

R. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DELLA  
TUTELA DEI DIRITTI

(LIBRO VI CODICE CIVILE)

*LEZIONI DEL PROF. FILIPPO VASSALLI*  
*a cura del Prof. CARLO ALBERTO FUNAIOLI*



EDIZIONI ITALIANE  
VIA DEL QUIRINALE 22  
ROMA



DELLA TUTELA DEI DIRITTI

1. - Cenni sulle codificazioni in generale

Codice civile è la raccolta sistematica di norme che disciplinano i rapporti degli individui nella società; sicchè per la sua portata generale può dirsi che il nostro nuovo codice civile comprenda il diritto civile, nel più ampio significato indicato da Gaio nelle sue Istituzioni: ius proprius civitatis: in esso difatti sono compresi anche elementi o discipline di carattere non strettamente civilistico e talora neppure di diritto privato, rispetto a cui pure il cod. civ. contiene principi o esplica la funzione storica di ordinamento-base. Basti ricordare le norme sul demanio pubblico e tutta la parte riguardante le leggi in generale, per non parlare dell'intera fusione, adesso, delle norme civili col diritto commerciale (mentre tradizionalmente, almeno fino ad oggi, si suoleva additare nella distinzione fra diritto civile e commerciale la fondamentale partizione del diritto privato).

Come ordinamento della società, un codice è opera politica. Ma come esposizione necessariamente sistematica di regole di diritto, è anche e soprattutto opera di tecnica e di dottrina.

Innegabile è la potenza suggestiva acquistata da codesta forma di presentazione delle leggi, che è rappresentata dai codici, e che almeno per la nostra materia si può dire ormai universalmente adottata in tutti i paesi civili, dai tempi della rivoluzione francese in poi. Il che non toglie potersi osservare che ai periodi in genere delle grandi compilazioni di tal fatta non corrispondono le ore di maggior florilegio giuridico e di pensiero, per la maggiore stasi che comportano nell'evoluzione del diritto. Si rammenti che il periodo aureo del pensiero giuridico di Roma fu durante la repubblica, quando i principi del diritto anzichè ordinatamente



raccolti da un potere legislativo costituito erano affidati ai responsi dei giuriconsulti e all'aequitas del pretore. Già la codificazione dell'editto perpetuo corrisponde a un certo ristagno dell'evoluzione giuridica di Roma. La compilazione giustiniana coincide con un'epoca di decadenza.

Nel medioevo il periodo glorioso della scuola italiana dei Glossatori, dal secolo XI in poi, fu appunto quello in cui più incerte apparirono le leggi, per il contrasto fra la pratica barbarica e le fonti romane che rimasero in vigore fino a Napoleone, e più potente fu quindi l'apporto costruttivo dell'opera degli interpreti. Infine anche il codice francese napoleonico (promulgato nel 1803 e tutt'oggi vigente) compose il ciclo delle grandi correnti di pensiero del razionalismo illuministico del '700; così come nel codice austriaco del 1811 ebbero sbocco palese, non senza influssi anche del codice napoleonico, gli insegnamenti già ascoltati della scuola di diritto naturale. E il codice civile germanico del 1900, succedette alle maggiori scuole giuridiche tedesche: l'affermarsi della scuola storica e quella dei pandettisti.

Sull'opportunità dei codici appunto non si può non ricordare l'allora celebre polemica svoltasi in Germania nell'800 fra il Thibaut e il Savigny (quest'ultimo e la scuola storica che egli rappresentava erano contrari alla codificazione, ritenendola appunto un ostacolo alla evoluzione dello spirito giuridico). Vantaggi appunto dei codici in confronto alle leggi speciali, prevalenti ad es. in certi rami del diritto pubblico (costituzionale ecc.), sono in particolar modo l'agevole consultazione e la certezza delle norme, vieppiù complesse col moltiplicarsi dei rapporti regolati dalla legislazione nell'andare dei tempi.

Pertanto, ogni ordinamento giuridico porta seco l'impronta dei tempi che lo maturarono, dei principi non solo politici bensì economici e tecnici-giuridici, delle scuole, dei bisogni dell'epoca (benchè anzi la politica vera e propria non possa che tutt'al più influenzare indirettamente la disciplina di un codice civile, e trovi invece la sua e-



spressione in altri campi del diritto). Ispirata a criteri prettamente scientifici appare ad es. l'impostazione del codice tedesco.

Da quanto abbiamo detto deriva evidente che, per quanto qua e là in norme singole e soprattutto in certi particolari campi, l'ispirazione sociale possa più o meno farsi sentire (es. definizione della proprietà, rilievo sistematico che oggi vien dato ai contratti di lavoro, ordinamento delle bonifiche e dei fondi, ecc.), tuttavia di un codice civile solo i periti del diritto abbiano ad essere i principali artefici. Si potrebbe affermare, in certo senso, che un codice è opera scolastica.

Si è soliti dire che i politici danno la materia, quando il codice nuovo deve anche innovare nelle fondamentali strutture; i giureconsulti danno la forma. Ma è distinzione puramente astratta. Essa non ha riscontro nella realtà, poichè tranne in quei casi del tutto eccezionali in cui la volontà legislativa può erompere in una semplice formula imperativa, la legge nei rapporti che o'interessano è sempre di complessità estrema: il legislatore non può non essere un giureconsulto egli stesso. Il comando nuovo non può raggiungere il suo effetto se non s'inserisce nella struttura complicata del diritto preesistente. Onde la legge civile, e ciò può parere strano, finisce per forza di cose coll'esprimersi, più che per comandi, per ragionamenti.

Neppure è da credere, adunque, che il cambiamento di un codice voglia dire staccarsi di punto in bianco da tutta la struttura e il bagaglio acquisito della tradizione anteriore. Come diverso modo di presentazione dell'ordinamento legislativo di un popolo, il codice nuovo può subire innovazioni più o meno profonde rispetto al codice vecchio: innovazioni sistematiche e formali, discipline di rapporti erom-penti dalla pratica e prima non regolati dal diritto, provvidenze talvolta d'ordine politico, economico, sociale e accoglimenti di dottrine e di sviluppi delle ultime correnti scientifiche e di giurisprudenza. Ma ciò non impedisce che perfino nei secoli l'intelaiatura fondamentale e originaria di un ordinamento, pur attraverso le modificazioni storiche talora



notevolissime di discipline singole, possa solo assai lentamente arrivare ad essere alterata: tanto è vero che tutti i più importanti istituti, dai più noti contratti alla proprietà, al possesso, all'eredità, ai rapporti di famiglia, alla dote, alla patria potestà e all'adozione, e, per non fare che degli esempi, ai concetti del dolo e della colpa, al rapporto obbligatorio e alla prescrizione, derivano dritto alle nostre presenti legislazioni dall'ordinamento giuridico romano (il diritto romano in Germania rimase addirittura in vigore fino a circa 40 anni or sono).

Insomma, anche se è da supporre che ogni opera codificativa accogliendo in sé il frutto di nuovi sviluppi del pensiero e della pratica rappresenti sempre una tappa nel cammino della storia, vedervi un completo distacco dalla legislazione precedente sarebbe certo un errore; non meno che sembra illusione l'obiettivo perseguito da certe dottrine politiche, di arrivare a fare un codice che possa essere senz'altro compreso dal popolo, senza bisogno di periti del giure o di tecnicismi interpretativi.

## 2. - Elementi della riforma del codice civile italiano.

La pubblicazione del codice attuale, cominciando dai primi libri, fu iniziata gradualmente. Esso è entrato in vigore definitivamente il 21 aprile 1942. Succede a quello del 1865, già derivato in maniera larga e manifesta dal modello napoleonico sia per la tecnica che per i principi politici.

