto e attaccare l'ultimo grande corno: l'invalidità e la patologia del contratto.

6 Capitolo 6 - Diritto di Famiglia: Matrimonio, Filiazione e Nuovi Modelli

6.1 Famiglia Legittima e Famiglia di Fatto

La famiglia, a livello giuridico e costituzionale (Art. 29 Cost.), è definita come una "società naturale", ovvero una formazione sociale avente natura strumentale, all'interno della quale i singoli membri sviluppano la loro personalità. Siamo passati da un vecchio modello "istituzionale" e gerarchico (la famiglia patriarcale del 1865) a un modello che garantisce l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi.

Ma oggi parliamo di *pluralità dei modelli familiari*: accanto alla famiglia legittima, fondata sul negozio giuridico del matrimonio, si è imposta la famiglia di fatto, basata sulle *convivenze more uxorio* (secondo il costume), cioè convivenze ispirate al matrimonio ma non fondate su di esso.

Prima della Legge Cirinnà del 2016, si discuteva su quale disciplina applicare alla famiglia di fatto: la soluzione preferibile in giurisprudenza è stata l'applicazione *non per analogia delle norme sul matrimonio, ma l'applicazione dei principi e delle clausole generali del diritto di famiglia*. Nel 2016 le convivenze di fatto (basate sulla *affectio conjugalis* e su una stabile coabitazione) sono state codificate, introducendo la possibilità di regolarle tramite un *contratto di convivenza* redatto da un notaio o da un legale.

Alla base della famiglia legittima vi è l'istituto del matrimonio, che nel nostro ordinamento civile assume una precisa veste giuridica.

6.2 Il Negozio Matrimoniale

Dal punto di vista del diritto civile, il matrimonio è un *negozio giuridico bilaterale a formazione progressiva*. Si dice "a formazione progressiva"

perché si forma attraverso una concatenazione di atti: la dichiarazione degli sposi e la necessaria dichiarazione dell'ufficiale di stato civile (o del ministro di culto) che li unisce in matrimonio. Da questo atto ha origine il rapporto matrimoniale, destinato a durare per tutta la vita, in quanto il matrimonio *ad tempus* (cioè a tempo o sotto condizione sospensiva) sarebbe ovviamente **nullo**.

Prima di giungere all'altare o in Comune, i futuri sposi attraversano spesso una fase preparatoria, che non è priva di conseguenze giuridiche.

6.3 La Disciplina della Promessa di Matrimonio

La promessa di matrimonio (il fidanzamento ufficiale) è un atto prenegoziale con cui i nubendi promettono di contrarre matrimonio. **Attenzione: il matrimonio è un negozio libero**, quindi la promessa **non obbliga a contrarre matrimonio né è suscettibile di esecuzione forzata**.

Tuttavia, se la promessa viene rotta e infranta senza una giusta causa o un giustificato motivo, scattano degli **obblighi in capo a chi si ritira**:

- Un obbligo restitutorio (restituire le donazioni manuali o regali d'uso, come l'anello).
- Un obbligo risarcitorio **limitato al solo lucro cessante** (es. le spese sostenute per la casa o per l'organizzazione). Non sono risarcibili i danni non patrimoniali.

L'azione per chiedere restituzioni e danni è soggetta a un **brevissimo termine di decadenza di un anno** dal rifiuto di celebrare il matrimonio.

Per poter emettere un valido consenso matrimoniale, i soggetti devono possedere determinati requisiti e non devono incorrere in ostacoli normativi.

6.4 Capacità e Impedimenti

Per contrarre matrimonio servono **requisiti di capacità**: la libertà di stato (non essere già legati da un precedente vincolo), un'età minima di 18 anni (o 16 previa autorizzazione del tribunale), e la capacità di intendere e di volere (capacità naturale e assenza di interdizione). Per le donne precedentemente sposate vige il divieto temporaneo per il decorso dei 300 giorni dallo scioglimento del vincolo (per evitare dubbi sulla paternità di un eventuale nascituro).

Devono inoltre mancare i cosiddetti **impedimenti**, ovvero ostacoli tra i nubendi: vincoli di parentela o affinità, e l'**impedimentum criminis**, che scatta quando un soggetto ha attentato alla vita del coniuge della persona che intende sposare.

L'iter formativo del matrimonio richiede sempre una fase di pubblicità verso la collettività.

6.5 Le Pubblicazioni

Tra le formalità preliminari al matrimonio, sia civile che concordatario, è imprescindibile la fase delle **pubblicazioni**. Per almeno 8 giorni queste devono essere esposte presso la casa comunale o la parrocchia, svolgendo una funzione fondamentale di **pubblicità notizia**. Servono cioè a informare i terzi (i consociati) dell'intenzione dei nubendi, permettendo a chiunque ne abbia interesse e conosca cause ostative di fare opposizione.

Se il negozio matrimoniale difetta di determinati requisiti, il legislatore appresta dei rimedi che vanno dall'inesistenza alla nullità, fino all'annullabilità.

6.6 Invalidità del Matrimonio

Il Codice Civile parla genericamente sotto la rubrica di "nullità", ma in realtà, **domanda d'esame, dobbiamo distinguere:**

- Parliamo di **nullità assoluta, insanabile e imprescrittibile** (azionabile da chiunque ne abbia interesse) nei casi più gravi: assenza di stato libero (bigamia), vincoli di parentela stretta e *impedimentum criminis*.
- Parliamo invece di **annullabilità** (quindi sanabile) per difetto di età, interdizione giudiziale e per incapacità naturale.

Nel caso di incapacità naturale (es. sposo ubriaco o sotto sostanze), se dopo il matrimonio vi è stata coabitazione per un anno, scatta la cosiddetta "**coabitazione sanante**" e il matrimonio è fatto salvo. **Domanda per i più bravi:** se il matrimonio dichiarato nullo è stato contratto in buona fede (i coniugi ignoravano i vizi), si ha il **matrimonio putativo**, che **salva gli effetti del matrimonio ex tunc** a favore del coniuge in buona fede e dei figli nati da quell'unione.

Rimanendo nella patologia genetica dell'atto, grande rilevanza assumono le anomalie del processo volitivo.

6.7 Vizi del Consenso e Timore Reverenziale

I vizi che inficiano il consenso matrimoniale determinando l'annullabilità sono l'**errore** (sulla persona o su qualità personali essenziali, es. condanne penali o malattie taciute) e la **violenza** (minaccia psicologica). Attenzione: **a differenza dei contratti, nel matrimonio non rileva il dolo**.

È invece causa di invalidità il **timore reverenziale**, qualora sia di eccezionale gravità e derivi da cause oggettive esterne allo sposo (es. minacce del genitore o di terzi per costringere alle nozze). Anche il **matrimonio simulato** (es. badante che si sposa solo per ottenere lo status e la cittadinanza, escludendo gli obblighi matrimoniali) è impugnabile, ma solo dai coniugi e l'azione decade se vi è stata coabitazione.

Soffermiamoci sulla forma matrimoniale statisticamente più diffusa in Italia.

6.8 Il Matrimonio Canonico e la sua Trascrizione: Effetti nell'Ordinamento Civile

Nel diritto della Chiesa (*Codex Juris Canonici*), il matrimonio è un sacramento indissolubile. Affinché questo matrimonio celebrato in chiesa dal parroco produca effetti anche per lo Stato italiano, deve essere configurato come *matrimonio concordatario*.

