SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

diretta da

ENRICO GABRIELLI

DIRITTO PRIVATO

a cura di

ENRICO GABRIELLI

IUSTITIAM COLIMUS

G. Giappichelli Editore

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

diretta da

ENRICO GABRIELLI

La casa editrice Giappichelli, che, con apprezzabile dedizione e meritevole impegno culturale, accompagna e sostiene gli studi giuridici in Italia, ha deciso di inaugurare una nuova collana di manuali e mi ha chiesto, nel segno di un'antica e costante collaborazione, di assumerne la direzione e la responsabilità scientifica. Invito che ho accettato, anzitutto, come testimonianza di amicizia.
Il progetto editoriale è aperto allo studio di tutti i settori dell'esperienza giuridica compresi i 'nuovi diritti', e nasce con l'obiettivo di dar vita a strumenti didattici esaustivi, moderni ed efficaci.

E.G.

Volumi pubblicati

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

In corso di pubblicazione

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

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

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

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

In copertina:

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

DIRITTO PRIVATO

a cura di

ENRICO GABRIELLI

IUSTITIAM COLIMUS

G. Giappichelli Editore

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

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

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

INDICE

pag.

Gli Autori XXXVII

Prefazione XXXIX

CAPITOLO I
INTRODUZIONE AL DIRITTO PRIVATO
Pietro Rescigno

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

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

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

pag.

4. L'unità legislativa del diritto privato e il regime delle attività economiche. Le proposte di riforma 41
5. La giurisprudenza della Corte costituzionale nelle materie del codice civile 44

SEZIONE IV
LA LEGGE IN GENERALE 45
1. Le fonti del diritto. La legge. Gli usi. Successione delle leggi nel tempo e conflitti nello spazio 45
2. L'interpretazione delle leggi 50
3. L'equità 56

CAPITOLO II
LE FONTI DEL DIRITTO PRIVATO
Giuseppe Vettori

1. Le fonti del diritto privato 61
2. Le diverse posizioni della dottrina 64
3. Il diritto privato europeo 66
   3.1. I principi comuni dalla Cedu al Trattato di Lisbona 67
4. Il ruolo delle Corti 69
5. Diritto e Giustizia 71

CAPITOLO III
LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE
Donato Carusi

1. Diritto oggettivo e situazioni soggettive 73
2. Diritti soggettivi: assoluti e relativi. I diritti assoluti: diritti della personalità e diritti reali 75
3. La proprietà e i diritti reali minori: "immediatezza" e tipicità 76
4. I diritti della personalità: "indisponibilità" e consenso dell'avente diritto 77
5. Altri diritti assoluti: i diritti su beni immateriali 78
6. I diritti relativi: diritti di credito e diritti potestativi 79
7. Aspettative, facoltà, potestà 81
8. Gli interessi legittimi 83
9. La tutela degli interessi diffusi 84
10. Situazioni possessorie 85
11. Gli *status* 85
12. Diritto soggettivo e azione 86
13. Situazioni soggettive passive: l'obbligazione e l'obbligo nella categoria dei doveri giuridici 88

pag.

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

CAPITOLO IV
I VINCOLI NON GIURIDICI
Fabrizio Di Marzio

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

CAPITOLO V
I SOGGETTI DI DIRITTO
Angelo Barba

SEZIONE I
LE PERSONE FISICHE 107

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

pag.

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

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

CAPITOLO VI
LA FAMIGLIA
Carlo Rimini

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

pag.

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

SEZIONE III
IL REGIME PATRIMONIALE DEL MATRIMONIO 170
1. Regime patrimoniale primario e regime patrimoniale secondario 171
2. Il regime patrimoniale primario: il principio della contribuzione proporzionale 171
3. I regimi patrimoniali secondari e le convenzioni matrimoniali 172
4. La comunione dei beni: l'oggetto 174
5. La disciplina della comunione 177
6. Lo scioglimento della comunione 179
7. La comunione convenzionale 181
8. La separazione dei beni 182
9. Il fondo patrimoniale 182
10. L'impresa familiare 183

SEZIONE IV
LE FAMIGLIE NON MATRIMONIALI 185
1. Le unioni civili 185
2. Le convivenze di fatto 187
3. Il contratto di convivenza 188

SEZIONE V
LA FILIAZIONE 189

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

II. L'ADOZIONE 200
1. La finalità dell'istituto 200

pag.

2. I presupposti dell'adozione dei minori 200
3. Gli effetti dell'adozione dei minori 202
4. L'adozione di minori in casi particolari 203
5. L'adozione internazionale: cenni 203
6. L'adozione di maggiorenni 204

III. LA RESPONSABILITÀ GENITORIALE E LA TUTELA DEI MINORI 205
1. I diritti e i doveri dei figli 205
2. L'esercizio della responsabilità genitoriale 206
3. L'amministrazione dei beni del figlio e il potere di rappresentanza 207
4. La tutela dei minori 208

SEZIONE VI
LA CRISI DELLA FAMIGLIA 208
1. La separazione personale fra coniugi 209
2. Il divorzio 210
3. La crisi della famiglia negli altri modelli familiari 212
4. L'esercizio della responsabilità genitoriale dopo la crisi della famiglia 213
5. Il mantenimento dei figli e l'assegnazione della casa familiare 214
6. L'assegno di mantenimento a favore del coniuge separato e l'assegno divorzile 215
7. I rapporti patrimoniali fra le parti dopo la crisi della famiglia non matrimoniale 216

SEZIONE VII
L'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE 217
1. Il fondamento e il contenuto dell'obbligo 217
2. La disciplina 218

CAPITOLO VII
SUCCESSIONI E DONAZIONI
Stefano Pagliantini

1. Le successioni per causa di morte 219
2. Il divieto di patti successori e la delazione 221
3. L'eredità giacente 223
4. Sostituzione, rappresentazione e accrescimento 223
5. L'accettazione dell'eredità 225
6. L'accettazione con beneficio di inventario 227
7. La petizione di eredità 229
8. La rinuncia all'eredità 230
9. La successione necessaria 231
10. Il patto di famiglia 235

pag.

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

CAPITOLO VIII

I BENI

Fulvio Gigliotti

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

CAPITOLO IX

I DIRITTI REALI DI GODIMENTO SU COSA ALTRUI

Fulvio Gigliotti

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

pag.

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

CAPITOLO X

LA PROPRIETÀ

Roberto Amagliani, Angelo Federico

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

CAPITOLO XI

IL POSSESSO

Roberto Amagliani, Angelo Federico, Fulvio Gigliotti

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

pag.

4. Presunzioni possessorie 344
5. Restituzione della cosa e situazioni giuridiche del possessore 345
6. Il diritto di ritenzione 347

SEZIONE II
ACQUISTO DEI DIRITTI REALI MEDIANTE IL POSSESSO 348
1. L'acquisto della proprietà e dei diritti reali mediante il possesso: a) la regola "possesso vale titolo" nella circolazione dei beni mobili 348
2. *Segue*. b) l'usucapione (ordinaria e abbreviata): nozione, fondamento e disciplina 353

SEZIONE III
LE AZIONI A DIFESA DEL POSSESSO 358
1. Premessa 358
2. Azione di reintegrazione (o di spoglio) 360
3. Azione di manutenzione 362
4. Azioni di nunciazione 364

CAPITOLO XII
LE OBBLIGAZIONI
Gianluca Sicchiero

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

SEZIONE II
LE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE 382
1. Obbligazioni pecuniarie 382

pag.

2. Debiti di valuta e di valore 383
3. L'imputazione dei pagamenti 384
4. Gli interessi 385

SEZIONE III
L'ADEMPIMENTO 386
1. L'adempimento esatto 387
2. L'adempimento al creditore 387
3. L'adempimento del debitore 388
4. L'adempimento mediante altri soggetti: adempimento del terzo, delegazione, espromissione ed accollo 389
5. L'adempimento con pluralità di soggetti: obbligazioni solidali e parziarie; prestazioni indivisibili 393
6. Il regresso 394
7. La surrogazione 395
8. Modifica delle parti del rapporto: la cessione del credito 396
9. Il luogo dell'adempimento 399
10. Il tempo dell'adempimento 400
11. L'identità e l'esattezza della prestazione; le obbligazioni alternative 401
12. Cause di estinzione dell'obbligazione diverse dall'adempimento: satisfattorie e non satisfattorie 403

SEZIONE IV
L'INADEMPIMENTO 406
1. La mora del creditore 406
2. La mora del debitore 407
3. L'inadempimento: il problema della colpa 408
4. L'impossibilità oggettiva della prestazione 409
5. La non imputabilità 410
6. Inadempimento ed onere della prova 411
7. I patti di esclusione dalla responsabilità 412
8. Il risarcimento del danno 413
9. La perdita di *chance* 415

CAPITOLO XIII
LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE
Gianluca Sicchiero

SEZIONE I
LA NOZIONE DI RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE 417
1. La nozione di responsabilità patrimoniale 417

pag.

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

SEZIONE II
I RAPPORTI TRA I CREDITORI 428
1. La *par condicio creditorum* 428
2. I patti sulla responsabilità 429
3. Il patto commissorio ed il patto marciano 430

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

CAPITOLO XIV
LE GARANZIE DEL CREDITO
Michele Lobuono

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

pag.