Il codice civile nostro ebbe molteplici impulsi al suo rinnovamento: il proposito fu concepito netta mente subito al finire della guerra passata sia per attuare una serie di riforme che si rendevano più urgenti ad unificare l'ordinamento delle nuove province con quello vigente presso di noi, sia per coordinare col codice diverse innovazioni che si erano andate attuando o anticipando nella legislazione di guerra: il che offriva anche il destro di realizzare aspirazioni di riforme parziali che s'erano affermate negli anni ormai lunghi di vita del codi-



ce. Intendimenti prevalentemente di unificazione legislativa e di emendamento tecnico: i quali caratterizzarono il lavoro predisposto durante molti anni dalla Commissione reale per la riforma dei codici e che diede origine ai progetti di tre libri (famiglia, successioni, diritti reali), a cui è da aggiungere il progetto italo-francese d'una legge comune delle obbligazioni e dei contratti. Se di questi progetti, e particolarmente degli ultimi due, non molto si ritrovi nella fisionomia e nella struttura del codice nuovo, non è da mettere in non cale il contributo recato con essi alla riforma oggi attuata, mediante il riesame approfondito di ogni istituto, la meditata elaborazione di particolari innovazioni.

Il libro I del codice, pubblicato nel dicembre 1938, è il più vicino a codesti progetti della Commissione reale: esso contiene istituti, la cui riforma era stata espressamente prevista dalla legazione legislativa contenuta nella legge del 30 dicembre 1923: assenza, filiazione naturale, adozione. Pel matrimonio l'innovazione radicale s'era già operata per effetto del Concordato con la Santa Sede, che il codice civile rispecchia, prendendo atto della conseguente duplicità di statuti matrimoniali (cioè duplicità di leggi o ordinamenti giuridici regolatori: la legge canonica per il matrimonio canonico e canonico-civile; la legge civile per gli effetti civili, e per il matrimonio civile e degli acattolici). Sul terreno politico l'innovazione più profonda, sempre nell'ambito del I libro, concerne il regolamento della filiazione naturale: e non tanto l'ammissa ricerca della paternità, sulla quale largo era il consentimento, pur facendosi riserve sugli effetti da attribuire alla pronunzia giudiziale, quanto il riconoscimento della filiazione adulterina, di cui è prematuro valutare gli effetti sulla compagine dell'ordinamento familiare. L'osservazione, tuttavia, a cui non può sottrarsi lo studioso del nostro diritto, è la meno evidente conciliazione tra il perseguito rafforzamento dell'istituto familiare e la possibilità legalmente aperta d'una pluralità di famiglie, tutte potenzialmente idonee a conseguire parità di situazione giuri-



dica; tra il divieto di divorzio e codesta possibilità di più connubi, coesistenti, anzichè in ordine successivo. Il che forse riflette il processo più accidentale di questa parte della riforma, operata sotto la spinta di motivi diversi e non sempre coordinati, prima forse che fosse maturato nei suoi motivi fondamentali il piano politico della riforma. Nel quale tuttavia ben s'intende come si inseriscono gli accresciuti interventi del potere pubblico nell'ambito della vita familiare, che trovano la più saliente espressione nell'ordinamento della tutela, ma che si manifestano nelle molteplici funzioni attribuite al giudice tutelare, e più in generale all'autorità giudiziaria, anche rispetto all'esercizio della patria potestà e in una serie di momenti della vita familiare; l'affiliazione introdotta a fianco di un'adozione resa più aderente ai bisogni dei semplici e ai voti del sentimento; il patrimonio familiare nuovo strumento della solidarietà domestica nel campo patrimoniale.

Anche nel libro delle successioni, pubblicato il 26 ottobre 1939, gli emendamenti tecnici prevalgono sulle innovazioni sostanziali: il che è anche naturale, non essendovi nel diritto successorio che due momenti di rilievo politico, l'ammettersi o negarsi la trasmissione dei beni a causa di morte, il riconoscere o negare, data la prima soluzione, l'efficacia della volontà del titolare dei beni rispetto alla devoluzione dei medesimi. Ferma la successione nei beni, come esplicazione del diritto di proprietà privata, la riforma ha agito sulla misura della quota disponibile, nel caso che il de cuius abbia figli legittimi o naturali o coniuge superstite, nel senso di ridurre la quota stessa, incontrando le critiche di chi vuol ravvisare in ciò un indebolimento dei poteri del pater familias; ha agito sulla misura dei diritti del coniuge e dei figli naturali nella successione ab intestato, sotto la spinta di motivi che raccomandavano un più favorevole trattamento dell'uno e degli altri, esponendosi tuttavia, per quanto riguarda la quota di proprietà attribuita in alcuni casi al coniuge superstite, alla obiezione che non sempre è giustificato dall'ipotesi di una collaborazione nell'ac-



crescimento dei beni il passaggio ad estranei - che si opera attraverso la persona del coniuge - di beni i quali hanno costituito il frutto del lavoro di una o più generazioni d'una stessa famiglia.

Pregevoli perfezionamenti tecnici si sono conseguiti, oltre che nella distribuzione della materia, nelle norme sull'acquisto dell'eredità, sul diritto di rappresentazione, sul passaggio dei beni ereditari, sulla petizione di eredità, sull'eredità giacente; mentre le norme sulla divisione, le quali hanno portata generale che trascende le comunioni ereditarie, risentono l'ispirazione di criteri meglio informati all'interesse della pubblica economia.

Senonchè fin qui i diversi libri del codice erano impostati in cantiere sui modelli desunti dal codice anteriore, con la sola variante di una quadripartizione imposta dallo stralcio della materia delle obbligazioni formante oggetto della legge comune italo-francese, e con la forzata distribuzione nel quadro dei quattro libri delle materie comprese nel codice del 1865, di tutte le materie stesse, niente di più, niente di meno.

A questo punto si rese evidente non potersi procedere oltre sugli schemi così predisposti: fu problema di ordine e problema politico insieme quello della nuova impostazione da cui il codice attuale derivò la sua fisionomia e i suoi caratteri, attraverso i lavori svolti tra gli ultimi mesi del 1939 e i primi giorni del 1941. (1)

---

(1) Per i lavori preparatori quindi, qualora la relazione del Guardasigilli non sia sufficiente, la cui lettura però serve sempre a dare un orientamento immediato per la spiegazione delle norme del codice, si possono consultare, in linea di massima, dopo i progetti più antichi, le seguenti fasi di sviluppo dell'opera di codificazione in ordine di tempo: prima i lavori della commissione reale, poi il progetto ministeriale (detto allora definitivo e in seguito chiamato preliminare), infine gli atti della commissione parlamentare o delle assemblee legi-



Il piano non poteva più ormai riguardare che le materie residue, cioè - se si fosse rimasti fermi alle impostazioni predeterminate - la disciplina dei rapporti patrimoniali.

L'eliminazione di un separato codice di commercio non è che lo sviluppo logico della nuova impostazione: in un codice che vuol considerare unitariamente la vita economica, a fianco dell'attività intermediaria degli scambi (diritto commerciale in senso stretto) si pone l'attività trasformatrice dell'industria, si pone la produzione agraria (diritto agrario), la funzione del credito e delle assicurazioni; si pongono altri aspetti dell'attività umana, come le produzioni dell'ingegno, le professioni; gli stati professionali di conseguenza non vengono presi in considerazione con esclusivo riguardo al commerciante, ma al produttore in genere, al contadino, all'operaio, nel quadro più ampio della società giuridicamente organizzata; si disciplina la proprietà temperando il più possibile le esigenze del singolo e della produzione, in base a una valutazione dei principi dell'economia (anche se qui indubbiamente per il più prossimo riflesso delle idee politiche si tentò di agganciare la proprietà all'ordinamento corporativo, e si fusero all'uopo nel codice varie leggi speciali sulla bonifica, legislazione mineraria, acque pubbliche); similmente nel regolamento dei rapporti obbligatori non s'indulge più al tradizionale favor debitoris oltre i limiti di un'efficace tutela del credito, onde creditore e debitore siano tutti e due parimenti difesi. L'affidamento della buona fede dei terzi viene tutelato con larghezza nei negozi giuridici, pur senza trascurare fundamentalmente a base dell'efficacia di questi la tutela della volontà.