Il meccanismo che permette questo passaggio è la *trascrizione, che ha natura costitutiva degli effetti civili*. Il parroco deve curare la trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile entro 5 giorni dalla celebrazione. È ammessa anche la *trascrizione tardiva*, promossa dai coniugi, la quale ha *efficacia retroattiva (ex tunc)* risalendo al momento della celebrazione in chiesa.

Quando il rapporto tra i coniugi si incrina irrimediabilmente, l'ordinamento offre gli strumenti per formalizzare la crisi.

6.9 La Separazione Personale tra Coniugi: Consensuale e Giudiziale

La separazione legale determina la cessazione dell'obbligo di coabitazione e riorganizza il menage familiare, ponendosi come una *fase precaria e transitoria*, superabile con la riconciliazione (comportamento inequivoco e duraturo che ripristina la *affectio familiaris*). Il presupposto unico per ottenerla è l'*intollerabilità nella prosecuzione della convivenza* o il grave pregiudizio per la prole, a prescindere da colpe.

Si divide in due forme:

1. *Separazione Consensuale*: i coniugi sono d'accordo sulle condizioni (mantenimento, affido). Si recano dal giudice che deve omologare l'accordo; *l'omologazione non è pro forma*, il giudice valuta che gli accordi non ledano l'interesse primario dei figli. Esistono oggi anche vie rapide extragiudiziali come la negoziazione assistita dagli avvocati o davanti al sindaco (solo se non ci sono figli minori o trasferimenti patrimoniali).
2. *Separazione Giudiziale*: se c'è forte dissidio, il tribunale, in via contenziosa, interviene per eterodeterminare le condizioni (assegno, collocazione).

Il passaggio successivo, se la crisi è irreversibile, è lo scioglimento definitivo.

6.10 Il Divorzio e il Divorzio Breve

Introdotta nel 1970, il divorzio determina lo *scioglimento degli effetti civili del matrimonio* (mentre per la Chiesa il sacramento rimane indissolubile). Le cause principali sono: la precedente separazione protratta per un certo tempo (oggi ridotto con il *divorzio lampo a 12 o 6 mesi* di separazione ininterrotta),

la condanna penale grave dell'altro coniuge, la rettifica (cambio) di sesso, e l'impotenza *coeundi* o *generandi*.

Con il divorzio può essere fissato un *assegno divorzile*, di natura assistenziale, compensativa e perequativa, per il coniuge economicamente più debole. Questo assegno *cessa automaticamente* se il beneficiario passa a nuove nozze o instaura una nuova stabile convivenza di fatto.

In fase di crisi, la priorità assoluta dell'ordinamento è la tutela della prole.

6.11 L'Affidamento Condiviso

Dal 2006, il legislatore ha ribaltato la vecchia regola dell'affidamento esclusivo alla madre, introducendo come regola aurea l'*affidamento condiviso* (o congiunto). Questo principio impone una turnazione tra padre e madre nella frequentazione e cura del figlio, includendo anche la *tutela del diritto di visita dei nonni* per preservare i legami familiari. L'affidamento esclusivo a un solo genitore è ormai un'ipotesi eccezionale, che il giudice deve motivare specificamente (ad esempio in caso di decadenza dalla responsabilità genitoriale di uno dei due).

Sempre a tutela della prole, va regolamentata la dimora abituale.

6.12 L'Assegnazione della Casa Familiare

I figli hanno il diritto di conservare la continuità del proprio ambiente di vita. Pertanto, la residenza familiare viene assegnata dal giudice *al coniuge collocatario con cui la prole convive*.

Attenzione per i 30 e lode, a che titolo viene assegnata? La giurisprudenza ha fissato il principio per cui *il titolo che caratterizzava il possesso della casa nella fase fisiologica si trasferisce intatto nella patologia*: se era detenuta in locazione o in comodato dal suocero, continuerà ad essere goduta a tale titolo. Il provvedimento di assegnazione crea un *vincolo di destinazione sull'immobile che è opponibile erga omnes tramite la trascrizione nei registri immobiliari*, finché la prole non raggiunge l'indipendenza economica.

Tornando alla fisiologia del matrimonio, esaminiamo il nucleo duro degli obblighi tra coniugi.

6.13 Gli Obblighi Personali (c.dd. del regime primario) che Discendono dal Matrimonio

Dal matrimonio sorgono per i coniugi, in base al principio di assoluta parità morale e giuridica (Art. 143), obblighi primari che sono non solo morali, ma veri e propri *obblighi giuridici incoercibili*. Essi sono:

- Obbligo reciproco di fedeltà (esclusività del rapporto).

- Obbligo di assistenza morale e materiale.
- Obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia.
- Obbligo di coabitazione.

Domanda da 30 e lode: La violazione di questi obblighi (es. l'infedeltà o l'abbandono del tetto coniugale) comporta l'**addebito della separazione**, che fa perdere al coniuge colpevole il diritto al mantenimento (conservando solo eventuali alimenti). Inoltre, per la giurisprudenza della Cassazione, questa violazione integra un illecito civile che genera il diritto a richiedere il risarcimento per il cosiddetto **danno endofamiliare**.

Infine, la dimensione economica della famiglia.

6.14 La Comunione Legale tra Coniugi: Beni, Comunione Convenzionale e Convenzioni

Con la riforma del '75, in mancanza di una scelta diversa, si applica automaticamente il regime della **comunione legale dei beni**. È una comunione a "mani riunite" (non frazionata in quote reali finché è in vita) che assorbe tutti gli acquisti compiuti in costanza di matrimonio.

Sono invece **esclusi e restano beni personali** (Art. 179 c.c., **che chiedo per i 30 e lode**): i beni ricevuti per successione o donazione, i beni di uso strettamente personale, i beni strumentali alla professione (es. la poltrona del dentista), i risarcimenti danni e le pensioni di invalidità, e infine i beni acquistati col prezzo della vendita di un altro bene personale (principio di surrogazione).

I coniugi possono mutare regime patrimoniale (passando alla separazione dei beni o viceversa) tramite un contratto solenne redatto da un notaio, chiamato **convenzione matrimoniale, che va trascritto a pena di inopponibilità ai terzi**. Attraverso questo strumento si può creare la **comunione convenzionale**, il cui scopo è far ricomprendere nella comunione anche beni che normalmente sarebbero personali (salvo alcune eccezioni inderogabili), fermo restando il principio paritario dell'amministrazione e delle quote ideali.

6.15 L'Amministrazione della Comunione Legale

Come si amministrano i beni della comunione? I beni della comunione si amministrano normalmente **disgiuntamente** da parte di entrambi i coniugi. Se si tratta di atti di ordinaria amministrazione, ciascuno dei due coniugi può compierli da solo. Se invece si tratta di **atti di straordinaria amministrazione** (pensate alla vendita di un bene comune), l'amministrazione **deve essere congiuntiva**, non può essere disgiuntiva.