CAPITOLO XV

IL CONTRATTO

Enrico Gabrielli

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

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

CAPITOLO XVI

GLI ELEMENTI ESSENZIALI E GLI ELEMENTI ACCIDENTALI DEL CONTRATTO

Stefano Pagliantini

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

pag.

CAPITOLO XVII

FORMAZIONE E CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

Alessandro D'Adda

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

CAPITOLO XVIII

GLI EFFETTI DEL CONTRATTO

Roberto Amagliani, Angelo Federico, Fulvio Gigliotti

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

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

pag.

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

CAPITOLO XIX
LA SIMULAZIONE
Gianluca Sicchiero

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

CAPITOLO XX
L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO
Mauro Pennasilico

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

pag.

CAPITOLO XXI

LE NULLITÀ

Giovanni D'Amico

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

CAPITOLO XXII

L'ANNULLABILITÀ

Giovanni D'Amico

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

CAPITOLO XXIII

LA RESCISSIONE

Enrico Minervini

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

pag.

CAPITOLO XXIV

LE RISOLUZIONI

Francesco Delfini

PREMESSA 635
1. Sinallagma genetico e sinallagma funzionale. Mancato funzionamento del sinallagma funzionale e rimedi 635
2. *Segue*. La tripartizione del rimedio risolutorio nel codice e le ulteriori ipotesi risolutorie giurisprudenziali 636
3. *Segue*. La risoluzione per "irrealizzabilità della causa concreta" 637
4. *Segue*. La c.d. presupposizione 637

SEZIONE I
LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO 639
1. La tutela del sinallagma funzionale nell'art. 1453 c.c. 639
2. *Segue*. Le tre azioni concesse al contraente fedele 641
3. I presupposti della risoluzione 642
4. L'onere della prova nel giudizio di risoluzione 642
5. Le eccezioni dilatorie 643
5.1. *Segue*. La clausola "*solve et repete*" 644
6. Gli inadempimenti reciproci e il c.d. mutuo dissenso tacito 645
7. Risoluzione giudiziale e di diritto. Le risoluzioni di diritto: diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa, termine essenziale 647
8. Gli effetti della risoluzione 649
9. La risoluzione nel contratto plurilaterale 649
10. La limitazione o esclusione convenzionale del diritto di risolvere il contratto 650
11. La deducibilità dell'inadempimento in condizione 652

SEZIONE II
LA RISOLUZIONE PER IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA 653
1. Inadempimento e impossibilità sopravvenuta della prestazione dedotta in obbligazione contrattuale 653
2. La disciplina del perimento della cosa nei contratti traslativi 655
3. L'impossibilità sopravvenuta nel contratto plurilaterale 657
4. La derogabilità convenzionale degli artt. 1463 ss. c.c. 657
5. Impossibilità di prestare ed impossibilità di ricevere 658
6. Inapplicabilità degli artt. 1463 e 1464 c.c. all'impossibilità della prestazione imputabile al creditore 659

SEZIONE III
LA RISOLUZIONE PER ECCESSIVA ONEROSITÀ 661
1. La disciplina del rimedio. Contratti commutativi ed aleatori 661
2. Fondamento della disciplina 663

pag.

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

CAPITOLO XXV
LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO
Enrico Minervini

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

CAPITOLO XXVI
I CONTRATTI DEL CONSUMATORE
Enrico Minervini

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

CAPITOLO XXVII
IL CONTRATTO ALIENO
Giorgio De Nova

1. La nozione 699

pag.

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

CAPITOLO XXVIII

LA COMPRAVENDITA

Giovanni D'Amico

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

pag.

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

CAPITOLO XXIX

I CONTRATTI DI TRASFERIMENTO DELLA PROPRIETÀ

Giovanni D'Amico

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

CAPITOLO XXX

I CONTRATTI DI LOCAZIONE E DI GODIMENTO

Salvatore Monticelli

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

pag.

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

CAPITOLO XXXI

I CONTRATTI DI APPALTO E DI FORNITURA DI SERVIZI

Salvatore Monticelli

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

CAPITOLO XXXII

I CONTRATTI DI COLLABORAZIONE

Salvatore Monticelli

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

pag.

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

CAPITOLO XXXIII

LA TRANSAZIONE

Gregorio Gitti

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

CAPITOLO XXXIV

I CONTRATTI DI COMPOSIZIONE DELLE LITI E DEL DEBITO

Fabrizio Di Marzio

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

pag.

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

CAPITOLO XXXV

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

Alberto Urbani

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

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

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

pag.

CAPITOLO XXXVI

I CONTRATTI ALEATORI E L'ASSICURAZIONE

Enrico Gabrielli, Sara Landini, Gianluca Sicchiero

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

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

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

CAPITOLO XXXVII

I CONTRATTI AGRARI ED AGROALIMENTARI

Giacomo Porcelli

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

pag.

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

CAPITOLO XXXVIII

I CONTRATTI INFORMATICI

Giacomo Porcelli

PREMESSA 913
1. La controversa natura della categoria contrattuale in esame: considerazioni introduttive 913
2. L'uso dell'informatica in materia contrattuale. Criteri distintivi e profili qualificatori delle diverse fattispecie 914

SEZIONE I
I CONTRATTI AD OGGETTO INFORMATICO 915
1. I contratti ad oggetto informatico: i beni. Definizioni tecniche e mezzi di tutela 915
2. Le tipologie contrattuali 918
3. Condizioni generali di contratto e tutela dell'utente 920
4. Inadempimento e strumenti di tutela alternativi alla risoluzione. Risarcimento del danno e criteri di quantificazione 923
5. Responsabilità extracontrattuale 925

SEZIONE II
I CONTRATTI TELEMATICI 927
1. La formazione del contratto mediante strumenti informatici. Tipologie e definizioni 927
2. Inquadramento sistematico e disciplina applicabile 929
3. Le trattative e gli obblighi di formazione precontrattuale 931
4. La forma 933
5. La conclusione del contratto 935

pag.

CAPITOLO XXXIX

I CONTRATTI DELLA PUBBLICITÀ

Giacomo Porcelli

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

CAPITOLO XL

I CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Giacomo Porcelli

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

CAPITOLO XLI

LE PROMESSE UNILATERALI

Andrea Orestano

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

pag.

CAPITOLO XLII

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

Andrea Orestano

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

CAPITOLO XLIII

LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

Alessandro D'Adda, Attilio Gorassini

PREMESSA 1007

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

SEZIONE II
LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE NON FONDATA SULLA COLPA/DOLO E FIGURE PARTICOLARI DI RESPONSABILITÀ 1027
1. Premessa 1028
2. Le fattispecie speciali di responsabilità oggettiva senza prova liberatoria 1028

pag.

3. Fattispecie speciali di responsabilità "oggettiva", ma con prova liberatoria 1031
4. Fattispecie speciali di responsabilità per fatto altrui con prova liberatoria 1033
5. La responsabilità per danni da guida di veicoli 1035
6. La responsabilità per danno da prodotto 1037
7. Il risarcimento del danno all'ambiente 1038
8. La responsabilità medica 1039

CAPITOLO XLIV

IMPRESA, LAVORO E SOCIETÀ

Lucia Picardi

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

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

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

pag.

SEZIONE IV
L'AZIENDA 1084
1. La nozione di azienda 1084
2. Il trasferimento dell'azienda: oggetto, forma e pubblicità del negozio 1086
3. Effetti del trasferimento d'azienda 1087
4. Usufrutto e affitto d'azienda 1089

SEZIONE V
L'IMPRESA NEL MERCATO 1090
1. La tutela della concorrenza e la disciplina *antitrust* 1090
2. La disciplina della concorrenza sleale 1097
3. La nozione di proprietà industriale 1100
4. I segni distintivi 1101
5. Le invenzioni industriali 1106

SEZIONE VI
LA COOPERAZIONE FRA IMPRESE 1111
1. I consorzi 1111
2. Il contratto di rete 1114
3. Il gruppo europeo di interesse economico 1115
4. Le associazioni temporanee di imprese 1116

SEZIONE VII
IL LAVORO NELL'IMPRESA 1117
1. Lavoro subordinato e lavoro autonomo 1118
2. La contrattazione collettiva e lo sciopero 1119
3. Lo Statuto dei lavoratori 1122
4. La disciplina del rapporto di lavoro 1123

SEZIONE VIII
LE SOCIETÀ 1128
1. La nozione giuridica di società 1128
2. Elementi costitutivi del contratto di società: i conferimenti 1132
3. *Segue*. L'esercizio in comune di attività economica 1135
4. *Segue*. La divisione degli utili 1140
5. Società di fatto, occulta, apparente 1142
6. I tipi di società 1144
7. Personalità giuridica e autonomia patrimoniale 1146
8. Società di persone 1148
9. Società di capitali: costituzione e finanziamento 1155
10. *Segue*. Società di capitali: la struttura organizzativa 1165

pag.