---

relative (anni 1939-41 per i lavori sugli ultimi libri). Una buona edizione per riferimenti ai lavori preparatori è quella a cura di Pandolfetti, Stella-Richter, ecc. ed. Giuffrè, Milano. La relazione del Guardasigilli, quando non sia compresa nell'edizione del codice, si può trovare stampata dalla Libreria dello Stato. Essa non ha valore di legge, perchè nel sistema moderno non è dettata dallo



I quali concetti tutti, in realtà, non sono la peculiarità o la scoperta di questo o quel sistema politico, ma piuttosto sono l'espressione di sviluppi storici e tecnici da tempo acquisiti e neppur propri esclusivamente di un dato paese, anche se nella Relazione avvenga di ritrovarli spesso collegati alla carta del lavoro (la legge che attribuiva valore giuridico alla Carta del Lavoro è ora abrogata).

Entra infine nel codice (libro V), ed è il portato di oltre quarant'anni di affermazioni delle masse nel campo sociale e delle grandi organizzazioni industriali, l'impostazione sistematicamente a sé stante di tutto il diritto del lavoro, la cui disciplina quasi ignorata dal codice italiano anteriore (che ne accennava solo a proposito della locazione di opere) faceva la nostra legge civile abrogata per questo aspetto, retribiva rispetto ai progressi di altre parallele legislazioni straniere.

Accanto al diritto del lavoro, s'introduce nel codice la nozione della impresa, alla quale ha dedicato studi assidui la più recente dottrina; ed a lato di questa si pongono nel codice forme di lavoro estranee al lavoro nell'impresa.

Così dal lato strettamente tecnico, chi confronti il vecchio codice con quello odierno non può non cogliere anche nella partitura esteriore la concezione sistematica diversa. Il codice del 1865 riproduceva la tripartizione del codice francese, troppo sommariamente giustificata con l'esempio delle Istituzioni giustiniane (persone; beni, proprietà e sue modificazioni; modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose): tripartizione, questa, originariamente galiana (personae, res, actiones). Per tal modo il codice italiano del '65 s'impostava immediatamente come un sistema di diritti soggettivi, era il sistema dei diritti civili, intesi come diritti di carattere meramente privato e di ragione individuale, che concernono la proprietà e la famiglia. (E' l'espres-

---

stesso os principis che promulga la legge, ma serve tuttavia da prima guida non vincolante per l'interpretazione.



sione di Pisanelli, Chiesa e Mancini).

Ma i diritti soggettivi concessi all'individuo, nella più ampia estensione dei quali si è voluta solitamente ravvisare l'espressione della disciplina atomistica dei rapporti dei singoli nei regimi liberali (principio della libertà, dogma della volontà) non sono in realtà che uno strumento, non l'unico possibile, nè l'unico universalmente usato in tutti i Paesi, per il raggiungimento dei fini del diritto in senso obiettivo, ossia dell'ordinamento giuridico. Basti pensare che non è affatto fondato su un sistema di diritti soggettivi lo schema tipico del diritto penale, e nel diritto amministrativo il più delle volte si ha riguardo non tanto a diritti soggettivi quanto a interessi legittimi, e accanto a questi diritti e interessi esistono categorie di doveri e di obblighi, di potestà pubbliche e regolamenti collettivi, con diversi rapporti e situazioni giuridiche e diverse sanzioni, ecc. ecc. Così per es. nel nostro cod. civ. il libro del lavoro non è più ordinato sistematicamente in base alla natura dei diritti soggettivi cui si riferisce, ma in base a un criterio puramente economico di raggruppamento della materia: si osservi infatti che se non fosse per questo criterio economico, le norme di tale libro essendo tipicamente di natura obbligatoria dovrebbero rientrare quasi per intero nel precedente libro IV delle obbligazioni.

Sotto questo punto di vista il codice odierno, prospettando nella famiglia, nel lavoro, nell'impresa le forze motrici della vita civile, nella proprietà, nelle obbligazioni, nelle successioni i momenti della vicenda economica, mira a dare della vita stessa una disciplina integrale, nella quale i diritti soggettivi s'inseriscono come un elemento del quadro più complesso e assumono quella figura che meglio ne rivela la riduzione a funzione. D'altra parte ai diritti soggettivi come tali, per non far che un esempio, si riferisce ancor oggi tutta l'istituzione del libro VI ("della tutela dei diritti") del quale infra specificamente intendiamo occuparci; e al sussistere dei diritti soggettivi, e quindi di un'autonomia della volontà individuale come



potere di produrre effetti giuridici, si riduce pur sempre nelle sue linee fondamentali il problema talora ansiosamente discusso del sopravvivere del diritto privato.

Con la soppressione di un separato codice di commercio s'immettono insomma nel codice civile una folla di contratti e di rapporti attraverso i quali si svolge l'attività economica più fervida e più rilevante: così i contratti d'impresa, i titoli di credito, le vendite speciali; s'immettono nel codice senza perdere nulla della loro fisionomia, ma acquistando un riferimento di singolare evidenza e fecondità, il riferimento all'impresa. E questo stesso riferimento schiude al diritto agrario quelle possibilità che erano contese dagli schemi del vecchio codice, indifferenti per questo riguardo a uno degli aspetti più vitali dell'economia nazionale.

Il che non toglie, s'intende, come abbiamo sopra accennato, che norme e materie qui introdotte già generalmente esistevano nelle varie leggi speciali vecchie e nuove, le quali però qui vengono riunite e coordinate e spesso, oltre a innovazioni singole, acquistano coll'introduzione nel codice più vasta portata e importanza: anche se l'accelerato susseguirsi dei lavori di codificazione soprattutto nella fase conclusiva 1939-1941 non sempre permise quell'approfondita ponderazione tecnica e quella rifinitura dei particolari che avrebbe potuto desiderarsi.

### 3. - Caratteri del l. VI cod. civ.

Noi ci occuperemo del libro VI (1). Con esso,

---

(1) Come va appena avvertito, gli accenni che qui si svolgeranno intorno ai motivi e ai lineamenti generali degl'istituti, particolarmente dal prossimo § in poi, presuppongono preventivamente lo studio e la comprensione delle disposizioni del codice in materia, sulla scorta qui largamente indicata della relazione del Guardasigilli; così come presuppongono



assolutamente nuovo e originale nella distribuzione della materia - a parte i miglioramenti tecnici - si è pensato di raccogliere in un complesso organico varie discipline non certo ignote neppure al codice del 1865, ma non sempre felicemente concepite e che avevano trovato comunque un collocamento irrazionale e frammentario nel terzo libro.

Infatti tutti i diritti soggettivi di cui qui espressamente si tratta, anche se variamente secondo la lor varia natura e le varie possibili contingenze - come osserva già la relazione del Guardasigilli - richiedono una protezione, che sarà più o meno intensa, più o meno affidata o condizionata all'iniziativa della parti interessate, ma senza della quale la loro efficacia o il loro vigor pratico si dissolverebbe o rimarrebbe esposto ad offese senza rimedio.

A tale scopo di protezione o di tutela sono per tanto preordinati istituti di carattere prevalentemente strumentale, il cui impiego è largamente generalizzato. Ora l'inserirli, come avvenne nel 1865, in un libro che si intitolava "Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose", era evidentemente artificioso, e conduceva a ravvicinamenti arbitrari o stravaganti, come quello per cui il sequestro giudiziario aveva finito col prender posto tra i contratti. Quanto meno e a prescindere da questi casi estremi, doveva portare e ha portato all'una o all'altra di queste conseguenze: o ad imprimere anche alla formulazione delle relative discipline il carattere generale che loro compete; e allora ne nasceva una evidente incongruenza, almeno di ordine logico ed estetico, tra il titolo e il contenuto del libro. E' quel che si vede, ad esempio, nelle disposizioni sulla prescrizione. Oppure - altra e diversa conseguenza - a ridurre quelle discipline in termini di disposizioni particolari,

---

le nozioni istituzionali relative (testi di istituzioni consultabili: Messineo, "Manuale di diritto civile e commerciale", ed. 6<sup>a</sup>, vol. II; e De Ruggiero - Marci, "Istituzioni").



con che si finiva col restringere il campo della loro applicazione diretta, lasciando all'interpretazione analogica di estenderne indirettamente l'impero fuori di quel campo; e allora ne nascevano inconvenienti non più soltanto d'ordine logico ed estetico, ma anche d'ordine pratico. E' quel che si vede, ad esempio, in materia di onere e di mezzi di prova.