Problema che chiedo agli esami: *che succede se uno dei due coniugi, in barba all'altro coniuge, vende un bene della comunione a un terzo?*

- Se si tratta di un *bene mobile*, questo coniuge dovrà *ricostituire la comunione*: poiché il terzo ha acquistato in buona fede secondo la regola del possesso vale titolo, non potrà riconferire lo stesso bene, ma dovrà conferire alla comunione il suo valore.
- Se invece si tratta di un *bene immobile* venduto senza acquisire il consenso dell'altro coniuge, allora il coniuge il cui consenso non è stato acquisito *potrà agire in annullamento*, quindi potrà fare annullare l'atto di vendita. La peculiarità è che, mentre normalmente il termine di prescrizione per l'annullamento è quinquennale, *qui (ex articolo 184 c.c.) il termine è annuale*, quindi va impugnato entro un anno dalla stipulazione, altrimenti l'atto si salva. Ovviamente, il terzo avrà poi diritto al risarcimento del danno per la lesione del suo interesse.

Questa massa di beni comuni, peraltro, rappresenta la garanzia patrimoniale per i creditori, ma con regole di aggressione molto peculiari.

6.16 I Creditori della Comunione e i Creditori Personali del Coniuge

I beni della comunione rispondono principalmente delle *obbligazioni contratte dai coniugi*, anche se separatamente, *nell'interesse della famiglia*, e di tutte le spese necessarie all'amministrazione di questi beni. Se le obbligazioni sono contratte nell'interesse della famiglia, i creditori possono aggredire i beni della comunione e, se questi non sono sufficienti, possono agire in via sussidiaria sui beni personali di ciascun coniuge nella misura della metà del credito.

Quid iuris invece per i *creditori personali*, cioè quelli che hanno contratto obbligazioni non inerenti la gestione del menage familiare? Questi *devono prima attaccare i beni personali* del debitore. Se questi non sono capienti, *possono aggredire i beni della comunione nei limiti del 50%*, che è esattamente la quota ideale di cui il coniuge dispone sul patrimonio comune.

Cosa accade invece a quei beni che non vengono consumati ma che residuano al momento in cui il vincolo si scioglie?

6.17 La Comunione de Residuo

Quando la comunione si scioglie (per morte, divorzio o separazione legale dei beni), i beni vengono divisi in parti uguali tra moglie e marito o i loro eredi, e questo è un principio inderogabile. Dobbiamo ricordare la cosiddetta *comunione del residuo*. Che cos'è? È data dai risparmi accumulati da entrambi i coniugi in costanza di rapporto. Quindi, la divisione in parti uguali riguarda anche i *redditi tra i coniugi, i risparmi e tutti i frutti derivanti dall'esercizio congiunto dell'impresa* che, se non sono stati consumati e quindi residuano allo scioglimento, vanno divisi in parti uguali.

Le coppie, tuttavia, possono anche decidere di vincolare e segregare una parte del loro patrimonio per tutelare i bisogni primari.

6.18 Il Fondo Patrimoniale

Altra domanda d'esame è quella relativa al fondo patrimoniale. Si tratta di un patrimonio separato e destinato a soddisfare i bisogni della famiglia e della prole. Può essere costituito da uno dei due coniugi, da entrambi o da un terzo (attraverso donazione o testamento). Il fondo patrimoniale deve rivestire la **forma scritta ad substantiam (l'atto pubblico), va trascritto** e può contenere solo beni immobili, mobili registrati e titoli di credito.

La regola fondamentale è che **solo i creditori della famiglia possono aggredire questi beni; i creditori personali non possono aggredirli.** Tuttavia, c'è il **limite della frode ai creditori e al fisco**: è stata ammessa in giurisprudenza la possibilità di dichiarare inefficace il fondo (con azione revocatoria o di simulazione) lì dove si provi che i coniugi vi abbiano artatamente inserito beni per sottrarli all'aggressione di determinati creditori personali, incluso il fisco. Ricordiamo che per la Cassazione i "**bisogni della famiglia**" non vanno intesi in senso restrittivo, ma ricomprendono anche il potenziamento della capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze voluttuarie o con intenti speculativi.

Abbandonando i rapporti tra i coniugi, spostiamo l'attenzione sull'asse portante del nucleo familiare: i figli.

6.19 La Filiazione e lo Status Unico di Figlio (2012)

Con la **legge 219 del 2012** molti problemi antichi sono stati superati. Si tratta in particolar modo del *discrimen* che prima vi era tra figli legittimi (nati in costanza di matrimonio) e figli naturali (nati fuori dal matrimonio). Oggi, con l'introduzione dello **status unico di figlio sancito dall'articolo 315 c.c.**, tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico.

Le differenze, sia in costanza di menage familiare che in sede successoria, **sono venute meno** (ad esempio, è stata abolita la vecchia "facoltà di commutazione" che permetteva ai figli legittimi di estromettere quelli naturali liquidandoli in denaro). Dal 2012 persino i **figli incestuosi** (nati da genitori parenti o affini) possono essere riconosciuti nel superiore interesse del minore, acquisendo diritto al mantenimento e all'istruzione.

Di pari passo con la parificazione dei figli, si è evoluto anche il modo di concepire i poteri dei genitori.

6.20 La Responsabilità Genitoriale

I genitori sono investiti di quella che, **ex articolo 337 bis, si definisce la responsabilità genitoriale.** Si è passati dalla vecchia "patria potestà" alla

"potestà genitoriale", fino all'attuale concetto di responsabilità genitoriale. Si tratta di una situazione di "ufficio di diritto privato" in cui il figlio minore è titolare di un interesse legittimo (un potere di controllo).

I genitori amministrano disgiuntamente i beni del figlio per gli atti di ordinaria amministrazione, ma **congiuntamente per la straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del giudice tutelare** per evitare il conflitto di interessi. Hanno inoltre il diritto di usufrutto legale sui beni dei figli fino alla maggiore età. Quando la responsabilità è mal gestita, trascurando i doveri o abusando dei poteri con grave pregiudizio per il figlio, **il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale**, ordinando persino l'allontanamento dalla casa familiare del genitore violento.

Se l'intervento dei genitori manca o è pregiudizievole, l'ordinamento attiva meccanismi protettivi supplementari.

6.21 La Tutela dei Minori

Fino al compimento del 18^o anno di età, il minore si trova in uno **stato di incapacità legale di agire**. Non potendo compiere validamente atti giuridici (salvo eccezioni come il contratto di lavoro a 15 anni o il matrimonio a 16 anni previa dispensa), il minore necessita di rappresentanti legali (i genitori).

Gli atti compiuti dal minore da solo sono patologici: sono "**atti claudicanti**", annullabili, e il minore stesso potrà chiederne l'annullamento una volta raggiunta la maggiore età se li ritiene pregiudizievoli, a meno che non abbia occultato con dolo (raggiri) la sua minore età. Nel caso in cui entrambi i genitori siano deceduti o decaduti dalla responsabilità genitoriale, **il giudice tutelare nomina un terzo soggetto, il tutore**, che assumerà la rappresentanza legale del minore.

Sul piano formale e processuale, il rapporto di filiazione richiede di essere ancorato a prove certe.

6.22 La Prova della Filiazione e la Prova Ematica

Come viene normalmente provato lo *status* di figlio? Attraverso il **certificato di nascita**, redatto dall'ufficiale di stato civile, che costituisce la prova documentale. Ricordiamo che nella redazione di questo atto, la madre ha un diritto all'oblio e all'anonimato (diritto di non essere nominata).

Al di fuori dell'atto di nascita, il figlio può dimostrare l'affiliazione attraverso una prova di fatto, il **possesso continuo dello stato di fatto**, cioè dimostrare di essere sempre stato trattato, considerato e mantenuto come figlio in ambito sociale e familiare. Se mancano sia l'atto di nascita che il possesso di stato, la prova può essere data con ogni mezzo, e **il mezzo principe è la prova ematica o prova del DNA**. Oggi la Corte Costituzionale ha ammesso direttamente la prova di paternità tramite DNA, superando la vecchia regola che imponeva di dover prima dimostrare l'adulterio o il celamento di gravidanza.