CAPITOLO XLV

LA CRISI D'IMPRESA

Andrea Maria Azzaro

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

CAPITOLO XLVI

LA CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI E LA TRASCRIZIONE

Andrea Orestano

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

SEZIONE II
GLI ACQUISTI *A NON DOMINO* 1201
1. Gli acquisti *a non domino*: in generale 1201
2. Gli acquisti *a non domino* legati al possesso 1203
3. Gli acquisti *a non domino* non legati al possesso 1206

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

pag.

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

CAPITOLO XLVII

LA PRESCRIZIONE E LA DECADENZA

Andrea Orestano

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

CAPITOLO XLVIII

LA TUTELA DEI DIRITTI

Gianluca Sicchiero

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

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

pag.

7. La prova testimoniale 1247
8. La confessione 1248
9. Le presunzioni 1249
10. Il giuramento 1249
11. Le prove c.d. atipiche e le prove illecite 1250

Indice analitico 1251

GLI AUTORI

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

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

CAPITOLO XLVIII

LA TUTELA DEI DIRITTI

Gianluca Sicchiero

SOMMARIO: SEZIONE I: La tutela giurisdizionale dei diritti. – SEZIONE II: Le prove.

SEZIONE I

LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI

SOMMARIO: 1. La tutela giurisdizionale dei diritti. – 2. I riparti di giurisdizione. – 3. Il processo civile. – 4. La giustizia arbitrale. – 5. Le ADR e le mediazioni obbligatorie; le negoziazioni assistite. – 6. I rapporti regolati dal giudice. – 7. L'efficacia delle sentenze per i terzi. – 8. L'esecuzione forzata delle decisioni.

1. *La tutela giurisdizionale dei diritti*

Il sesto libro del codice si intitola "Della tutela dei diritti" e nel n. 1065 della Relazione troviamo spiegato che "tutti i diritti soggettivi, se pur variamente … richiedono infatti una protezione, che sarà più o meno intensa …, ma senza della quale la loro efficacia o il loro vigor pratico si dissolverebbe o rimarrebbe esposto ad offese senza rimedio".

È con queste parole che si comprende la necessità che una pretesa, perché assuma la consistenza effettiva di diritto soggettivo che l'ordinamento le assegna, trovi le necessarie forme di protezione.

Sono protezioni che è l'ordinamento stesso a garantire, *ne cives ad arma veniant*: solo l'esercizio pubblico della forza impedisce infatti che ogni persona cerchi di tutelarsi da sola, facendo della violenza del singolo il mezzo di risoluzione delle controversie.

Tale necessità è assicurata anzitutto dalla previsione per cui "alla tutela giuri-

sdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria" (art. 2907), rispetto alla quale le forme di reazione individuale sono ammesse in casi eccezionali, come la legittima difesa (art. 2044); per le forme lecite di autotutela si rinvia all'apposita trattazione (Cap. XIII, sez. III).

Siamo di fronte ad una regola che assurge a valore di principio di civiltà giuridica, tanto da essere stata inserita nella Costituzione a titolo non solo di limite al comportamento dei privati, ma anche di garanzia a che lo Stato presti tale protezione (art. 24), per essere poi accolta nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47).

Regole fondamentali in questo campo sono anzitutto il principio del **giusto processo** (art. 111 Cost.), che si articola nei requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice, di ragionevole durata del giudizio e di contraddittorio tra le parti (artt. 111 Cost., 6 CEDU, 47 Carta diritti fond. UE).

Inoltre il giudice non può procedere d'ufficio ma deve attendere la richiesta di parte (art. 2907 c.c. e art. 99 c.p.c.), che può anche essere una parte pubblica, il pubblico ministero, com'è di regola nel processo penale (art. 112 Cost.) e nei casi specifici per il processo civile (art. 69 c.p.c.; art. 75 r.d. n. 12/1941).

2. *I riparti di giurisdizione*

A partire dalla l. n. 2248/1865, che in parte è ancora in vigore, per arrivare al d.lgs. n. 104/2010, si è disciplinato il **riparto di giurisdizione** per regolare la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Un tempo, quando vigeva lo statuto albertino, il principio era che "il re non fa mai male" e non esisteva protezione contro gli abusi dell'amministrazione; nacque poi il Consiglio di Stato come organo consultivo del re e la successiva creazione di una sua sezione giurisdizionale per l'annullamento degli atti illegittimi rappresentò un vero progresso.

È però solo dal 1971 che sono stati istituiti i tribunali amministrativi regionali, quali organi di primo grado che giudicano la legittimità degli atti amministrativi, le cui sentenze si impugnano avanti al Consiglio di Stato: è questa la **giurisdizione amministrativa** (artt. 100 e 103 Cost.).

Rispetto agli atti della pubblica amministrazione, il giudice ordinario può solo valutare o dei danni ingiusti (art. 2043) dalla stessa causati (un esproprio illegittimo, un incidente causato da un'auto pubblica in servizio ecc.) o dei rapporti di diritto privato che possono sorgere anche con le amministrazioni pubbliche, per le quali anzi, laddove non esercitino i poteri attribuiti dalla legge, il diritto privato rappresenta la disciplina generale (art. 1 l. n. 241/1990).

Vi sono però ulteriori riparti di giurisdizione: la Corte dei conti, organo costituzionale (artt. 100 e 103), si occupa della **giustizia contabile**, ovvero della regolarità della spesa pubblica; le commissioni tributarie giudicano delle liti tra i citta-

dini ed il fisco, è la **giurisdizione tributaria**; **il tribunale delle acque** si occupa delle controversie sulle acque pubbliche.

Vi sono poi **sezioni specializzate dei tribunali** che si occupano di determinate materie, ad es. quelle per i minorenni o per le controversie agrarie o quelle d'impresa.

Esistono peraltro anche organi solo formalmente non giurisdizionali, che però decidono controversie di diritto privato, come le commissioni per i brevetti: a quella centrale la corte costituzionale ha riconosciuto infatti natura giurisdizionale (sent. n. 158/1995), allo stesso modo con cui è stata riconosciuta natura giurisdizionale alla commissione sanitaria centrale (sent. n. 215/2016); hanno natura giurisdizionale anche i consigli nazionali delle professioni, quando giudicano sulle sanzioni inflitte agli iscritti, ma qui la controversia ha natura di diritto amministrativo.

Di fronte a questa intricatissima molteplicità di organi decidenti (in realtà ancora più ampia di così), la tutela garantita al cittadino è data dalla possibilità di ricorrere in ogni caso alla Corte di Cassazione, ma mentre il ricorso è sempre consentito per violazione di legge contro le sentenze dei giudici ordinari e speciali, contro quelle della Corte dei conti e del Consiglio di Stato è ammesso solo laddove questi organi abbiano deciso su controversie che non erano di loro attribuzione (art. 111 Cost.).

Per comprendere se un organo formalmente estraneo alla giurisdizione eserciti concretamente funzioni giurisdizionali, è sufficiente che sussista l'esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge ad opera di soggetti che, sebbene estranei all'organizzazione della giurisdizione, si trovino in posizione *super partes*, ovvero di terzietà rispetto alle parti cui debbano pronunciarsi (Corte cost., sentt. nn. 19/2019, 376/2001, 38/1996).

3. *Il processo civile*

Il processo civile è retto anzitutto dal già ricordato **principio della domanda**: senza la richiesta di una parte (che si propone con atto di citazione o con ricorso) il giudice non decide le liti dei privati: rientra nella libertà delle persone valutare se rivolgersi o meno ai tribunali per far valere le proprie ragioni.

Inoltre il giudice può decidere le liti nei limiti delle richieste che gli sono sottoposte (art. 112 c.p.c.), sicché non può rilevare d'ufficio questioni che la legge riserva alle eccezioni delle parti, come ad es. la compensazione (art. 1242), l'annullabilità del contratto (art. 1441), la prescrizione (art. 2938) o, se riguardi diritti disponibili, la decadenza (art. 2969).

Quando invece la legge consente di rilevare d'ufficio una situazione, ad es. la nullità del contratto (art. 1421), deve comunque far discutere la questione alle parti, rispettando il **principio del contraddittorio** (art. 101 c.p.c.); inoltre spetta sempre alle parti formulare le prove necessarie ad accogliere la loro domanda (art. 2697), essendo eccezionale il caso del deferimento d'ufficio del giuramento sup-

pletorio (art. 2736). Questo spiega perché nel processo, salvo per le cause bagatellari avanti al giudice di pace, sia obbligatoria l'assistenza di un avvocato (art. 82 c.p.c.), ad evitare che la parte si pregiudichi da sola, ignorando la complessità del diritto sostanziale e processuale.

Esistono varie forme di processo civile con regole diverse: rito ordinario, semplificato, di volontaria giurisdizione, del lavoro, agrario, delle locazioni, della separazione e del divorzio e così via, spesso molto simili ma non sempre. Questo fatto porta in sé un nucleo di ingiustizia, in quanto riservare a qualcuno un rito speciale significa accettare che agli altri sia destinato un rito ordinario, ovvero meno efficiente; invece l'efficienza della giustizia deve essere garantita a tutti senza preferenze.