Insomma si tratta qui nel libro VI di istituti di portata generale, secondo quanto intende affermare la relazione del Guardasigilli. Perciò, mentre è parso inopportuno ed eccessivamente teorico premettere al codice una parte generale, come si usa in dottrina ed han fatto anche alcuni codici stranieri, invece nel VI libro l'idea di riunire con maggiore utilità dal lato legislativo, a conclusione del codice, una serie di istituti già fatti rientrare forzatamente negli altri libri, ha avuto successo e l'innovazione sembra assai felice (Per una simile disposizione della materia della tutela dei diritti a chiusura della trattazione del diritto civile vedi per es. in dottrina già i pandettisti e da noi il "Manuale di diritto civile" di Nicola Coviello: i quali però vi facevano rientrare anche la teoria dell'azione, la cui natura invece è oggi dai più ritenuta puramente processuale).

Premettiamo fin d'ora, per dare uno sguardo di insieme alla giustificazione del contenuto del libro, che la trascrizione non si può assolutamente considerare solo un accessorio rispetto al trasferimento dei diritti reali su certi determinati ordini di beni. Esso è fondamentale istituto di pubblicità, e quindi di tutela dei terzi, di riflessi assai più ampi, che ha applicazione a tutta una svarziata serie di fenomeni, atti negoziali e processuali, provvedimenti giudiziari, e atti e provvedimenti amministrativi regolati anche fuori del codice da leggi speciali.

Esclusivamente dal punto di vista astratto dell'armonia sistematica v'è chi ha detto che anche altre forme di pubblicità avrebbero potuto prender posto in questo libro (per es. tutti gli atti dello stato civile, i registri delle persone giuridiche o delle successioni, e gli altri registri su cui spe-



cificamente vedi qui infra), ma essendo queste di applicazione più ristretta e con caratteri specifici, non è parso opportuno distaccarle dagli altri singoli istituti ai quali direttamente si coordinano o si riferiscono (diritto delle persone e famiglia, nel caso testè accennato degli atti dello stato civile, ecc.) così come nella sistematica del codice non è parso opportuno per es. disciogliere i rapporti patrimoniali fra coniugi - dote ecc. - dal regime della famiglia (I libro), e perciò si è preferito staccarli dalla sede degli altri diritti patrimoniali e obbligatori.

La funzione pubblicitaria generale della trascrizione appare anche più evidente se si considera insieme con quella - pure di fronte ai terzi - delle ipoteche, che si compie negli stessi registri immobiliari ed è disciplinata in questo stesso VI libro.

Portata generalissima, rispetto a tutto il diritto civile, ha il titolo "Delle prove", in quanto queste rappresentano come un trait d'union fra il diritto civile e la procedura (né si collegano unicamente alla materia delle obbligazioni, cui le avvicinava il vecchio codice). Si capisce, però, come meglio vedremo, che esse vengono qui solo in considerazione dal lato sostanziale, ossia non riguardo alle forme e ai modi del loro espletamento, di cui la disciplina è riservata al cod. proc. civ., ma unicamente riguardo alla loro ammissibilità a seconda della natura dei diritti da provare (ad es. si stabilisce che di certi diritti soggettivi non si può dar la prova testimoniale, il che non è mera norma di procedura bensì incide sull'essenza dei diritti stessi); e vengono 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 (si pensi alle c.d. prove precostituite: prova per iscritto, scrittura privata, atto pubblico).

Principio generale riguardante tutta la materia dei rapporti patrimoniali, anche se derivanti da diritti di famiglia, successioni, ecc., può considerarsi il complesso terzo titolo, che raggruppa le norme sulla responsabilità patrimoniale, sulla



cause di prelazione e sulla conservazione delle garanzie patrimoniali. Si è osservato che la regola della responsabilità patrimoniale (e cioè coi beni, non colla persona) tocca la protezione pressochè di tutti i diritti soggettivi, che prima o poi, direttamente o indirettamente implicano o determinano il sorgere di corrispondenti obbligazioni altrui con contenuto e carattere patrimoniale. Nè d'altra parte sono strutturalmente compenstrate ai rapporti obbligatori le cause di legittima prelazione di cui qui nel III titolo si tratta, e cioè i privilegi, il pegno e l'ipoteca. Anzi esse riguardano non solamente i rapporti sostanziali a cui garanzia possono venir concesse, ma si profilano insieme e forse più in vista dell'esecuzione in cui si fanno valere, mediante intervento della pubblica autorità.

Meno che mai sarebbe esatto ricondurre tutta la materia dei privilegi, pegni e ipoteche nel libro della proprietà e dei diritti reali, perchè i privilegi non sono certo diritti reali, e la natura giuridica dell'ipoteca è discussa (oltre che non diritto reale può essere ritenuta anzi un istituto non sostanziale, ma processuale). E certo neppure sarebbe stato opportuno, infine, scindere nella topografia del codice i principali diritti di garanzia (ossia gl'istituti relativi), mentre è evidente come questi rispondano in gran parte a una funzione e quindi a una disciplina comune. Anzi, appunto in virtù di tale concetto della garanzia s'inseriscono qui in seguito, se non la clausola penale, la caparra ecc., almeno l'azione surrogatoria, revocatoria, il sequestro conservativo e l'opposizione a pagamento (tra i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale).

In particolare, quanto abbiamo detto sulle prove, si può ripetere per le condizioni e gli effetti sostanziali dell'esecuzione forzata (titolo IV): "della tutela giurisdizionale dei diritti".

Infine a tutta la dottrina dei diritti soggettivi, non di un determinato tipo soltanto, si applicano le norme sulla estinzione per prescrizione e per decadenza (titolo V); è ora separata opportunamente dalla prescrizione estintiva, di cui qui si tratta, la prescrizione acquisitiva o usucapione,



ricondotta nella sede più propria del possesso (poichè si usucapisce in quanto con determinati requisiti si possiede).

Valga inoltre fin d'adesso osservare che l'inclusione della prescrizione nel concetto di "tutela" dei diritti, che a un occhio superficiale potrebbe parere strana in quanto conduce a perdere anzichè a difendere ciò che si aveva, si giustifica perchè nell'istituto della prescrizione l'effetto giuridico di privar di un diritto soggettivo il suo titolare non è fine a sè stesso, ma serve appunto non meno, per questo verso, dell'usucapione, a garantire definitivamente dopo un certo periodo di tempo, l'inattaccabilità di ogni situazione giuridica a favore di chi se l'è costituita: inattaccabilità anche da parte di colui che in origine potesse far valere in contrario legittime azioni, o reazioni.

Passeremo ora a esaminare singolarmente i vari istituti.

#### 4. - La trascrizione e i registri di pubblicità in generale, nell'attuale legislazione.

La trascrizione (art. 2643 ss. cod. civ.) è una forma di pubblicità.

Determinati atti debbono essere scritti in determinati registri (questa l'operazione materiale da cui l'istituto della trascrizione prende il nome); tali registri si chiamavano "registri delle trascrizioni" nel codice del 1865, affiancati dai "registri delle iscrizioni" (iscrizioni cioè che sono la forma di pubblicità delle ipoteche); gli uni e gli altri tenuti da un pubblico ufficiale, che veniva detto Conservatore delle Ipoteche.

Tutte queste denominazioni che risentono più che altro di ordinamenti amministrativi, sono state alquanto modificate nel nuovo codice, il quale non parla più di registri delle ipoteche e di registri di trascrizione e di Conservatore delle Ipoteche, ma solo di registri immobiliari e di Conservatori dei Registri immobiliari (si comprendono cioè unitamente



in tale espressione i due ordini di registri su menzionati).