L'ordinamento mette a disposizione strumenti giurisdizionali potenti per rimuovere o rivendicare questo status.

6.23 Le Azioni di Stato: Disconoscimento, Reclamo e Contestazione

Le azioni di stato servono a modificare o accertare giudizialmente il rapporto di filiazione.

- **Azione di disconoscimento della paternità:** il padre presunto (o la madre o il figlio) chiede al giudice di escludere la propria paternità, avvalendosi direttamente della prova del DNA. I termini di decadenza sono molto rigidi: 5 anni dalla nascita per il padre, 6 mesi per la madre, mentre *per il figlio l'azione è imprescrittibile*.
- **Azione di reclamo dello status di figlio:** il figlio agisce per vedersi riconosciuto il proprio *status filiationis* (es. reclamare la propria posizione di figlio legittimo o naturale) dimostrandolo con ogni mezzo di prova. *È imprescrittibile*.
- **Azione di contestazione dello status di figlio:** colui che risulta figlio senza esserlo, o chiunque vi abbia interesse, agisce per rimuovere e contestare questo status. L'azione è *imprescrittibile* e richiede in giudizio la presenza necessaria di entrambi i genitori e del figlio.

Le sfide poste dalla scienza medica hanno costretto il legislatore a disciplinare anche la genesi artificiale della vita.

6.24 La Procreazione Medicalmente Assistita (PMA)

La PMA è stata introdotta dalla Legge 40 del 2004 come rimedio all'infertilità. La fecondazione in vitro è consentita alle coppie unite in matrimonio, ma non alle coppie omosessuali unite civilmente, e si prevede la creazione di un numero massimo di tre embrioni da impiantare. È ammessa la fecondazione omologa (con seme del marito). L'eterologa (con seme di donatore anonimo) non era consentita in Italia, obbligando le coppie a recarsi all'estero, ma oggi la giurisprudenza costituzionale ed europea ha aperto varchi importanti.

Una regola cardine della PMA è il divieto di disconoscimento: una volta che il padre ha prestato il consenso (che è revocabile solo fino alla fecondazione dell'ovulo), se la coppia ricorre all'eterologa, **il padre non può poi pentirsi e disconoscere il figlio!** In questo caso, il principio del *favor filiationis* e l'interesse del bambino **prevalgono in via assoluta sulla veritas sanguinis** (verità biologica).

Tornando all'assistenza economica, la legge impone un estremo cordone di salvataggio a favore dei familiari indigenti.

6.25 L'Obbligazione Alimentare: gli Alimenti dopo la morte del coniuge

L'obbligazione alimentare presuppone uno *stato di bisogno estremo*: l'alimentando non ha proprio i mezzi per sfamarsi e sostenersi. È un'obbligazione *ex lege* (che nasce dalla legge), basata sul dovere costituzionale di solidarietà, sebbene possa nascere anche volontariamente da testamento o contratto. La misura degli alimenti è stabilita dal giudice e segue il *principio di proporzionalità*: si guardano le condizioni economiche dell'obbligato e lo stato di bisogno dell'alimentando, variando nel tempo. È un credito strettamente personale, incedibile e non pignorabile, per il quale *non è mai ammessa l'azione surrogatoria*. Chi sono gli obbligati? Innanzitutto l'eventuale donatario, e poi i parenti più stretti (genitori, figli, fratelli e sorelle).

Domanda per i 30 e lode sugli alimenti post mortem: se un coniuge separato con addebito (che quindi ha perso i diritti successori e il mantenimento) versava in stato di bisogno e percepiva gli alimenti dal *de cuius* mentre questi era in vita, dopo la morte l'obbligazione alimentare non si estingue, ma *si trasforma per il principio di solidarietà post-mortem in un legato ex lege!* Gli eredi dovranno liquidargli un assegno alimentare a carico dell'eredità. Un meccanismo identico si applica a tutela del figlio incestuoso non riconoscibile, che diviene titolare di un assegno vitalizio pari a un legato *ex lege* sull'eredità.

Per adeguare il diritto civile ai mutamenti della società, il 2016 ha segnato un punto di svolta con l'introduzione di nuovi modelli familiari.

6.26 Le Unioni Civili: Doveri e Regime Patrimoniale (2016)

La legge Cirinnà (Legge 76/2016) ha codificato le *unioni civili tra persone dello stesso sesso*. Pur essendo distinte dal negozio matrimoniale, la legge le riconosce come formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo, ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione. L'unione si costituisce tramite una dichiarazione raccolta dall'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, e viene poi iscritta nel registro dello stato civile *senza bisogno di pubblicazioni*.

Valgono gli *stessi impedimenti* del matrimonio (libertà di stato, assenza di vincoli di parentela o *impedimentum criminis*). I doveri che scaturiscono sono mutuati dal regime primario della famiglia (coabitazione, assistenza morale e materiale), con un'unica vistosa eccezione: *non è previsto l'obbligo giuridico di fedeltà*.

Il regime patrimoniale automatico è identico a quello matrimoniale, ovvero la *comunione legale dei beni*. Anche sul piano successorio, alla parte dell'unione civile *spettano gli stessi identici diritti ereditari che la legge attribuisce al coniuge defunto*. Lo scioglimento del vincolo è tuttavia molto più celere: si procede con una dichiarazione (anche disgiunta) presentata all'ufficiale di stato civile, *senza dover passare per la fase transitoria della separazione personale*.

Infine, un inquadramento giuridico è stato dato anche a chi sceglie la convivenza di mero fatto.

6.27 Le Convivenze Registrate (2016)

Sempre la Legge Cirinnà ha formalizzato le **convivenze di fatto**, un tempo chiamate convivenze *more uxorio*. Si applicano a coppie eterosessuali o omosessuali che coabitano stabilmente e sono legate da una reciproca *affectio coniugalis*.

Il convivente superstite **non acquisisce automaticamente i diritti successori** del coniuge o dell'unito civilmente. Tuttavia, la legge gli ha riconosciuto tutele cruciali:

- Il diritto di **subentrare nel contratto di locazione** dell'immobile di residenza in caso di morte dell'altro convivente.
- Il diritto di visita ospedaliera.
- La facoltà di assumere decisioni in materia di salute e *living will* (testamento biologico) per il partner incapace.

I conviventi possono regolamentare i propri rapporti economici (es. scegliendo il regime di comunione legale) stipulando un **contratto di convivenza**. Tale contratto deve rivestire forma scritta (redatto da notaio o avvocato) per poter essere iscritto all'anagrafe e opposto ai terzi, e risulta **nullo** se stipulato in presenza di impedimenti inderogabili (es. un precedente vincolo matrimoniale non sciolto). Il contratto si può risolvere consensualmente o per recesso unilaterale; in quest'ultimo caso, **il giudice può condannare l'ex convivente a corrispondere gli alimenti** qualora l'altro partner si venga a trovare in uno stato di incolpevole bisogno.

7 Capitolo 7 - Delle Successioni: Le 40 Domande Fondamentali

1. La differenza tra erede e legatario e l'*Institutio ex re certa* (Domanda d'esame)

Il fenomeno successorio nasce da un'esigenza molto intuitiva: destinare il proprio patrimonio *post mortem*. La macro-differenza che io chiedo spesso in sede d'esame è quella tra erede e legatario.