La decisione finale, normalmente la sentenza laddove esista un contenzioso di diritti, passa in **giudicato** (art. 2909) quando non è più soggetta ad impugnazione; si dice che "fa stato", ovvero definisce una volta per tutte la questione, per le parti, i loro eredi ed i loro aventi causa (art. 2908) e la vicenda così decisa non può più essere ridiscussa.

Il giudizio civile si svolge tendenzialmente in primo grado avanti al tribunale o al giudice di pace, a seconda del valore o della materia della controversia; la decisione è quasi sempre appellabile, ma va ricordato che non esiste un obbligo costituzionale per il legislatore di garantire il "doppio grado" di giudizio, che spesso infatti non c'è, come accade per tutti i casi in cui esiste la competenza in grado unico della Corte d'appello (ad es. per la determinazione delle indennità di esproprio o per l'impugnazione delle sanzioni Consob o della Banca d'Italia, dove il giudice civile decide questioni di diritto amministrativo quali sono le sanzioni).

Invece per qualsiasi (ultima) sentenza è sempre ammesso ricorso alla Corte di Cassazione, anche se decida una lite che valga un solo euro: se originariamente questa illimitata possibilità era ben giustificata dal momento storico in cui l'art. 111 Cost. è stato scritto, oggi non è più così.

La Corte di Cassazione è ormai oppressa da decine di migliaia di ricorsi ed emette oltre 30.000 sentenze civili all'anno, con un carico di lavoro che pesa sia sulla celerità del processo sia sul tempo che si chiede ai magistrati di dedicare alle decisioni. Inoltre da tale situazione ipertrofica derivano l'impossibilità di conoscerne adeguatamente la giurisprudenza e i non rari conflitti tra i principi che afferma: tutto ciò impone una riforma dell'accesso al giudizio di cassazione che purtroppo tarda ad arrivare.

Si parla di **giudicato interno** riferendosi a quelle parti della sentenza di primo o secondo grado che non vengono impugnate e che dunque, nella fase successiva di impugnazione, non si possono più rimettere in discussione; il **giudicato esterno** deriva invece da una sentenza non più impugnabile, resa in altro giudizio tra le stesse parti su una questione che si vorrebbe riaprire, possibilità preclusa dall'art. 2908. L'esistenza del giudicato è rilevabile d'ufficio in entrambe le ipotesi perché, dice la cassazione, ciò corrisponde all'unica finalità rappresentata dall'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche e dalla stabilità delle decisioni, le quali non interessano soltanto le parti in causa, risultando

l'autorità del giudicato, riconosciuta non nell'interesse del singolo soggetto che lo ha provocato, ma nell'interesse pubblico, essendo essa destinata a esprimersi – nei limiti in cui ciò sia concretamente possibile – per l'intera comunità.

4. *La giustizia arbitrale*

Così come è possibile rimettere ad un terzo la determinazione dell'oggetto del contratto (art. 1346), in materia di diritti disponibili è possibile che il conflitto sia devoluto alla giustizia privata mediante l'**arbitrato** (artt. 806 ss. c.p.c.).

Ciò può avvenire in via preventiva, inserendo una **clausola arbitrale** nel contratto, che dovrà essere approvata specificamente se condizione generale (art. 1341); è normale inoltre che negli statuti societari si trovi la clausola arbitrale.

Si può decidere che la lite sia devoluta agli arbitri anche senza un patto preventivo, purché con il consenso di tutti i soggetti coinvolti.

In Italia c'è una distinzione sottile ignota nella quasi totalità degli altri paesi: a parte la c.d. **perizia contrattuale**, con cui le parti fanno quantificare ad un terzo il danno da risarcire, devolvendogli tale questione con una clausola tipica nei contratti di assicurazione, l'arbitrato può essere **rituale** o **irrituale.**

Nel primo caso la decisione, che si chiama **lodo**, ha natura di vera e propria sentenza di primo grado, impugnabile per ragioni molto ristrette; nel secondo caso, invece, la decisione ha natura di contratto e dunque può essere impugnata come qualsiasi contratto.

Il ricorso all'arbitrato è frequente perché gli arbitri decidono con una rapidità ignota nei normali processi ordinari; inoltre in determinate materie le parti si affidano alla competenza molto elevata degli arbitri che designano; il contrappeso, però, è il costo: per una lite giudiziaria si deve versare allo Stato una somma non molto elevata (il contributo unificato); per l'arbitrato occorre invece pagare l'onorario ai giudici privati.

Diversa dall'arbitrato è la funzione svolta dai **probiviri** (dal latino: *vir probus*) nelle associazioni: il loro compito è dirimere le controversie tra ente ed associati o tra associati, ma nel primo caso, essendo normalmente gli stessi un organo dell'ente, non si trovano in posizione di terzietà.

In ogni caso le loro decisioni sono sempre impugnabili avanti al giudice ordinario.

5. *Le ADR e le mediazioni obbligatorie; le negoziazioni assistite*

Il legislatore tenta da decenni ma con pochi risultati di porre rimedio alla lentezza delle cause civili. Tra i meccanismi che sono stati utilizzati vi è anzitutto il **tentativo obbligatorio di conciliazione**, diretto ad imporre alle parti una trattativa prima di agire in giudizio. Questi tentativi di mediazione della controversia so-

no stati introdotti anzitutto nelle liti relative ai rapporti di lavoro; per un periodo sono state obbligatorie nelle cause relative alle locazioni di immobili urbani; dal 2012 sono state imposte per un'ampia serie di ipotesi (d.lgs. n. 28/2010) che si aggiungono, tra altre, a quelle nelle telecomunicazioni (art. 1 l. n. 249/1997) e nelle comunicazioni elettroniche (art. 84 d.lgs. n. 259/2003).

Il loro successo è però marginale e spesso si traducono in pure formalità, cui le parti si piegano in ragione della loro obbligatorietà, che peraltro non può mai pregiudicare il diritto, garantito dall'art. 24 Cost., di rivolgersi al giudice; peraltro anche il giudice dovrebbe tentare la conciliazione delle parti (art. 185 *bis* c.p.c.), ma la regola trova applicazione solo occasionale nei processi.

Altri strumenti deflattivi sono i meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie, indicati con l'acronimo inglese **ADR** (*Alternative Dispute Resolution*) utilizzato nell'art. 141 c. cons., in cui si assegna ad un soggetto diverso dal giudice, il compito di mediare tra le parti e, in caso di mancato accordo, di risolvere la lite: non si tratta però di un arbitrato, perché le eventuali decisioni non sono vincolanti se le parti non le accettano (art. 141 *quater*, 5° co., c. cons.).

In senso stretto la materia è disciplinata dal codice del consumo (artt. 141 ss.), ma vi sono anche altri settori in cui vi sono procedimenti simili, il più importante dei quali è l'arbitro bancario e finanziario (ABF), che dirime le controversie tra istituti bancari e clienti e che vanta un alto numero di pronunce che ne dimostrano un miglior successo in questo campo; sebbene anche l'ABF non emetta decisioni vincolanti, diversamente dagli arbitri in senso proprio, tendenzialmente le parti della controversia si attengono a quanto stabilito.

Laddove la procedura di mediazione sia facoltativa, si può semplicemente non aderire, mentre quando si tratti di tentativi obbligatori di conciliazione, pur dovendo attivarsi la procedura, nessuno è tenuto ad accettare una proposta conciliativa che non lo soddisfi e si potrà sempre rivolgere al giudice, data la già ricordata garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.).

Ulteriore meccanismo deflattivo è consistito nell'ampliamento della possibilità di definire transattivamente le liti, che l'art. 1966 limita ai soli diritti disponibili.

Infatti sebbene la l. n. 162/2014 ribadisca che la **negoziazione assistita** può riguardare solo diritti disponibili (art. 2), è stata però concessa nell'art. 6 la possibilità di definire consensualmente, con l'assistenza degli avvocati e fuori delle aule di tribunale, la separazione o lo scioglimento del matrimonio, sia pure con il controllo successivo del pubblico ministero, che comunque è parte necessaria anche nei processi che abbiano lo stesso contenuto.

Questo accordo, con il nulla osta del p.m., viene inviato dagli avvocati all'ufficio di stato civile del comune e produce il medesimo effetto di una pronuncia giudiziale; l'effetto deflattivo consiste nell'immediatezza della procedura avanti agli avvocati, salvo il tempo che il pubblico ministero impiega per apporre poi il nulla osta.

La medesima facoltà è concessa per lo scioglimento delle unioni civili (art. 1, 25° co., l. n. 76/2016).

6. *I rapporti regolati dal giudice*

L'art. 2908 consente al giudice, nei casi previsti dalla legge, di "costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici" tra le parti e loro aventi causa; si intende tra le parti della lite che giunge a lui per la decisione, lite che non per forza riguarda una questione economica, dato che la disposizione non pone tale limite.

Un esempio di **costituzione di un rapporto** è quello previsto dall'art. 2932: in presenza di un contratto preliminare, non seguito dal definitivo per l'inadempimento di uno dei contraenti, l'altro può chiedere che sia emessa la sentenza "che produca gli effetti del contratto non concluso"; il trasferimento del diritto, come anche l'obbligo di corrispondere il corrispettivo, saranno quindi effetto della sentenza anziché del contratto.