Il riferimento tipico delle trascrizioni come delle ipoteche ai soli beni immobili, salvo oggi ad essere oggetto di trascrizione eccezionalmente alcuni beni mobili registrati che vedremo (nave, aeroplano, automobile), è un effetto del diverso trattamento che è fatto, e non potrebbe non essere fatto, alle cose mobili rispetto alle cose immobili. La scuola dei fisiocratici e il codice Napoleone partirono dalla fondamentale convinzione della maggiore importanza economica e politica della proprietà degli immobili rispetto a quella dei mobili. Di contro, si è bensì molto discusso nei tempi moderni per porre in rilievo l'accresciuta importanza della ricchezza mobiliare rispetto a quella immobiliare. Si è persino arrivati a dire, cosa spiegabile in paesi di intensa vita commerciale, che la ricchezza mobiliare è per certo verso più importante della ricchezza immobiliare. Il che forse è esagerato. Ma quello che non può mutarsi è che, anche a parte la questione del valore, la diversa natura dei beni comporta una ineliminabile diversità di esigenze economiche e giuridiche, onde le cose immobili non si possono trattare come le mobili e viceversa, soprattutto nel campo della circolazione dei beni. Differenza, questa, che è veramente scolpita nella natura delle cose, poichè l'importanza che ha la consegna materiale della cosa in ordine al trasferimento dei beni mobili (che uno avendo acquistato si prende e si porta via) non è evidentemente attribuibile al caso parallelo di consegna sempre più o meno simbolica di immobili.

Ricollegandosi dunque propriamente ai beni immobiliari, l'istituto della trascrizione ha per suo fine essenziale di rendere palesi con relativa sicurezza e in modo spedito le diverse situazioni giuridiche di un immobile a chiunque abbia interesse di conoscerle. Lo scopo di questo istituto è quello di



realizzare la visione dei mutamenti giuridici dell'immobile. Tutto questo per le cose mobili non serve, perchè quando un oggetto mobile è passato da un soggetto ad un altro, è un altro istituto giuridico che giuoca, e precisamente il possesso. Istituto del possesso il quale, pur dando luogo ~~una~~ molteplicità di regolamenti diversi, si fonda pur sempre sul primordiale concetto di rendere esteriormente riconoscibile il mutamento del destino giuridico delle cose (si pensi come punto di partenza al caso della consegna fisica, per cui una cosa esca dalla disponibilità materiale dell'uno ed entri nella disponibilità materiale dell'altro).

E' stato anzi detto da qualcuno che il possesso adempie, rispetto alle cose mobili, una funzione di pubblicità analoga quodam modo a quella propria, per es. nella trascrizione delle cose mobili.

Ma a parte simili sforzi di avvicinamenti teorici puramente approssimativi, gl'istituti di pubblicità in senso stretto, non tutti raccolti qui nel libro VI, hanno nel diritto moderno un'importanza grandissima, e sotto un punto di vista generale, le principali forme e innovazioni in questa materia, meritano accanto alla trascrizione di essere ricordate nel confronto col vecchio codice.

Già, naturalmente, nel codice del 1865 non si faceva cenno di alcuna pubblicità di beni mobili (che colla trascrizione dei beni immobili pur avendo aspetti comuni non va confusa): la pubblicità dell'aeroplano, della nave, dell'automobile, è venuta dopo; e quindi il registro aeronautico, il registro navale, il registro automobilistico.

Nuovo è poi nell'attuale codice il registro delle persone giuridiche, delle quali il codice del 1865 non parlava, mentre oggi ne è fatta un'ampia regolamentazione. Vorremmo dire che tutti gli elementi essenziali e tutte le vicende delle persone giuridiche private devono essere iscritti nel registro delle persone giuridiche (disposizioni di attuazione del cod. civ. art. 22 ss.).

Non parliamo, inoltre, di quella fondamentale



pubblicità di tutte le vicende della vita umana, che si attua con il registro delle nascite, delle morti, di cittadinanza, dei matrimoni. Tutto questo forma oggetto di una legge a parte.

Il codice di commercio organizzava una notevole pubblicità rispetto a diverse materie commerciali ed in particolare rispetto alle società commerciali e ad eventi della vita del commerciante: ad es. per l'autorizzazione a esercitare un commercio.

Oggi, nel nuovo codice, non si parla più di registrazione solo delle società commerciali, ma si parla in senso più ampio di un registro delle imprese. Nel concetto d'impresa, di cui già conosciamo la portata politica come pilastro del diritto del lavoro, le società commerciali rientrano come nel genere la specie. Si distingue, nella disciplina di questa materia del codice, tra imprese soggette a registrazione e imprese non soggette a registrazione. L'impresa dell'agricoltore, per esempio, non è soggetta a registrazione; invece, l'impresa del commerciante è soggetta a registrazione, sia del commerciante singolo, sia delle società commerciali.

Dunque, quella che era la pubblicità delle società commerciali nel vecchio codice, è ricomparsa nella pubblicità delle imprese (art. 2188 ss.; quali siano le imprese soggette a registrazione lo dice l'art. 2195, riprodotto quello che nei vecchi codici era l'elenco degli atti di commercio).

Il registro è pubblico, come tutti quelli di cui abbiamo parlato finora (registri delle trascrizioni, iscrizioni di persone giuridiche, ecc.). Sono pubblici, cioè, questi registri, in doppio senso: sia perchè tenuti da pubbliche autorità, sia perchè chiunque può accedere a questi registri, ricavarne tutti i dati che occorrono ed ottenere il rilascio di estratti e certificati autenticanti le notizie ivi contenute. I registri sono, dunque, a disposizione di chiunque.

Per gli effetti della registrazione, nel caso delle imprese, è fondamentale l'art. 2193, che ha poi il suo riscontro nelle trascrizioni. Dispone lo art. 2193: "I fatti dei quali la legge prescrive l'i-



scrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza. L'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposto dai terzi dal momento in cui la iscrizione è avvenuta".

Dunque, quando l'iscrizione è fatta sul pubblico registro, si ha una presunzione assoluta di conoscenza. Pertanto chi ha rispettato le norme sulla iscrizione e ne ha resi pubblici tutti quei fatti che la legge vuole, non si potrà mai sentire dire che sono ignorati. Ma allo stesso modo, chi abbia ommesso di iscrivere un fatto di cui la legge vuole la iscrizione non può opporre questo fatto ai terzi: i terzi lo ignorano. Solo che qui la presunzione non è assoluta, perchè la legge ammette che l'interessato provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza.

Oltre quelli che sono compresi nell'ordinamento dello stato civile (nascita, matrimonio, morte, riconoscimenti di figli naturali, adozioni) si è istituito un registro "delle tutele e delle curatele" (materia non poco rielaborata nell'attuale legislazione), di riflessi pratici assai notevoli, perchè qui si tratta della capacità di soggetti che interessano ai terzi (disposiz. attuaz. art. 47 e ss.).

Abbiamo anche una pubblicità organizzata in materia di successioni ereditarie, che non avevamo prima, con i registri presso le cancellerie delle preture: nei quali registri delle successioni si dovranno scrivere il maggior numero di avvenimenti relativi a questo fenomeno della trasmissione dei beni (disposiz. attuaz. e transitorie, art. 52, e in generale sui registri artt. 254-55).

Ci sono infine registri anche per certe vendite, alle quali occorre assicurare la pubblicità sempre nell'interesse dei terzi. Sono le vendite con "riserva di proprietà" (art. 1524 cod. civ.) e le vendite di macchine "con privilegio" (art. 2762).

In particolare, il fatto che la legge esiga



in questi casi la registrazione si giustifica perchè la vendita con riserva di proprietà (disciplinata ora espressamente per la prima volta in questo codice) opera una deroga a quelli che sono i normali principi regolatori del trasferimento dei beni (che si compie di solito all'atto del consenso per mero effetto di questo); nè la riserva di proprietà apparisce dal possesso, che qui passa al compratore prima che a lui la proprietà si trasmetta.