- Gli **eredi** sono coloro che succedono, come dicevano i latini, **in universum ius**, quindi nell'intero patrimonio del defunto o in una quota di esso. L'erede **risponde dei pesi e dei debiti ereditari!**
- Il **legatario**, invece, succede su una *res* determinata, cioè su un bene specifico e individuato, e **non risponde dei debiti ereditari**.

Per i 30 e lode, attenzione all'interpretazione del testamento: se il testatore assegna un bene specifico, ma intende assegnarlo come "quota" del suo intero patrimonio (es. "lascio 1/3 a Tizio"), conferisce la qualifica di erede. Questo istituto si chiama **Institutio ex re certa!** Quindi, disporre di una quota sul tutto tramite un bene conferisce la qualifica di *eres* (erede) e non di legatario.

Ma come rispondono questi eredi dei debiti lasciati dal defunto?

2. La responsabilità parziaria degli eredi per i debiti ereditari

Quando gli eredi concorrono fra di loro e accettano l'eredità, rispondono tutti dei debiti e dei pesi ereditari. Ma che tipo di responsabilità è questa? Attenzione, è una **responsabilità non già solidale, bensì parziaria!** Cioè, gli eredi rispondono **pro quota**. Il creditore del *de cuius* (colui della cui successione si tratta) non può chiedere l'intero a uno solo degli eredi (come avverrebbe nella solidarietà), ma ciascun erede risponde in misura proporzionale alla propria quota.

Tutto questo meccanismo si attiva in un momento e in un luogo precisi.

3. Tempo e luogo di apertura della successione

Quando si apre la successione? Si apre nel momento esatto della **morte encefalica** (di cui abbiamo parlato nel Libro Primo). E dove si apre? Si apre nel luogo dell'**ultima residenza o dell'ultimo domicilio** del *de cuius*. Vi ricordo che la semplice dichiarazione di assenza non è sufficiente a far aprire la successione; occorre attendere la dichiarazione di morte presunta.

Aperta la successione, l'ordinamento deve individuare chi ha titolo per subentrare.

4. Vocazione e delazione. Trasmissione e Prescrizione del diritto di accettare

Dobbiamo distinguere tra vocazione e delazione:

- La **vocazione** è l'astratta chiamata all'eredità: bisogna individuare i soggetti astrattamente chiamati (i vocati).
- La **delazione**, invece, è l'offerta concreta e attuale dell'eredità.

Secondo una parte della dottrina i termini coincidono, ma **per i più bravi vanno distinti**: si può avere vocazione senza delazione! Se un erede è istituito sotto condizione sospensiva o è un concepito, egli è un *vocatus*, ma non c'è ancora un'offerta concreta (delazione), perché potrà adire l'eredità solo se l'evento si avvera o se nasce.

Il diritto di accettare l'eredità (***ius delationis***) è un diritto potestativo soggetto a una **prescrizione decennale** dall'apertura della successione. Se il

chiamato muore prima di aver accettato, lo *ius delationis* si trasmette ai suoi eredi!

Questa libertà di decidere fino all'ultimo istante è un principio sacro del nostro ordinamento.

5. La disciplina dei patti successori (Domanda d'esame)

Un istituto fondamentale è il ***divieto dei patti successori***. Il principio è che il *de cuius* deve essere libero di disporre dei propri beni, dicevano i latini, *ad vitae supremum exitum* (fino all'ultimo respiro!). Non può vincolarsi a priori sulla sua eredità. Pertanto, sono ***nulli***:

- ***Patti istitutivi***: mi obbligo per contratto a nominare tizio mio erede.
- ***Patti dispositivi***: un soggetto si obbliga verso un terzo a disporre dei beni che "spera" di ereditare da una persona ancora in vita.
- ***Patti rinunciativi***: mi accordo per rinunciare a un'eredità non ancora devoluta.

Allo stesso modo è vietata la ***donatio mortis causa*** (ti dono questo bene a causa della mia morte imminente), perché l'*animus donandi* non tollera vincoli di morte. L'unica eccezionale deroga al divieto dei patti successori, ***per i 30 e lode, è il patto di famiglia!***

Poiché il chiamato ha ben 10 anni per accettare, nel frattempo il patrimonio non può restare incustodito.

6. L'eredità giacente

Se il chiamato non accetta subito, il patrimonio del *de cuius* potrebbe perire. Ecco che i latini pensavano all'***ereditas iacens*** (eredità giacente). La massa patrimoniale non ha ancora un titolare. Se il chiamato non è nel possesso dei beni, il giudice nomina un ***curatore dell'eredità giacente***. È un ufficio di diritto civile: il curatore compie atti conservativi, paga i debiti previa autorizzazione del tribunale e vigila sul patrimonio finché qualcuno non accetta.

Tuttavia, non tutti i chiamati sono degni di subentrare nel patrimonio.

7. L'indegnità a succedere

Non possono succedere i cosiddetti indegni. Chi sono? Coloro che hanno compiuto ***atti contro la persona fisica*** (omicidio, tentato omicidio) o ***la personalità morale*** (calunnia, falsa testimonianza) del *de cuius*. O ancora, chi ha coartato con violenza o dolo la libertà testamentaria del defunto, e chi è decaduto dalla responsabilità genitoriale verso il figlio.

Domanda per i più bravi: l'indegnità non opera in automatico! Vi deve essere un'***azione giudiziaria*** (entro 10 anni) e una sentenza costitutiva che

dichiara l'indegnità, operando retroattivamente. Il *de cuius*, però, può sempre effettuare la **riabilitazione dell'indegno** (totale o parziale).

Cosa accade se il chiamato non può (es. è premorto o indegno) o non vuole (rinuncia) accettare? Entrano in gioco tre istituti.

8. La rappresentazione

Se il chiamato all'eredità non può (premorienza) o non vuole accettare, subentrano i cosiddetti **rappresentanti in luogo del rappresentato**. Ma attenzione ai limiti: la rappresentazione opera **solo a favore dei discendenti dei figli** del defunto (i nipoti *ex filio*) **o dei discendenti dei fratelli/sorelle** del defunto (nipoti *ex fratre* o *sorore*). La peculiarità qual è? Che **si succede per stirpi!** Se il figlio premorto aveva tre figli (nipoti), la quota che sarebbe spettata a lui non si moltiplica, ma si divide per tre tra i nipoti, che subentrano "per stirpe" nel luogo del capostipite.

9. L'accrescimento delle quote ereditarie

Se non vi è rappresentazione (o non ci sono i soggetti) e non vi è sostituzione testamentaria, opera l'**accrescimento**. Se un chiamato rinuncia, la quota rimasta priva di accettazione **si "accresce" in automatico a favore degli altri coeredi!** Se vi è testamento, l'accrescimento opera solo se il testatore ha chiamato più soggetti in **quote identiche** (si presume che avrebbe voluto beneficiare di più i superstiti). Se le quote sono diseguali, l'accrescimento non opera!

10. La sostituzione ordinaria e la sostituzione fedecommissaria

Nel testamento, il testatore può prevedere una **sostituzione ordinaria**: nomina già un sostituto nel caso in cui il primo chiamato non possa o non voglia accettare. La sostituzione testamentaria prevale sulla rappresentazione e sull'accrescimento.