Il giudice non può tuttavia sostituirsi ai contraenti nel determinare il contenuto del contratto: occorre che il preliminare ne regoli compiutamente il contenuto, in modo che il giudice si limiti a dar vita al rapporto.

Rapporti possono sorgere anche in ambito familiare, ad es. con la sentenza di adozione di un minore o con la sentenza che dichiara lo stato di paternità, maternità o filiazione, creandoli dal profilo giuridico.

La costituzione di un rapporto giuridico può vedere anche l'ingresso di un soggetto nuovo: si pensi ai provvedimenti sulla capacità delle persone chiesti da chi abbia interesse, che vedano la nomina di un amministratore di sostegno, di un curatore o di un tutore. Questi soggetti entrano in rapporto tra loro, nel senso che quello nominato dal giudice curerà gli interessi di quello protetto e, con le debite autorizzazioni, si ingerirà nella sua sfera giuridica. Anche la nomina giudiziale del liquidatore della società (art. 2275) produce un nuovo rapporto con un soggetto estraneo a quelli del procedimento.

Ugualmente, l'**estinzione giudiziale di un rapporto** è possibile in molteplici ipotesi: da quelle di *status*, che pronunciano la morte presunta di una persona o lo scioglimento del matrimonio o la decadenza della responsabilità genitoriale sui figli, a quelle economiche sull'annullamento o sulla risoluzione del contratto o la sua revoca *ex* art. 2901.

Ai casi anzidetti si possono ricondurre molte più ipotesi se si accetti l'idea che anche le sentenze dichiarative di un effetto previsto dalla legge costituiscono pur sempre il presupposto necessario per la creazione o l'estinzione di un rapporto. In tal senso si possono aggiungere ad es. la sentenza che accerta la nullità o la simulazione assoluta di un contratto o di un testamento, senza la quale una parte si avvale degli effetti apparentemente fin lì prodotti.

Molto più delicata è l'ipotesi della **modifica di un rapporto** giuridico: mentre in materia di famiglia sono molti gli interventi possibili in ordine, ad es., all'esercizio della funzione genitoriale (artt. 333, 334 e 337 *bis* ss.) od ai rapporti tra coniugi (art. 342 *ter*), in materia economica gli interventi sono per lo più diretti a sostituire un elemento del rapporto con altro già regolato dalla legge.

Ad es. sappiamo che le clausole volute dai contraenti, difformi da norme imperative che indichino prezzi o durata del contratto, saranno sostituite da queste (art. 1339) e quindi il giudice, in tali ipotesi, si limiterà a dichiarare che una locazione perpetua si riduce ad una locazione trentennale (art. 1573), mentre se riguardi un immobile ad uso commerciale e sia biennale, la prorogherà automaticamente a sei anni (art. 27 l. n. 392/1978).

Invece laddove occorra valutare una determinazione dei contraenti, ad es. circa la durata di un divieto di alienazione, che deve essere contenuta "entro convenienti limiti di tempo" (art. 1379), al giudice non spetta un potere di determinazione, potendo solo valutare la congruità o meno della scelta delle parti.

Un intervento sul contenuto del contratto è possibile solo se entrambi i contraenti lo chiedano; ad es. per la riconduzione ad equità della prestazione divenuta eccessivamente onerosa (art. 1467).

Si tratta di un problema molto delicato su cui si discute da tempo, perché per una parte della letteratura esisterebbe un obbligo di buona fede di rinegoziare i contratti allorché la situazione economica originaria sia mutata notevolmente, spettando al giudice di provvedere se una non acconsenta. Per altra parte degli autori e per la giurisprudenza, invece, il giudice non può mai entrare nel merito delle decisioni economiche dei contraenti, modificandole: questa è la tesi preferibile, perché la modifica delle obbligazioni reciproche comporta la riallocazione dei rischi contrattuali secondo la propensione del giudice.

La Cassazione dice che nei contratti a prestazioni corrispettive la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, *ex* art. 1467 c.c., purché non abbia già eseguito la propria prestazione, ma non ha diritto di ottenere l'equa modificazione delle sue condizioni, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, ai sensi del 3° co. della medesima norma, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite.

7. *L'efficacia delle sentenze per i terzi*

L'art. 2908 precisa che gli effetti delle decisioni riguardano sia le parti che i loro eredi o aventi causa; l'efficacia per gli eredi è ben comprensibile, giacché loro subentrano nella situazione del defunto e trovano quindi nel suo patrimonio i diritti che sono stati riconosciti dalle sentenze rese nei processi in cui egli fu parte.

Meno agevole comprendere l'efficacia della sentenza rispetto ad un soggetto estraneo al processo, dato che il diritto di difendersi in giudizio comporta che la sentenza resa in un processo in cui non si sia stati coinvolti non è efficace (*nihil de me sine me*, è il **principio del contraddittorio**).

Tuttavia ben si comprende che le decisioni sullo *status* delle persone non pos-

sono avere effetti limitati alle parti del processo, ma coinvolgeranno anche altri soggetti cui la nuova situazione propaghi i propri effetti: chi vede riconosciuto un figlio in capo al proprio padre, diverrà fratello o sorella di questo figlio, con ogni conseguenza in termini di divieto di matrimonio, obbligo agli alimenti, diritti successori e così via anche se non sia stato parte di quel processo.

Chi vede sciolto il matrimonio o l'unione civile può risposarsi o unirsi civilmente con altra persona, sebbene questa non sia stata parte del processo di scioglimento del precedente vincolo.

Meno agevole invece la soluzione in tema di rapporti economici, dove le esigenze da proteggere sono diverse.

In linea teorica si può dire che chiunque acquisti un diritto reale o di credito, lo riceverà nei limiti in cui al proprio dante causa questo diritto è riconosciuto e dunque se ad es. il giudice, in una lite tra confinanti, dichiari che un immobile ha una consistenza minore da quella risultante dalle mappe catastali, il proprietario potrà trasferirlo solo come indica la sentenza e non come risulta da quelle mappe (è la regola *nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet*).

Senonché questa norma, che si ricava dal solo art. 2908, si scontra con altre regole, quali ad es. l'art. 1153 in tema di trasferimento di beni mobili *a non domino* e gli artt. 2652 e 2653 in tema di trascrizione di domande giudiziali relative a beni immobili.

Ben può accadere, ad es., che il giudice risolva per inadempimento la vendita del quadro di Tizio a Caio, ma che ugualmente Caio lo trasferisca a Sempronio secondo i meccanismi degli acquisti *a non domino*; qui se anche la sentenza di risoluzione sia pronunciata prima della seconda vendita, Sempronio acquisterà ugualmente la proprietà, avvalendosi della diversa disciplina.

Lo stesso vale, ma con le dovute distinzioni, in tema di trasferimenti di beni immobili, secondo la disciplina propria della trascrizione.

La giurisprudenza dice che il giudicato può spiegare efficacia riflessa anche nei confronti di soggetti estranei al rapporto processuale, quando contenga un'affermazione obiettiva di verità che non ammette la possibilità di un diverso accertamento e sempre che il medesimo terzo, il quale subisca o si avvantaggi dell'effetto riflesso del giudicato *inter alios*, sia titolare di un diritto dipendente dalla situazione definita in quel processo o, comunque, di un diritto subordinato a tale situazione.

8. *L'esecuzione forzata delle decisioni*

Come abbiamo già visto trattando la responsabilità patrimoniale del debitore (Cap. XIII), non esiste più il carcere per debiti; non adempiere agli obblighi derivanti da una sentenza non produce effetti se non derivino conseguenze ulteriori, ad es. se non crolli l'immobile che il giudice ordina di riparare.

È proprio per questo che la sentenza costituisce il **titolo** che legittima l'avente

diritto a porla in **esecuzione forzata**, cioè mediante la forza pubblica, tutte le volte che l'effetto giuridico non sia conseguenza automatica della sentenza.

In varie ipotesi, infatti, la sentenza produce da sola i propri effetti: quella che pronuncia la separazione dei coniugi consente ad entrambi di vivere separati; quella che scioglie il matrimonio elimina da sola lo *status* di coniuge.

In molti altri casi occorre invece la cooperazione del debitore: se si deve demolire l'immobile, tocca a chi è stato condannato procedervi e se questa sua cooperazione manca, spesso si può procedere con la forza pubblica, come in questa ipotesi.

Non sempre è tuttavia possibile eseguire coattivamente la sentenza, perché esistono prestazioni infungibili: la giurisprudenza ha detto che non è coercibile il rapporto di frequentazione tra genitori e figli, che si interrompe talora quando vi sia la separazione; né si può eseguire con la forza una condanna ad un *facere* infungibile. In questi casi possono esserci reazioni diverse dell'ordinamento, ad es. la condanna del debitore renitente a risarcire i danni causati dalla mancata osservanza di tali obblighi infungibili (art. 1218).

Quando invece la sentenza può essere eseguita coattivamente, si procede secondo i meccanismi dettati dal codice di procedura civile, prima intimando di eseguire la sentenza (con l'atto di "precetto") e poi, se la parte intimata non provveda, attivando la fase esecutiva.