L'altro caso, quello del privilegio, è che si abbia la vendita di una macchina di cui non si riserva la proprietà, ma su cui il venditore, non essendogli ancora stato pagato tutto il prezzo, vuole un privilegio (ossia una causa di prelazione nell'eventuale concorso con altri creditori, come si stabilisce nell'esecuzione forzata) rispetto a tutti coloro che su quella stessa macchina possano vantare dei diritti insieme con lui. Il privilegio, a differenza degli estremi della vendita cui si riferisce, non ha bisogno di essere registrato.

Si avverta per ultimo, di sfuggita, dal lato terminologico, che in tutte queste forme di pubblicità come abbiamo visto si usa ora il termine "iscrizione", ora "trascrizione", ora, in senso generico, "registrazione". Onde è d'uopo qui richiamare l'attenzione che non si deve confondere quanto sopra con un altro istituto, detto appunto in senso tecnico "registrazione"; la quale ultima è prevista e regolata da leggi fiscali, come il bollo, però ha anche alcuni effetti di diritti civile.

Tale registrazione, che vien compiuta da parte dell'apposito Ufficio del Registro, è richiesta per alcuni contratti, in generale per i contratti scritti, ma ci sono anche dei contratti verbali che devono essere registrati: i contratti di locazione. E' anch'essa una forma di pubblicità, poichè per suo mezzo nei pubblici uffici si trovano conservati gli atti, ma la finalità è diversa: la quale prima di tutto consiste nella percezione di diritti tributari sopra l'atto. Dal punto di vista del diritto sostanziale la registrazione ha l'effetto di rendere la data dell'atto opponibile ai terzi. Senza la registrazione nelle specie di



cui si tratta l'opponibilità ai terzi della data sarebbe per legge esclusa, meno in alcuni casi: per es., se è morto chi ha sottoscritto l'atto, diventa certo anche di fronte ai terzi che egli deve aver sottoscritto in data non successiva a quella che risulta della sua morte.

5. - In particolare, caratteristiche dei sistemi in uso di pubblicità degli acquisti immobiliari.

Il principio della trascrizione, cioè di quella forma di pubblicità di cui dobbiamo occuparci, è un principio il quale comporta delle limitazioni rispetto al principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico relativo al trasferimento dei diritti sulle cose.

Il diritto italiano, continuando la tradizione del diritto francese, ha questo principio: che i diritti sulle cose si trasmettono per virtù del consenso legittimamente manifestato. I diritti sulle cose in genere, quindi, su mobili ed immobili. Si vuol dire con questo che il contratto di per sé opera il trasferimento del diritto sulle cose indipendentemente da ogni altro elemento. Quindi la volontà delle parti è sufficiente ad operare sia il trasferimento del diritto sui beni, sia la creazione o la costituzione di un diritto sui medesimi. Con il consenso che si manifesta nel contratto si può trasferire la proprietà. Esempio quotidiano, la compra vendita. Con il consenso si può costituire una enfiteusi; con il consenso si può costituire un usufrutto.

Questo principio, che ha avuto la sua formulazione nel codice Napoleone e poi di lì nel codice italiano del 1865, è contenuto nell'art. 1376 del codice civile del 1942: "Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale oppure il trasferimento di ogni altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato".



Puro consenso dunque, ma legittimamente manifestato. Puro consenso anche se si tratta di trasmettere la proprietà di un fondo. I contratti relativi agli immobili esigono la formulazione scritta. Se è rispettata questa esigenza di forma, l'effetto si produce immediatamente.

Come si pone di fronte a questo principio, che vale così per gli immobili come i mobili, il principio per il quale è obbligatoria la pubblicità? Che effetto ha la mancanza della pubblicità, che si attua mediante la trascrizione per gli immobili? Rientra la trascrizione nel caso degli immobili tra i requisiti necessari perchè il consenso sia legittimamente manifestato?

Se l'accennato principio fondamentale della trasmissione dei beni per effetto di mero consenso dovesse avere la sua piena applicazione, ne seguirebbe che quando una persona vende un immobile ad un'altra persona, il secondo ha acquistato e il primo non può più disporre del diritto della cosa. Altra persona la quale successivamente acquistasse dallo stesso venditore si troverebbe a non aver acquistato nulla (avendo acquistato a non domino), perchè il diritto sarebbe già passato in precedenza dal venditore ad altra persona.

Questo urta con le esigenze della certezza del diritto sugli immobili; urta con le esigenze del credito, il quale vuole essere assicurato e assistito, soprattutto in materia d'immobili.

Il terzo ignora l'atto (terzo in senso giuridico, cioè il successivo compratore estraneo riguardo al primo atto di alienazione). Orbene, con il sistema francese, al quale si richiama, pur con sensibili modificazioni, il sistema italiano della trascrizione, si vogliono appunto tutelare le esigenze del terzo, dando a lui qualche possibilità di conoscere se l'immobile che gli viene venduto abbia già formato oggetto di precedenti negozi. Perciò nasce la remora, onde se una persona ha successivamente trasferito la proprietà della cosa o costituito diritto su immobili a più persone, per es., ha venduto il fondo ad A, poi successivamente ha venduto lo stesso fondo a B, non funziona più quel principio fondamentale che abbiamo



detto. Non funziona in questo senso, che giuoca il principio della trascrizione. Come giuoca questo principio?

Se A ha reso pubblico il suo acquisto mediante la trascrizione del suo atto di acquisto (dell'atto di alienazione cioè con cui egli ha comperato dal venditore), allora B deve sapere che il venditore non ha più la possibilità di disporre la vendita, perchè ormai il suo trasferimento è stato reso pubblico mediante trascrizione: c'è la presunzione assoluta di conoscenza, ossia non è ammessa la prova contraria (dell'ignoranza). Per es., se B acquista dopo che A ha già trascritto il suo acquisto, non può far valere il fatto che effettivamente egli ignorava questo acquisto. Abbia costui consultato o no i registri fondiari, A è perfettamente in regola; egli è il proprietario. Ma, viceversa, se il proprietario abbia bensì venduto prima ad A e poi a B, ma A non abbia reso pubblico il suo acquisto, ossia non lo abbia trascritto, e B che ha acquistato dopo abbia trascritto prima di A, in questo caso la trascrizione costituisce una ragione di preferenza, e tra i due acquisti vale quello che prima ha trascritto, che prima ha pubblicato: ciò per quanto B che ha trascritto prima e quindi opposto prima ai terzi il suo acquisto ma che ha comperato dopo di A, abbia in realtà comperato dal venditore quando questi avendo già venduto ad A non era più proprietario e quindi non avrebbe più potuto disporre, secondo il principio che tradizionalmente si ripete per cui "nemo plus iuris transferre potest, quam ipse haberet" (si osservi in questa ragione di preferenza attribuita alla trascrizione il manifesto parallelismo con la simile funzione attribuita per i mobili al possesso nell'art. 1155).

Dunque resta fermo che la trascrizione, nella sua forma più elementare e più importante comporta una ragione di preferenza tra più acquirenti di immobili dallo stesso venditore. E perciò comporta una deroga a quello che è il principio fondamentale in materia di trasmissione dei diritti nell'ordinamento italiano. Dico nell'ordinamento italiano, perchè altri ordinamenti giuridici rispondono alla



stessa esigenza con ordinamenti del tutto diversi, e si ritiene che rispondano anche meglio.

Gli ordinamenti che sono venuti in considerazione ogni volta che si è discusso della proprietà, sono principalmente: l'ordinamento austriaco della intavolazione, l'ordinamento germanico del libro fondiario, e l'ordinamento australiano della immatricolazione.

Prendiamo il sistema austriaco, sistema della intavolazione, delle tavole, che sono poi i registri fondiari. Il principio del diritto civile austriaco relativo alla trasmissione dei diritti sulle cose, è il principio del diritto romano, non è il principio francese che per consenso si trasferiscono i diritti sulle cose (ciò in quanto che nel diritto romano, per trasferire la proprietà di un bene non era sufficiente il puro consenso contrattuale, ma occorreva altresì la "traditio" del possesso, o le formalità della "mancipatio" e della "in iure cessio", quando non si richiedeva addirittura anche - secondo l'opinione di alcuni - il pagamento del prezzo).