Diverso è il **fedecommesso** (sostituzione fedecommissaria): il testatore nomina erede Caio con l'obbligo di conservare il patrimonio per poi, alla sua morte, trasmetterlo a Sempronio. Il primo chiamato è di fatto un mero usufruttuario. Oggi questo istituto è ammissibile in un solo caso: **con finalità di protezione di soggetti fragili o incapaci** (es. lascio l'eredità al coniuge/tutore affinché la conservi per il figlio con grave handicap).

Sviscerati i criteri di devoluzione, arriviamo al momento cruciale: come si fa propria l'eredità.

11. L'accettazione pura e semplice: espressa, tacita e presunta (Domanda d'esame)

Il chiamato (*delato*) ha 10 anni per accettare. Se accetta in maniera pura e semplice, il patrimonio del *de cuius* si fonde con il suo! Risponderà dei debiti ereditari **anche con il suo patrimonio personale (*ultra vires*)**. Come avviene?

- **Espressa**: una dichiarazione formale dinanzi a un notaio o al cancelliere del tribunale. È un *actus legitimus*: non tollera né termini né condizioni, ed è nulla l'accettazione parziale.
- **Tacita**: per "fatti concludenti". Il chiamato compie atti che presuppongono la qualifica di erede (*pro herede gestio*), come vendere un cespite ereditario o pagare debiti ereditari con i soldi della massa.
- **Presunta (o ex lege)**: opera per legge. Se il chiamato è nel possesso dei beni e lascia trascorrere 3 mesi senza fare l'inventario, o se occulta/sottrae beni ereditari, il legislatore lo considera *ipso iure* erede puro e semplice.

12. L'accettazione con beneficio di inventario

Se l'*ereditas* è *damnosa* (ha più debiti che crediti), per schermare il proprio patrimonio si accetta con **beneficio di inventario**. L'erede diventa tale, ma risponderà dei debiti **solo nei limiti dell'attivo ereditato (*intra vires hereditatis*)**. Le due masse patrimoniali restano segregate. È un procedimento rigoroso: dichiarazione formale e redazione dell'inventario da parte di un pubblico ufficiale. Se il chiamato è nel possesso dei beni, **deve farlo entro 3 mesi**, pena l'accettazione presunta! Per **soggetti deboli** (minori, interdetti, persone giuridiche diverse dalle società) l'accettazione beneficiata è obbligatoria per legge.

Una volta diventato erede, il soggetto potrebbe doversi difendere da chi occupa i beni senza titolo.

13. L'azione di petizione di eredità (*Hereditatis petitio*)

È un'azione simile alla rivendicazione. L'erede che non è nel possesso dei beni ereditari agisce contro chi li possiede (affermando di essere erede o usurpatore) per farseli restituire. Qual è la differenza con la rivendicazione? **L'azione di petizione è imprescrittibile (*semel heres, semper heres*)**, ma qui non si deve fornire la prova diabolica della proprietà del *de cuius*! L'erede deve solo dimostrare la **propria qualifica di erede** e che quel bene faceva parte dell'asse ereditario al momento dell'apertura della successione.

14. L'erede apparente: deroghe al "possesso vale titolo" (Per i 30 e lode)

Che succede se chi possiede i beni (erede apparente) li vende a un terzo? Il terzo acquista bene se è un acquisto a titolo oneroso ed è in buona fede. Ma attenzione alla **deroga fondamentale!** Mentre nella regola del "possesso vale titolo" dei beni mobili la buona fede si presume, qui nelle successioni la regola è invertita: **è il terzo che deve dimostrare la propria buona fede** (cioè di aver comprato da chi sembrava erede a tutti gli effetti). Se si tratta di beni immobili, vige la **regola della trascrizione**: se il terzo trascrive il suo acquisto prima che il vero erede trascriva la sua accettazione o l'azione di petizione, il terzo fa salvo l'acquisto.

I meccanismi di segregazione patrimoniale non proteggono solo l'erede, ma anche i creditori del defunto.

15. I creditori separatisti: la separazione del patrimonio del defunto

Se l'erede è "pieno di debiti", l'accettazione pura e semplice fonderebbe i patrimoni, e i creditori del defunto subirebbero il concorso dei creditori personali dell'erede! Per tutelarsi, i creditori del defunto e i legatari possono chiedere la **Separatio bonorum** (separazione del patrimonio). Questa azione (da farsi entro 3 mesi) crea una preferenza: i creditori "separatisti" si soddisferanno sui beni ereditari con **priorità assoluta rispetto ai creditori personali dell'erede**.

Come l'accettazione, anche il rifiuto dell'eredità segue regole formali.

16. La rinuncia di eredità. Ammissibilità della rinuncia tacita

Se il chiamato non vuole l'eredità, deve effettuare un atto di rinuncia. È un negozio formale che si fa dinanzi al notaio o al cancelliere. Come l'accettazione, è un **actus legitimus** (niente condizioni, termini o rinunce parziali) ed è a titolo gratuito (se fatta per un corrispettivo, vale come accettazione tacita!).

È ammessa la rinuncia tacita? Assolutamente no. Mentre l'accettazione può essere presunta, la rinuncia va formalizzata. Tuttavia, a differenza dell'accettazione, la rinuncia è **revocabile**: posso ripensarci e accettare, purché non siano decorsi i 10 anni e l'eredità non sia già stata acquistata da altri. Se il chiamato rinuncia per frodare i propri creditori personali, questi possono agire con una sorta di **surrogatoria** per farsi autorizzare ad accettare in nome e luogo del rinunciante!

A monte di tutte queste dinamiche, vi è il modo in cui la legge distribuisce il patrimonio in assenza di volontà.

17. La successione legittima e la successione dello Stato

Se il soggetto muore intestato (senza testamento), si applica la **successione ex lege** (legittima). Subentrano i parenti fino al sesto grado: coniuge, discendenti,

ascendenti, ecc. In ultima analisi, se non vi sono parenti fino al sesto grado o nessuno accetta, subentra lo Stato. **Lo Stato acquista di diritto**, senza bisogno di accettazione, non può rinunciare, ma ha un grandissimo vantaggio: **risponde dei debiti ereditari solo nei limiti dell'attivo** (come se fosse un beneficio di inventario automatico).

Se invece il defunto ha fatto testamento, deve fare i conti con la tutela della famiglia.

18 e 19. I legittimari e la quota di legittima (o di riserva)

Il legislatore del '42 tutela i consanguinei. Anche se c'è un testamento a favore di terzi, interviene la **Successione Necessaria**. I legittimari (o **eredi necessari**) non possono mai essere diseredati! Chi sono? Il coniuge (o l'unito civilmente), i figli e (solo in mancanza di figli) gli ascendenti. A costoro spetta la **quota di legittima** (o di riserva), una frazione di patrimonio indisponibile per il testatore. La **quota è mobile**: se c'è solo il coniuge, ha diritto a metà del patrimonio (l'altra metà è la quota "disponibile"). Se c'è coniuge e un figlio, a ciascuno spetta 1/3 (residua 1/3 disponibile). Se ci sono più figli, al coniuge va 1/4, ai figli la metà (residua 1/4 disponibile).

Ma come facciamo a sapere se il testatore ha rispettato queste quote?