A seconda dei casi si può procedere ad es. pignorando i beni del debitore che non paghi una somma, cioè vincolandoli e poi vendendoli tramite asta pubblica; la stessa sorte tocca anche ai beni di chi abbia garantito il debitore, es. il terzo datore di ipoteca o il fideiussore (artt. 2910 e 2911); è possibile anche pignorare i crediti del proprio debitore, ma qui si procede all'assegnazione del credito, non alla sua vendita all'asta.

Il vincolo derivante dal **pignoramento** non differisce da altri vincoli sui beni del debitore: se si tratta di beni mobili, si può chiedere al giudice di affidarli ad un custode, per evitarne la sottrazione che, pur essendo un reato, non spaventa molto i debitori incalliti.

Se si tratta di beni immobili, occorre procedere anche con la trascrizione del pignoramento (art. 555 c.p.c.), per il consueto principio per cui nel conflitto tra più soggetti verso il medesimo dante causa, prevale chi effettui per primo la pubblicità (artt. 2913 ss. anche per i vincoli apposti sui beni).

In altri casi è possibile invece eseguire proprio il comando contenuto nella decisione, ad es. facendo demolire un immobile, tagliando la catena con cui si impedisce un passaggio, distruggendo i beni copiati in violazione di un brevetto e così via: è la c.d. **esecuzione in forma specifica** (artt. 2930-2933), disciplinata nel codice di procedura con le disposizioni inerenti l'attuazione forzata degli obblighi di fare e non fare (art. 616).

SEZIONE II

LE PROVE

SOMMARIO: 1. La disciplina sostanziale della prova. – 2. L'onere della prova ed il c.d. principio di vicinanza. – 3. Le modifiche convenzionali all'onere della prova. – 4. Le prove documentali: le scritture ed il documento informatico. – 5. Altri documenti. – 6. Le copie dei documenti. – 7. La prova testimoniale. – 8. La confessione. 9. Le presunzioni. – 10. Il giuramento. – 11. Le prove c.d. atipiche e le prove illecite.

1. *La disciplina sostanziale della prova*

Si discute spesso del perché il codice civile contenga una sezione sulle prove, materia che sembra di competenza del codice di procedura civile, specie se si consideri che talune disposizioni come quelle sul giuramento, sulle testimonianze o sulla confessione giudiziale possono trovare applicazione solo nel processo.

La relazione al codice, n. 1065, spiega che le prove "vengono qui in considerazione come mezzo e strumento per far valere o per difendere generalmente i propri diritti, e ciò non solo in giudizio, ma anche fuori e prima di questo". In tal senso le relative disposizioni, aggiunge la relazione, "tendono prevalentemente a regolare la **precostituzione delle prove**" appunto al di fuori del processo.

Dunque nel codice civile troviamo la disciplina dei mezzi di prova che indicano in che modo si possano dimostrare i fatti su cui si fondano le pretese, mentre nel codice di procedura si trovano le disposizioni su come queste prove vadano richieste al giudice e su come si assumono nel corso dell'istruttoria.

Dal profilo del diritto sostanziale è importante rilevare come taluni limiti alla prova in giudizio (es. quelli contenuti nell'art. 2721 per la prova dei contratti) denotino l'utilità di impiegare determinate forme nella costituzione dei rapporti giuridici. Occorre tuttavia evitare di confondere i diversi piani della validità sostanziale di un atto con la sua prova in giudizio, sebbene sia ovvio che il fallimento della prova porti al rigetto della domanda formulata in giudizio.

2. *L'onere della prova ed il c.d. principio di vicinanza*

La regola principale in materia di prova è l'onere di dimostrare i fatti che sorreggono la pretesa o l'eccezione (art. 2697); non occorre invece precisare le disposizioni di legge applicabili, perché da sempre si utilizza il principio per cui il giudice conosce il diritto (***iura novit curia***), incluso quello dell'Unione europea.

Dunque sarà lui, di fronte alla richiesta di un bene della vita, ad individuare le regole che disciplinano il caso, salvo debba applicare il diritto internazionale, per-

ché in questa ipotesi, se non si ritiene informato a sufficienza, può avvalersi di esperti della legge straniera (art. 14 l. n. 218/1995).

La materia, all'apparenza semplice, crea molti problemi: se lamento l'inadempimento altrui, devo dimostrare quali fatti costituiscono violazione del mio diritto ad ottenere una determinata prestazione?

L'orientamento prevalente e corretto è che il creditore deve solo dimostrare i fatti che giustificano la sua pretesa (ovvero la fonte del credito, ad es. il contratto) e spetterà al debitore la prova di aver adempiuto esattamente, come indica l'art. 1218.

Ma se qualcuno chiede il risarcimento dei danni causati da un fatto illecito, pur essendo (a suo dire) creditore, la prova da fornire sarà molto più complessa: i fatti da provare in giudizio consistono nell'evento dannoso, nella dimostrazione di chi lo abbia commesso e del rapporto di causalità tra il suo comportamento ed il danno, mentre sarà il giudice a dover valutare se il danno sia ingiusto ai sensi dell'art. 2043.

Spesso questa prova è molto difficile: come fa il malato a dimostrare che c'è stato un errore del medico nelle cure, tale da aver causato un aggravamento della patologia oppure un mancato miglioramento?

Partendo da un'importante sentenza resa in materia di inadempimento contrattuale si è affermato il principio, poi utilizzato anche in tema di risarcimento da fatto illecito, per cui "l'onere della prova è a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento".

È il **principio di vicinanza (o prossimità) della prova**, già esaminato in tema di adempimento delle obbligazioni, per il quale l'onere della prova è a carico del soggetto che possa agevolmente dimostrare i fatti, anche se la domanda è stata posta contro di lui.

3. *Le modifiche convenzionali all'onere della prova*

Le parti possono modificare l'onere della prova, ad es. assegnando valore specifico ai documenti conservati da una di loro (spesso si trova una tale clausola con riferimento ai "libri" e alle altre scritture contabili della banca) oppure onerando l'una di dimostrare l'inadempimento dell'altra, rovesciando quindi la regola contenuta nell'art. 1218. Si parla in questo senso anche di **inversione dell'onere della prova**.

Questa facoltà subisce vari limiti, contenuti anzitutto nell'art. 2698: deve infatti riguardare diritti disponibili, ad evitare di disporre di quelli sottratti all'autonomia delle parti regolando la prova dei fatti che ne sorreggono la dimostrazione. In secondo luogo non deve rendere eccessivamente difficile l'esercizio della prova,

come si è detto a proposito di una polizza assicurativa contro i furti in un negozio, che poneva a carico dell'assicurato l'onere di provare di non avere lasciato aperti i mezzi di chiusura del locale.

La clausola che inverte l'onere della prova, inoltre, è vessatoria nei contratti con i consumatori (art. 33, 2° co., lett. t) e dunque è soggetta a specifica trattativa ai sensi dell'art. 34 c. cons.

4. *Le prove documentali: le scritture ed il documento informatico*

Le prime disposizioni specifiche riguardanti i mezzi di prova attengono a quelle documentali.

Qui non si indicano i requisiti di validità degli atti giuridici, che sono disciplinati separatamente (es. art. 601 per il testamento, art. 782 per la donazione, art. 1350 per il contratto ecc.), ma gli **effetti probatori** che assume il documento redatto con le forme indicate negli artt. 2699 ss. e di cui occorre tener conto per i divieti posti alla dimostrazione testimoniale di contratti che pur non necessitano di prova scritta (art. 2721).

Si noti che talora ad alcune scritture è attribuito un particolare valore probatorio: i "libri" e le scritture contabili dell'imprenditore fanno prova contro di lui (art. 2709), ma valgono anche a suo favore nei rapporti tra imprenditori, purché siano regolarmente tenute (art. 2710).

Peraltro accanto al **documento** scritto "**analogico**" esiste ormai da tempo anche il documento informatico "**digitale**", disciplinato dal codice dell'amministrazione digitale (artt. 20 ss. d.lgs. n. 82/2005, c.a.d.), che si aggiunge quindi a quelli regolati dal codice.

La forma più complessa di documento è l'**atto pubblico notarile**, che deve essere redatto secondo le prescrizioni della legge notarile (art. 51 l. n. 89/1913) e che fa fede fino a querela di falso tanto della provenienza delle dichiarazioni documentate, quanto che queste siano state fatte avanti al notaio nel momento in cui l'atto è formato (art. 2700).

E bene richiamare l'attenzione sulla circostanza che l'**efficacia probatoria** riguarda la provenienza delle dichiarazioni dalle parti, non la verità di quanto da loro affermato.

Dunque per rimuovere in giudizio l'efficacia probatoria della provenienza delle dichiarazioni, della loro raccolta da parte del notaio e della data in cui ciò è avvenuto, occorre **querelare di falso** il documento.

Invece per negare la verità di quanto dichiarato, laddove si tratti di dichiarazioni di scienza, se sono le proprie occorre rinviare alla disciplina della confessione di cui diremo, se sono quelle avversarie basterà la sola contestazione, dato che la prova dei fatti resta pur sempre regolata dall'art. 2697.