Il principio romano per cui il mero consenso non basta alla trasmissione viene ripetuto nel sistema austriaco con una formula che si trovava in una tarda costituzione romana imperiale e che viene alquanto evisato in questa ripetizione. Si dice, nel sistema austriaco: non col semplice consenso si trasferiscono i diritti sulle cose, ma con la tradizione e con la trascrizione. Secondo il diritto romano, si distinguono il titolo di acquisto e il modo di acquisto: cioè due momenti. Il titolo di acquisto è l'accordo di volontà. Il contratto (così la vendita, che è negozio consensuale, la donazione ecc.) non ha che un effetto obbligatorio, cioè il contratto obbliga una parte a trasferire all'altra il diritto di cui si tratta, ma il trasferimento non si opera con questo accordo. Il trasferimento si opera in un momento successivo, praticamente



distinto, che è il modo di acquisto. Nel linguaggio della scuola si dice: titulus e modus acquirendi. Per dirla in una parola sola, è il sistema della tradizione (trasferimento della proprietà mediante il possesso). Ciò vale per le cose mobili ed immobili. Quella che è la tradizione per le cose mobili, è la intavolazione per le cose immobili.

Che cosa ne viene? Ne viene che neppure tra le parti la proprietà passa per virtù del contratto. Tra venditore e compratore non passa la proprietà quando la vendita è perfetta (al momento per es. della firma) a differenza di quello che avviene nel diritto italiano e francese. Nel diritto austriaco il contratto di per sé si limita a porre lapremessa al trasferimento: la proprietà rimane dove è, rimane al venditore, non passa all'acquirente. La proprietà appunto passa solo nel successivo momento della intavolazione, ossia della registrazione del contratto nei libri fondiari. Se dunque il contratto è il titolo, questo dell'intavolazione è il modo di trasferimento anche fra le parti; si dice cioè che l'intavolazione ha effetti costitutivi tra le parti; e quindi conseguenziale che il problema dei terzi nasce per noi, ma non nasce per questo ordinamento giuridico. Infatti col sistema tavolare la proprietà passa dunque nello stesso momento fra le parti e di fronte ai terzi. Per questi ultimi il pericolo di un'alienazione occulta è quindi impossibile, perchè un'alienazione non risultante dai registri fondiari non può esistere. Si aggiunga che in questo sistema austriaco dell'intavolazione i registri sono tenuti in ordine di fondi (non in ordine di nome delle persone cui i fondi appartengono): è stato detto quindi che tale sistema dà davvero in ogni momento lo stato civile dei beni immobili. Vien chiamato sistema reale, questo dell'ordinamento dei registri per fondi e non per persone: come il nostro sistema delle mappe del catasto (che però in Italia ha solo valore fiscale).

Il sistema di pubblicità del diritto austriaco testè descritto, si distingue da quello del diritto germanico (originariamente prussiano) che va sotto il nome dei registri fondiari, con il sistema della



iscrizione. Rispetto al diritto austriaco qui il diritto germanico è andato oltre e ha un principio assai diverso. Anche nel diritto germanico la proprietà non passa per il semplice consenso, ma quando si tratta di immobili, la iscrizione nel libro fondiario fa qualche cosa di più di quello che per l'Austria abbiamo visto sopra.

Infatti il diritto austriaco mantiene pur sempre la distinzione del titulus e modus. Quindi può avvenire che uno abbia operato la intavolazione e non sia diventato proprietario perchè è viziato il titolo; per es., per un vizio di consenso o per incapacità delle parti. Sicchè non si può stare tranquilli fino a quando non è maturata la usucapione. Invece nel sistema germanico, quando un trasferimento è iscritto nel libro, il titolo rimane per così dire assorbito; tutti i vizi del titolo cioè sono superati, non possono più essere cercati per farli valere; sono sanati: l'iscrizione vale titolo. La pubblicità ormai riassorbe in sé tutto quello che precede, compreso il titolo di acquisto.

Questo sistema naturalmente esige un'organizzazione di una perfezione estrema (basti pensare alle gravissime conseguenze cui un errore condurrebbe): organizzazione che in Germania si tende ad assicurare anche mediante l'apposito Tribunale del Libro Fondiario. Quanto all'atto dell'iscrizione, essa si compie mediante la dichiarazione che le parti fanno di voler trasmettere e ricevere la proprietà dinanzi all'ufficiale preposto al libro fondiario, cui spetta accertare la regolare validità di forma e di sostanza del negozio.

Quando l'iscrizione è fatta l'acquisto è inattaccabile. Non vanno pertanto confusi i due sistemi, che hanno qualche analogia ma del tutto diversa struttura giuridica. La tenuta dei libri è simile per ciò che sono i registri reali, cioè ogni fondo ha il suo foglio; i registri sono tenuti per fondi, non sono tenuti per persona, sicchè ogni fondo ha la sua pagina, sulla quale le operazioni di trapasso, la costituzione di ulteriori diritti sopra l'immobile, comprese le ipoteche, vengono annotate, con grande vantaggio per la certezza del diritto e rapidità della



consultazione da parte degli interessati.

Simile al tedesco era già prima, per quel che riguarda la tutela dei terzi, il sistema australiano dell'immatricolazione ("Act Torrens", dal nome del suo inventore: sistema che a sua volta per certi aspetti si può richiare addirittura a quello già un tempo relativamente assai perfetto attuato nell'antico Egitto greco-romano). Il sistema dell'immatricolazione australiana consiste in ciò, che ogni fondo viene immatricolato in un registro pubblico a madre e figlia, il quale contiene anche una pianta di esso. Alla immatricolazione si procede su domanda dell'acquirente. Si premettono opportuni annunci oper mettere in guardia i terzi. Scorsi i termini o risolte le controversie, il titolare riceve la figlia del registro, la quale coll'autorità dello Stato attesta irrefragabilmente dinanzi a tutti il suo diritto.

6. - Il sistema della trascrizione italo-francese oggi in vigore.

Orbene. Di fronte ai sistemi fin qui accennati, quello italo-francese in vigore, in cui la tenuta dei registri è fondata sui fogli personali, non in ordine di fondi, è invece molto più incomodo per la ricerca. Nè d'altronde ha effetti costitutivi tra le parti, nè può dar la certezza del diritto e la sicura tutela dei terzi sopra accennata (a parte nel nostro vecchio codice l'inconveniente costituito da tutti i vari atti non singolarmente soggetti a trascrizione). Inoltre da noi il concetto tradizionale è che la trascrizione non è mai un obbligo, un dovere posto dalla legge: al contrario è facoltativa, ma costituisce in compenso quello che tecnicamente si chiama oggi un onere, cioè è necessaria se si vuole dalle parti che si producano a loro vantaggio gli effetti giuridici ~~che~~ della trascrizione sono propri (la molla che giuoca qui è quindi unicamente quella dell'interesse delle parti).