20. La riunione fittizia (Domanda d'esame)

Per verificare se la quota di legittima è stata lesa, bisogna fare una **pura operazione astratta e aritmetica**: la riunione fittizia. Come funziona? Si prende il *Relictum* (il valore dei beni lasciati alla morte), si sottraggono i debiti e le spese funerarie. A questo risultato si aggiunge il *Donatum*, cioè il valore delle donazioni fatte in vita dal defunto. Da questa massa totale fittizia si calcola la frazione spettante al legittimario. Se il legittimario ha già ricevuto donazioni in vita, deve sottrarle dalla sua quota (**Imputazione ex se**), a meno che non sia stato dispensato. Se, all'esito di questo conto matematico, il legittimario scopre di aver ricevuto meno di quanto gli spetta per legge, potrà agire in giudizio con la famosa **Azione di Riduzione** per demolire le disposizioni testamentarie o le donazioni e reintegrare la sua legittima!

21. Il patto di famiglia e la successione nell'impresa. La liquidazione dei legittimari

Domanda d'esame per i 30 e lode. Voi sapete che nel nostro ordinamento vige il rigoroso divieto dei patti successori (non posso disporre della mia eredità mentre sono in vita). Ebbene, nel 2006 il legislatore ha introdotto un'**eccezionale deroga per tutelare la continuità dell'impresa**: il patto di famiglia. Si tratta di un contratto stipulato in vita dall'imprenditore con il quale egli trasferisce l'azienda ai propri discendenti (i figli). Essendo una successione anticipata su un bene specifico, partecipano all'atto anche gli altri legittimari

(il coniuge o l'unito civilmente e gli altri figli non assegnatari). A questi soggetti, che altrimenti verrebbero lesi, l'assegnatario dell'azienda deve **liquidare la quota di legittima**, calcolata rigorosamente solo sul valore dell'azienda. Il contratto richiede la forma scritta *ad substantiam* (atto notarile) e può essere impugnato per vizi del consenso entro un solo anno dalla stipula.

Dalle successioni anticipate passiamo allo strumento principe per disporre post mortem: il testamento.

22. Il testamento

Il testamento è un **negozio giuridico unilaterale, non recettizio** (non è indirizzato a una controparte specifica) e **personalissimo** (è nullo il testamento congiuntivo o reciproco tra due persone nello stesso atto). È un atto **revocabile**, come dicevano i latini, **usque ad supremum exitum** (fino all'ultimo respiro), con il quale il *de cuius* dispone del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

23. L'interpretazione del testamento

Trattandosi di un atto irripetibile (il testatore non torna in vita per chiarire cosa intendeva!), la sua interpretazione obbedisce a una logica diversa dal contratto. Prevale in modo assoluto l'**interpretazione soggettiva**: l'interprete deve ricostruire nella maniera più fedele possibile la *voluntas testatoris*, nel rigoroso rispetto del principio di conservazione dell'atto (**favor testamenti**). I vizi del consenso (dolo/captazione, violenza, errore) determinano l'annullabilità; attenzione per i più bravi, persino l'**errore sul motivo** invalida il testamento, a patto che il motivo erroneo risulti dall'atto e sia stato l'unico determinante a far disporre il testatore.

24. Le disposizioni non patrimoniali del testamento (contenuto atipico)

Sebbene la funzione tipica sia la destinazione del patrimonio, il testamento può avere anche un **contenuto esistenziale**, non patrimoniale. Pensate alla designazione di tutori, oppure al riconoscimento di un figlio naturale. Chicca d'esame: **il riconoscimento del figlio effettuato in un testamento rimane valido ed è irrevocabile** anche se il testamento stesso dovesse essere successivamente revocato!

Il legislatore vieta il testamento orale (nuncupativo), imponendo un rigido formalismo.

25. Il testamento olografo

Dal greco *olos grafos* (scritto interamente). È il testamento redatto di proprio pugno dal testatore. Deve essere **scritto interamente a mano** (l'intervento

anche solo di una parola da parte di un terzo lo invalida), ***datato e sottoscritto***. Essendo una scrittura privata, espone a un rischio: chiunque voglia annullare la successione testamentaria può disconoscerlo o esperire la querela di falso, costringendo ad aprire una verifica per accertare che non sia apocrifo o artefatto.

26. Il testamento pubblico

È l'atto per eccellenza, redatto dal ***notaio (pubblico ufficiale)***. Il testatore dichiara le sue ultime volontà al notaio, alla presenza di ***due testimoni***; il notaio le traduce in corretto linguaggio giuridico e l'atto fa ***piena prova fino a querela di falso***.

27. Il testamento segreto

È una via di mezzo. Il testatore scrive la propria "***scheda testamentaria***" (può essere anche battuta al computer o scritta da un terzo, ma sempre sottoscritta dal testatore), la inserisce in una ***busta sigillata*** e la consegna al notaio. Se questo atto difetta di qualche requisito formale, può eccezionalmente convertirsi in testamento olografo. Può inoltre essere ritirato in ogni tempo, con conseguente revoca del testamento segreto.

La rigorosa forma del testamento non impedisce però meccanismi di salvataggio estremo.

28. La sanatoria del testamento nullo

Normalmente un atto affetto da nullità assoluta è insanabile e imprescrittibile. Ma qui entra in gioco un'eccezione formidabile! Essendo il negozio irripetibile, gli eredi o i successibili *ex lege* possono sanare il testamento nullo attraverso la cosiddetta "***conferma***" o ***esecuzione volontaria***. Se gli eredi, pur conoscendo la causa di nullità, decidono di dare spontaneamente esecuzione alle disposizioni del testatore, la nullità viene sanata. Inoltre, vi ricordo che le condizioni illecite o impossibili apposte al testamento si considerano semplicemente per non apposte (***viziantur sed non vitiant***), per salvare la disposizione.

29. Pubblicazione ed esecuzione del testamento

Alla morte del testatore, chiunque si trovi in possesso di un testamento olografo deve recarsi dal notaio per la "***pubblicazione***". Questo rende il testamento pubblico ed eseguibile. Per il testamento segreto, è lo stesso notaio che lo custodiva a curarne la pubblicazione.

Aperta la successione, si instaura uno stato di condivisione tra i chiamati.

30. La comunione ereditaria

Quando più eredi accettano l'eredità, si crea la **comunione ereditaria**: gli eredi diventano "comunisti" in base a quote astratte (ideali) sull'intero asse ereditario (il *relictum*). Questo stato permane fino a quando non si procede alla divisione. Nessun patto di indivisione può superare i 10 anni.

31. Il retratto successorio

Quando si apre la successione, tra gli eredi si forma la cosiddetta comunione ereditaria. Se un erede intende disporre della propria quota e venderla a terzi lo può fare, ma attenzione perché questa è una domanda da 30 e lode, gli altri eredi sono titolari di un diritto di prelazione legale. Pertanto, l'erede alienante deve prima fare la **denuntiatio prelazionis** agli altri eredi di sangue. Questo perché il legislatore vuole tutelare l'unità dei consanguinei, impedendo a terzi estranei di entrare nella comunione ereditaria. Che succede se viola questa prelazione legale? Scatta il **retrato successorio, che è un retratto reale**. Significa che il diritto ha efficacia *erga omnes*: gli eredi pretermessi possono letteralmente portare via la quota al terzo acquirente. Il terzo soccombe, deve restituire la quota e al massimo avrà diritto di chiedere il risarcimento del danno all'erede che ha violato la prelazione.

Ma nessuna comunione è fatta per durare in eterno. Vediamo come se ne esce.