Se l'atto pubblico è stipulato da un pubblico ufficiale incompetente, ad es. dal notaio che agisce oltre i propri limiti territoriali (art. 26 l. n. 89/1913) o in un atto che

riguardi lui o suoi parenti stretti (art. 28 l. n. 89/1913) o da un segretario comunale al di fuori delle ipotesi di legge (art. 97 d.lgs. n. 267/2000), siamo in presenza di atto pubblico nullo, che tuttavia si converte in scrittura privata (artt. 2701 e 1424).

Anche l'atto pubblico può essere stipulato in forma digitale anziché analogica (artt. 47 *bis* l. n. 89/1913 e 21 d.lgs. n. 82/2005).

Si ha invece **scrittura privata autenticata** quando il documento è redatto dalle parti o da un terzo, ma sottoscritto dalle parti stesse avanti al notaio, che le identifica e ne attesta la sottoscrizione, che deve avvenire in quel momento (artt. 2703 e 72 l. n. 89/1913).

Il codice non attribuisce quindi la paternità delle dichiarazioni alle parti, ma solo la sottoscrizione ed il momento in cui avviene; tuttavia le norme di deontologia notarile impongono al notaio di "controllare la legalità del contenuto della scrittura e la sua rispondenza alla volontà delle parti, di regola anche mediante la sua lettura alle stesse prima delle sottoscrizioni".

Sia l'atto pubblico che la scrittura privata autenticata assumono "**data certa**" ai sensi dell'art. 2704, ovvero opponibile anche agli estranei ove la data assuma rilievo.

La **scrittura privata** è invece un documento privo dei requisiti anzidetti e dunque è scritto dalle parti oppure anche da un terzo ma fatto proprio dalle parti mediante la sottoscrizione, come accade ogni volta che un contratto sia predisposto da un professionista.

La **sottoscrizione** dei documenti privati, diversamente che per gli atti pubblici e le scritture autenticate, che impongono che avvenga per esteso (art. 51 l. n. 89/1913), può avvenire anche con una sigla (detta anche "paraffo") ove non si apponga l'intera firma.

Poiché purtroppo nella vita quotidiana i documenti falsi sono frequenti, la scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza (e non della verità) delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione ovvero se questa è legalmente riconosciuta (art. 2702).

Si noti che precisando "colui contro il quale la scrittura è prodotta", il codice consente che il disconoscimento provenga anche da un estraneo contro il quale si vogliano far valere effetti di un documento di un terzo, ad es. il contratto in forza del quale si rivendica un diritto ricevuto dal proprio dante causa.

Si ha **riconoscimento legale** della scrittura se questa è prodotta in giudizio ed il suo autore non neghi "formalmente" la propria scrittura o sottoscrizione (art. 214 c.p.c.), mentre gli eredi del presunto autore del documento possono limitarsi a dire di non conoscere quella scrittura (art. 215 c.p.c.).

La scrittura privata non ha data certa, a meno che le parti non abbiano provveduto alla sua registrazione presso l'agenzia delle entrate oppure vi abbiano apposto la firma digitale.

Infatti, come già anticipato, il codice dell'amministrazione digitale ha disciplinato il documento informatico ed ha previsto anzitutto la possibilità che il docu-

mento sia formato non più su supporto durevole (la carta) ma in formato digitale, cioè con scrittura che avviene mediante linguaggio informatico (codice binario) e salvato sulla memoria residente di uno o più computer.

Sono in tal senso documenti informatici una mail o un file di qualsiasi formato, ma l'art. 20 c.a.d. prevede che un file soddisfi i requisiti della forma scritta e valga come scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 "quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida" (AgID è Agenzia per l'Italia digitale).

Si parla perciò di documento informatico in due diverse accezioni: anzitutto quello cui sia apposta una firma digitale, cui ognuno può essere abilitato ottenendo l'apposito software di sottoscrizione (tutto regolato dagli artt. 24 ss. c.a.d.) nonché l'attribuzione della firma digitale, che gli conferirà data certa ai sensi dell'art. 2704.

In questa ipotesi, come indica sempre l'art. 20 c.a.d., "l'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare di firma elettronica, salvo che questi dia prova contraria", dimostrando ad es. che gli è stato sottratto il dispositivo di firma digitale e la relativa password.

In quest'ambito rientra anche la **posta elettronica certificata** (pec), che consente di accertare la provenienza della comunicazione ai sensi dell'art. 45 c.a.d.

Vi è poi il documento informatico recante una c.d. firma debole (ad es. la password per poter accedere al servizio di posta elettronica per scrivere una mail non certificata), che è privo di valore intrinseco, ma è liberamente valutabile dal giudice, sicché se ad es. una mail sia prodotta in giudizio e il preteso autore non la contesti, allora sarà attribuita a lui.

5. *Altri documenti*

La rapidità con cui la tecnologia si è evoluta dagli anni '90 del XX secolo ha reso del tutto desuete alcune regole contenute nel codice: oggi è rarissimo che si utilizzi il telegramma (art. 2705); nessuno conosce nemmeno più il telex; sono scomparsi da lunghissimo tempo i "registri domestici" (art. 2707) e nessuno utilizza più da decenni le "tacche di contrassegno" (art. 2713). Il telefax ha avuto vita breve: pur essendo stato oggetto perfino di apposita legge per consentire il trasferimento di atti giudiziari tra difensori, oggi ormai è inutilizzato ed anzi perfino vietato nei rapporti tra le pubbliche amministrazioni (art. 47 c.a.d.).

Succede invece spesso che compaiano nelle aule di tribunale messaggi scambiati con i telefoni cellulari, che potrebbero in realtà ricondursi alla nozione di documento informatico se ci si attenesse all'ampiezza della relativa nozione.

A questo proposito troviamo nel codice la sola disposizione dell'art. 2712, appositamente modificato nel 2010, per il quale **le riproduzioni** fotografiche, **informatiche** o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime.

L'ampiezza del riferimento dell'aggettivo "informatiche" è tale da assorbire ormai ogni forma di documentazione diversa da quella cartacea e che non rientri in quelle fotografiche e nelle altre indicate dalla disposizione, superando problemi che potrebbero nascere, ad es., dalla natura tecnica di un file musicale o dal filmato video registrato con il telefono cellulare.

La Corte di Cassazione dice appunto che l'e-mail ed il messaggio sms (*short message service*), sono riconducibili nell'ambito dell'art. 2712 c.c. (in tema di "riproduzioni meccaniche") e, per l'effetto, formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale vengono prodotti non ne contesti la conformità ai fatti o alle cose medesime.

6. *Le copie dei documenti*

Il valore di una fotocopia di un documento dipende dal fatto che non venga disconosciuta dalla parte contro cui è prodotta: art. 2719.

Questo ovviamente complica i rapporti ed infatti il codice regola le c.d. **copie autentiche**, ovvero i documenti che un pubblico ufficiale attesti essere conformi agli originali (artt. 2714 ss.). A tal fine occorre ricordare che i pubblici ufficiali che conservano un atto pubblico, come ad es., gli originali degli atti che i notai devono trattenere "a raccolta", gli atti dello stato civile come quelli di nascita o di matrimonio, le sentenze conservate nelle cancellerie dei tribunali, sono obbligati a consegnarne copia autentica anche se chi la chieda non sia parte dell'atto, "sotto pena dei danni e delle spese" (artt. 743 e 744 c.p.c.).

Alle volte vengono rilasciati degli **estratti autentici** di documenti, quando ad es. di un lungo verbale interessi una sola parte: in questo caso l'efficacia dell'estratto è ovviamente limitata a quanto ivi attestato (art. 2718).

Nonostante quanto indica il già ricordato art. 2712, in realtà il rapporto tra copie e documenti è più complesso se uno dei due sia informatico; l'art. 22 del c.a.d. precisa che i documenti informatici che contengono copie di atti pubblici in origine analogici (cioè formati su carta) "fanno piena efficacia, ai sensi degli articoli 2714 e 2715" purché rispettino le prescrizioni dell'art. 20 sui documenti informatici.

Invece il caso opposto è regolato dall'art. 23 del c.a.d.: "le copie su supporto analogico di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

Infine, quanto alle copie informatiche di un documento informatico, indica l'art. 24 c.a.d., "se prodotti in conformità alle vigenti Linee guida, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale, in tutti le sue componenti, è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato o se la conformità non è espressamente disconosciuta. Resta fermo, ove previsto, l'obbligo di conservazione dell'originale informatico".

Tra i soggetti abilitati al rilascio di copie autentiche, vi sono ora gli avvocati in relazione agli atti depositati da loro o dal giudice nel fascicolo telematico, che ormai da anni ha sostituito i fascicoli cartacei nel processo civile (art. 16 *bis* d.l. n. 179/2012).

7. *La prova testimoniale*

Per il diritto privato l'interesse alle regole sulle testimonianze, che si assumono solo nell'ambito del processo, emerge quando si considerino **i limiti** posti a questo mezzo di prova.

Infatti una volta rilevato che l'art. 2721 vieta la prova testimoniale per i contratti il cui valore eccede l'importo di 2,52 euro (l'importo originario di £ 5.000 è fermo dal 1942), salva la discrezionalità per il giudice di ammetterle ugualmente tenendo conto di ogni circostanza, ben si comprende l'utilità di documentare per scritto o in modo informatico tali contratti anche al di fuori delle ipotesi in cui sia obbligatorio.