32. La divisione dell'eredità (effetti costitutivi e retroattivi)

Ogni coerede può domandare lo scioglimento della comunione ereditaria e la divisione, e il vincolo di indivisibilità non può mai superare i 10 anni (salvo casi particolari per i minorenni). La divisione non è retta dal principio di perfetta corrispettività in natura: se un bene indivisibile viene assegnato a un solo erede, le disuguaglianze si colmeranno attraverso i **conguagli in denaro**. Se c'è accordo si stipula il negozio di divisione, un vero e proprio contratto che se ha per oggetto immobili va trascritto. Questo contratto è annullabile per violenza o dolo, ma è esclusa l'azione per errore, al posto della quale si usa il rimedio del supplemento di divisione. **Domanda per i più bravi: la divisione si può impugnare tramite rescissione per lesione!** Ma qui cambia la misura rispetto ai contratti generali: non è richiesta la lesione *ultra dimidium* e l'approfittamento dello stato di bisogno, ma **basta una lesione di un quarto (1/4)** del valore della quota, e l'azione si prescrive in 2 anni e non in uno. La divisione, infine, può essere fatta direttamente dal testatore (la cosiddetta **divisione del testatore**), il quale ripartisce i beni prevenendo sul nascere la comunione.

Prima di dividere, però, occorre fare un'operazione contabile e materiale rigorosissima per assicurare la parità di trattamento tra i familiari più stretti.

33 e 34. L'istituto della collazione e la collazione delle donazioni indirette

Al fine di individuare l'esatto *relictum* su cui formare le porzioni ereditarie, interviene l'istituto della **collazione** (con due "L", mi raccomando, non è la colazione del mattino!). Qual è la *ratio* di questo istituto? **Mantenere la parità tra i familiari** più stretti, imponendo agli eredi che si sono già arricchiti in vita di darne conto al momento dello scioglimento della comunione ereditaria. I soggetti obbligati alla collazione (coniuge, figli o discendenti) devono conferire alla massa le donazioni ricevute in vita dal *de cuius*, sommandole al *relictum*. Per gli immobili, si può fare in natura (cedendo il bene) o per **imputazione** (conferendo il valore del bene rivalutato al momento della successione con gli interessi). Per i mobili si fa solo per imputazione. L'unico modo in cui l'erede può trattenere interamente la donazione senza conferirla è se il testatore ha inserito nel momento in cui ha donato una clausola di dispensa dalla collazione.

E per i 30 e lode, vanno conferite alla massa anche le **donazioni indirette!** Vi ricordate il *negotium mixtum cum donatione* (come la vendita a prezzo irrisorio)? Anche quelle operazioni mascherate che nascondono liberalità sono soggette a collazione.

Torniamo ora alla figura speculare dell'erede, l'altro grande protagonista della successione.

35 e 36. Il legato e l'acquisto del legato (Domande d'esame)

Il legato è una **disposizione a titolo particolare**: ha per oggetto beni specifici e individuati (mobili o immobili). Il legatario non acquista la qualifica di erede, quindi, a differenza di questi, **non risponde dei debiti e dei pesi ereditari!** Chi deve eseguire materialmente il legato sono i cosiddetti **onerati**, cioè gli eredi a cui il testatore impone questo peso.

Come avviene l'acquisto? **L'acquisto del legato avviene ipso iure**, cioè in automatico e immediatamente al momento della morte del *de cuius*, senza alcun bisogno di accettazione. Il legatario diventa subito proprietario, ma attenzione: dovrà poi agire e chiedere all'erede il possesso materiale dei beni. Essendo il legato un vantaggio ma non un obbligo, il legatario può sempre rinunciarvi. Proprio per uscire dall'incertezza, gli eredi possono proporre al giudice l'*actio interrogatoria* per costringere il legatario a dichiarare se intende rinunciare o trattenere il bene. Se il legato è a carico di un altro legatario, parliamo per i più bravi di sublegato.

All'interno del grande calderone dei legati, esistono sfumature importanti che mutano gli effetti giuridici.

37. Legato di specie e legato di genere

Questa distinzione ricalca quella dei beni:

- Se abbiamo un **legato di genere** (ti lego 100 kg di grano, o una somma di denaro), questo ha **effetti meramente obbligatori**. La proprietà passa al legatario solo in un secondo momento, cioè quando l'erede onerato procede alla specificazione/individuazione del bene dal *genus*.
- Se abbiamo un **legato di specie** (ti lego quel quadro infungibile), non c'è bisogno di individuazione: il legato ha **effetti reali immediati**, e il diritto di proprietà passa subito, come una folgore, in capo al legatario.

Il legato non trasferisce solo beni materiali, ma può disporre anche di vincoli obbligatori.

38. Legato di credito e di debito

Il **legato di credito** determina a tutti gli effetti una **cessione del credito mortis causa**, con cui il testatore trasferisce al legatario un credito che vantava verso terzi.

Il **legato di debito** (o a favore del creditore / di liberazione) interviene quando il *de cuius* era debitore verso il legatario: se nel testamento menziona espressamente questo debito preesistente, il legato serve ad estinguerlo (**funzione estintiva/solutoria**). Se invece gli attribuisce un bene senza menzionare l'esistenza del debito, il legislatore fa scattare una presunzione: si presume, salvo prova contraria, che il testatore abbia voluto fare una **pura liberalità** (quindi il legatario prende il legato e in più chiederà agli eredi il pagamento del suo vecchio debito).

E se il testatore impazzisce e lega un bene che non è neanche suo?

39. Il legato di cosa altrui (confronto con la vendita di cosa altrui)

Non posso disporre liberamente di un bene di cui non sono titolare! Quindi, se il testatore lascia in legato un bene appartenente a un terzo estraneo, scatta un meccanismo identico a quello della vendita di cosa altrui: il legato ha **effetti obbligatori**. L'erede onerato ha il preciso obbligo di andare dal terzo, **procurarsi la proprietà** del bene acquistandolo, e poi trasferirlo al legatario (con l'effetto reale che si materializza in quel momento). Il legislatore è però pragmatico: se il terzo non vuole vendere il bene o se pretende un prezzo eccessivo, l'erede ha la facoltà di liberarsi pagando al legatario il "**giusto prezzo**", trattandosi di una sorta di obbligazione facoltativa.

Per chiudere, torniamo al diritto di famiglia unendolo alle successioni con una nozione raffinatissima per il massimo dei voti.

40. Il legato di alimenti in favore del coniuge separato con addebito (*legato ex lege*)

Questa è un'altra *Chicca da 30 e lode!* Vi ricordate che nella separazione, se al coniuge viene addebitata la colpa (es. infedeltà), egli perde i diritti successori e il mantenimento? Benissimo. Ma se quel coniuge versa in uno stato di grave indigenza, la legge non lo fa morire di fame e gli accorda un assegno alimentare. Ebbene, se il *de cuius* gli passava questi alimenti in vita, l'obbligazione non si estingue con la morte! Per l'altissimo principio costituzionale della *solidarietà post-mortem*, questa obbligazione si trasforma in un *legato ex lege* (cioè la cui fonte è la legge, non il testamento). Gli eredi si vedranno quindi gravare l'eredità dall'obbligo di liquidare un assegno alimentare periodico all'ex coniuge (anche se divorziato o separato con addebito), trattato a tutti gli effetti come un legatario *ex lege*.