Si noti che il **divieto** di prova testimoniale vale anche **per patti aggiunti** o **contrari** ad un documento che si dicano conclusi prima o contemporaneamente al documento stesso (art. 2722), mentre per i patti verbali successivi, es. una modifica di un termine, l'art. 2723 consente la prova per testimoni se la loro stipulazione appaia "verosimile" al giudice, senza che la sua decisione sia contestabile.

Le eccezioni a questi divieti sono contemplate dall'art. 2724: quando vi è un "principio di prova per scritto", quando il contraente ha perso senza colpa il documento o quando sia stato nell'impossibilità "morale o materiale" di procurarsi una prova scritta.

Tuttavia queste eccezioni valgono solo per i contratti a forma libera; infatti qualora i contratti debbano avere forma scritta a pena di nullità (art. 1350) o se debbano provarsi per scritto, come l'assicurazione (art. 1888) o la transazione (art. 1967), la prova testimoniale è ammissibile nella sola ipotesi in cui il contraente abbia perso senza colpa il documento (art. 2725).

Il testimone è un soggetto estraneo alla lite e che non ha alcun interesse al suo esito (art. 247 c.p.c.): la parte del processo non può cioè testimoniare.

I giudici applicano con rigore queste disposizioni, dicendo ad es. che per i contratti per i quali la legge prescrive la forma scritta *ad substantiam*, la prova della loro esistenza e dei diritti che ne formano l'oggetto richiede necessariamente la produzione in giudizio della relativa scrittura, che non può essere sostituita da altri mezzi probatori; in particolare, il contraente di un contratto per cui è prevista la forma scritta *ad substantiam*, privo del possesso della scrittura per averla consegnata all'altro contraente che si rifiuta di restituirla, non può provare l'esistenza del rapporto avvalendosi della prova testimoniale, poiché non si verte in un'ipotesi di perdita incolpevole del documento ai sensi dell'art. 2724, n. 3, c.c., bensì di impossibilità di procurarsi la prova del contratto ai sensi del n. 2 del medesimo articolo.

8. *La confessione*

Nel nostro ordinamento, come si è appena visto, le parti della lite non possono testimoniare, perché dovrebbero dire il vero e questo porterebbe anche a doversi dare torto per non incorrere nel delitto di falsa testimonianza; la regola è *nemo tenetur se detergere*.

Tuttavia se una parte emette dichiarazioni al di fuori di quell'ambito, ove queste abbiano ad oggetto **fatti a sé sfavorevoli**, assumono natura di confessione (art. 2730), mentre quelle a proprio favore non hanno alcun rilievo, perché non ci si può dare ragione da soli.

La confessione presuppone la **disponibilità del diritto** cui si riferiscono le dichiarazioni (art. 2731), dato che con tali dichiarazioni si giunge appunto a disporre del diritto.

La **confessione giudiziale** avviene o spontaneamente con dichiarazioni acquisite al processo o a seguito di interrogatorio avanti al giudice (artt. 2733 e art. 228 c.p.c.).

Quella **stragiudiziale** (art. 2735) è fatta in qualsiasi ambito della vita quotidiana e può consistere anche in semplici attestazioni; ad es. la sola firma apposta sotto il timbro "pagato" contenuto in una fattura è confessione del creditore di aver ricevuto il pagamento.

Il codice consente di "**revocare**" le confessioni solo se determinate da errore di fatto o da violenza (art. 2732), ma i giudici intendono correttamente con rigore il presupposto della revoca per errore, ad evitare che qualsiasi confessione venga invalidata all'occorrenza, dicendo che può essere revocata soltanto se, oltre a dimostrare la non veridicità della dichiarazione, si provi che essa sia stata determinata da errore di fatto (o da violenza), con l'onere di dimostrare anche l'errore di fatto (o la violenza) che la inficiano.

Dunque senza la prova del fatto che determina l'errore, ad es. che si è posta la firma di quietanza sulla fattura sbagliata, la revoca della confessione non è efficace.

9. *Le presunzioni*

Vi sono fatti che è talvolta impossibile accertare, sebbene siano evidenti talune circostanze: ad es. un incidente stradale di cui si possa verificare la lunghezza delle frenate delle auto, essendo invece ignota la loro velocità.

Qui abbiamo alcuni **fatti noti**: la misura della frenata ed il peso delle automobili; inoltre si sa che il tempo ordinario di reazione alla guida è di circa un secondo; vi è poi il **fatto ignoto**, cioè la velocità.

Coordinando quindi i fatti noti, è possibile risalire ragionevolmente al fatto ignoto; ragionevolmente perché nessuno sa quando abbia iniziato il guidatore a frenare, ma i dati conosciuti sono "gravi, precisi e concordanti", sicché il giudice potrà accertare – in forza di una **presunzione** c.d. **semplice**, perché rimessa al suo prudente apprezzamento (art. 2729) –, quale fosse la velocità minima di giuda ed accertare quindi se vi sia stata violazione dei limiti posti in quel tratto di strada. Le presunzioni semplici sono vietate nei casi in cui sia vietata quella testimoniale.

Si parla invece di **presunzioni legali** quando è la legge a presumere una determinata conseguenza, valutando in anticipo i requisiti rilevanti per accertare i fatti ignoti.

Ad es. il figlio nato durante il matrimonio, dice il codice, si presume concepito con il marito (art. 232) ma si tratta di presunzione superabile con l'azione di disconoscimento di paternità (art. 243 *bis*); anche il possessore si presume in buona fede (art. 1147) salvo che si dimostri la mala fede; il mandato si presume oneroso (art. 1709), ma si può dimostrare che la prestazione sia stata concordata gratuitamente.

Queste presunzioni sono definite anche *iuris tantum*, appunto perché ammettono la prova contraria.

In altre ipotesi la legge non consente invece la prova contraria, ad es. che siano persone interposte i parenti indicati nel 2° co. dell'art. 599, rispetto ai quali sono nulle le disposizioni testamentarie: questa presunzione si qualifica anche *iuris et de iure*.

Peraltro questa è una terminologia antiquata ed erronea: "presumere" un fatto e non consentire la prova contraria equivale a regolare il rapporto sulla base del fatto stesso, senza che assumano rilievo ipotetiche incertezze.

Le presunzioni, secondo la giurisprudenza, sono un mezzo di prova uguale agli altri, non esistendo una gerarchia tra fonti di prova e dunque il giudice può decidere una lite anche solo in base alle presunzioni.

10. *Il giuramento*

Il giuramento sulla verità dei fatti è un mezzo di prova che si assume esclusivamente nel processo (art. 2736) e dunque un "giuramento" reso tra privati può avere il solo valore della confessione stragiudiziale (art. 2730); chi giura il falso

vince la causa ma commette il reato di falso giuramento (art. 371 c.p.) e può essere condannato al risarcimento del danno.

Il giuramento va "deferito" (art. 233 c.p.c.), ovvero si chiede al tribunale di far giurare la controparte: non si può invece chiedere di essere autorizzati a giurare personalmente, così come non si può testimoniare in una propria causa: giustamente il legislatore non si fida.

11. *Le prove c.d. atipiche e le prove illecite*

Mentre l'art. 189 c.p.p. consente al giudice penale di dare ingresso a prove non regolate dal codice, nulla si trova in proposito per le prove inerenti i rapporti di diritto privato.

Tale assenza non è considerata uno sbarramento, dato che per la giurisprudenza, proprio perché manca una norma di chiusura sulla tassatività dei mezzi di prova, il giudice può porre a base del proprio convincimento anche prove c.d. atipiche, essendo di conseguenza legittimato ad avvalersi, ad es., delle risultanze derivanti dagli atti delle indagini preliminari svolte in sede penale, così come delle dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali.

C'è tuttavia da dire che nel processo civile vige il **principio del contraddittorio** (artt. 111 Cost. e 101 c.p.c.) e dunque le prove c.d. atipiche non assumono alcun valore privilegiato, cioè non sono decisive: possono invece rilevare come elementi gravi, precisi e concordanti e dunque costituire presunzione semplice ai sensi dell'art. 2729.

Si parla talora di **prove illecite**, ma la terminologia è scorretta: la prova di per sé non è mai illecita, illecito può essere il modo con cui la si procura, ad es. sottraendo una corrispondenza, registrando occultamente un colloquio o copiando un file da un computer altrui, con comportamenti quasi sempre penalmente rilevanti; tuttavia anche quando questi comportamenti non costituiscano reato, il giudice civile può non ammettere una prova acquisita in questo modo.

La Cassazione dice infatti che, sebbene manchi nel codice di procedura civile la sanzione della inutilizzabilità contenuta invece nell'art. 191 c.p.p., non è consentita l'acquisizione di prove avvenuta con modalità tali da ledere le libertà fondamentali e costituzionalmente garantite, quali la libertà personale, il diritto alla segretezza della corrispondenza nonché dei dati personali e la inviolabilità del domicilio, riferite alla parte contro cui la prova si vorrebbe far valere.