Il sistema della trascrizione italiana prende o-



rigine precisamente dal diritto consuetudinario francese. In diritto romano, i modi speciali organizzati per il trasferimento della proprietà, davano di per sé stessi una certa pubblicità alle alienazioni. La "mancipatio" aveva dei testimoni; l' "in iure cessio" si compieva davanti ai magistrati; anche il modo non solenne costituito dalla "traditio" conteneva l'espressione di una certa notorietà in sé stesso, per il passaggio materiale del possesso che originariamente indicava. Venuti meno da tempo pur col sopravvivere del diritto romano tali antichi formalismi, si sentì tanto più la necessità di dare soprattutto alle vicende degli immobili una efficace pubblicità di fronte ai terzi (perché questi dopo di avere in buona fede acquistato non abbiano poi a subire l'evizione, ossia la perdita della proprietà, o a rispondere di un'ipoteca occulta ecc. senza aver avuto il mezzo prima di guardarsi contro tali pericoli: avverso i quali pericoli minaccianti i terzi le trascrizioni e le iscrizioni sono oggi rivolte). Perciò nel droit coutumier nacque la forma più primordiale di trascrizione dai cosiddetti "pays de nantissement" ossia dalle regioni in cui si usava per il trasferimento della proprietà degli immobili una investitura ("nantissement" nato dall'antica solennità feudale di "vest et devest"); quest'investitura aveva dapprima carattere di diritto pubblico e fiscale, poi solamente di pubblicità di diritto privato. Di qui la vera trascrizione in senso odierno fu creata dal Direttorio nella Rivoluzione francese (legge 11 brumaio anno VII, ossia 1° nov. 1798). Stranamente soppressa dal codice Napoleone (che è il codice francese tuttora in vigore), fu ripristinata in Francia contro il pericolo delle alienazioni occulte con una legge del 1855, e di qui le nostre successive codificazioni italiane l'accolsero.

Quando vi fu l'annessione delle nuove provincie di Trento e Trieste dopo la guerra 1815-18, venne un certo stimolo ad abbandonare il nostro sistema della trascrizione ed avvicinarsi o prendere quello austriaco della intavolazione; ma fu facile persuadersi che, rompendo la tradizione anteriore, troppo poco affidamente avrebbe potuto dare il nostro catasto per una complessa organizzazione di questo gene-



re.

Anche il nuovo catasto non sembra rispondere pienamente alle esigenze del sistema dei Libri Fondiari. Invece il sistema tavolare austriaco fu ed è tuttora mantenuto nelle suddette nuove province (dunque in Italia vigono due diversi sistemi di pubblicità).

Di fronte ai difetti e al bisogno di riforme del nostro sistema della trascrizione un notevole ritocco si ebbe durante la guerra passata, e si ebbe per ragioni fiscali, cioè non per preoccupazioni civilistiche, ma al solo fine della percezione delle tasse. Si notava soprattutto come un evidente difetto del sistema contenuto nel codice 1865, il fatto di non essere ivi soggetti a trascrizione e sfuggire quindi a ogni possibilità di controllo da parte dei terzi, un gran numero di atti importanti, riguardo alle vicende della proprietà dei beni: in particolar modo gli atti mortis causa (cioè i passaggi di proprietà per effetto di eredità o di legato), gli atti di divisione, ecc. La legislazione bellica (con due provvedimenti dell'anno 1916 e del 1918, riassunti poi in un testo del 1923), appunto impose a scopi fiscali la trascrizione obbligatoria (non più puramente facoltativa come nel codice civile) delle divisioni d'immobili, degli acquisti immobiliari per atto testamentario, degli atti di costituzione di vincolo dotale, ecc. Qui si stabilirono delle multe per il caso che la trascrizione fosse omessa, e si arrivò a dare almeno di fatto un quadro abbastanza completo delle vicende degli immobili.

Tutto questo non avvantaggiò molto l'ordinamento giuridico della trascrizione; però conseguì l'effetto pratico che nei registri delle trascrizioni comparirono molto più atti di quelli che vi comparivano prima.

Tuttavia gli autori di quei provvedimenti fiscali non tennero presenti dei progetti di riforma che avrebbero potuto fin da allora darci un buon sistema della trascrizione; soprattutto il progetto Gianturco del 1905 e il progetto Scialoja del 1910. Sono questi i due studi più notevoli che si sono avuti sulla trascrizione del nostro codice civile. Dato il particolare interesse del tema, lo stesso Scialoja riprese l'antico progetto e ne fu fatto uno nuovo avente per



base quello del 1910, e modificato anche con l'apporto di altri civilisti, tra cui il Venezian e Coviello.

Nell'ultimo studio delle riforme del codice civile, la Commissione Reale mise a punto un progetto di riforma della trascrizione, che aveva questo di particolare, che rendeva la trascrizione necessaria anche per l'acquisto inter partes, in maniera su questo punto analoga al sistema austriaco (da cui per il resto però il progetto si distaccava). Trascrizione quindi costitutiva. Tra le varie ragioni di questo atteggiamento, c'era quello di cercare un accostamento con il regime che si era mantenuto nella Venezia Giulia e Venezia Tridentina. Nell'ultima fase della riforma questo progetto fu abbandonato, fra le contrastanti opinioni sull'opportunità o meno dell'innovazione. Si era visto da taluni con soddisfazione l'abbandono del principio francese, che in fondo era estraneo alla tradizione giuridica italiana perchè fino alla introduzione del codice civile francese in Italia, il principio era rimasto quello della tradizione romana. Contro queste ragioni si osservava che si sarebbe venuti a creare una duplicità di principi nel nuovo diritto civile per quel che riguarda la trasmissione dei diritti sulle cose, perchè per gli immobili a differenza dei mobili non sarebbe stato sufficiente il titolo, ossia il consenso che nel titolo è contenuto. E potendo ormai con principio tipicamente moderno disporre ciascuno delle cose sue liberamente per contratto, senza nessun intervento dello stato, si è ritenuto che sarebbe eccessivo dar la sensazione che neppure si può vendere la cosa propria, senza ricorrere comunque a un ufficio amministrativo.

Così, quando già il libro era pronto si tornò a un rifacimento del sistema originale.

Quindi il quadro organico che ora viene esposto nei suoi ordinamenti essenziali non si distacca troppo da quello del codice del 1865, anzi il principio cardinale è sempre quello, soltanto che è assai completato e notevolmente migliorato. Si è cercato di trarre dal sistema tutto quello che era possibile e utile ai fini dell'istituto, mantenendo in



tatto il principio sul quale esso si fonda, cioè il principio che le proprietà si trasmettono e si costituiscono per consenso e la trascrizione non è modo di acquisto. Rimane quindi un modo di pubblicità.

7. - Atti soggetti a trascrizione e loro effetti in base all'art. 2644.

Tutto ciò premesso, vediamo qualcosa in particolare:

La relazione del Guardasigilli così riassume i difetti cui si è teso a porre rimedio, del codice 1865:

"Basta ricordare - egli dice - che la trascrizione era richiesta dal codice solo per limitate categorie di atti relativi alla proprietà immobiliare, che sfuggivano alla pubblicità tutti gli atti traslativi mortis causa, che non era neppure indirettamente assicurata la fondamentale esigenza della continuità delle trascrizioni, che mancava quasi completamente un'efficace tutela dei terzi di buona fede, che infine il principio nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet veniva spinto sino alle estreme conseguenze, col risultato che quasi mai l'acquirente di un bene immobile poteva avere una completa tranquillità sull'acquisto fatto e che solo coll'usucapione egli poteva ritenere di avere definitivamente consolidato il suo acquisto".

Ora l'art. 2643 completa rispetto al vecchio codice l'elenco fondamentale degli atti che sono soggetti a trascrizione: soggetti a trascrizione per produrre gli effetti stabiliti subito dopo dall'art. 2644. Intendiamo dire cioè, dal lato sistematico, che la menzione dei vari atti soggetti a trascrizione è distribuita nei vari articoli. Ma nel primo articolo (2643) sono compresi gli atti ai quali si applica la regola dell'articolo immediatamente seguente: effetti della trascrizione (2644). Per tutti gli atti che vengono negli articoli seguenti, gli effetti sono del tutto diversi da questo e devono essere considerati volta per volta. Questa è la ragione del raggruppamento seguito nell'esposizione della legge.



Dice l'art. 2644, importantissimo per intendere la materia di cui parliamo: "Gli atti enunciati all'art. precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi. - Seguita la trascrizione, non può avere effetto verso colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore.

Osserviamo:

a) Sul primo comma: sempre riguardo unicamente a gli atti di cui all'art. 2643, la trascrizione è necessaria se si vuole che questi producano i loro effetti riguardo a tutti i terzi. I terzi sono coloro che non sono parti, cioè non i due soggetti contraenti. Ma va qui accuratamente evitato un errore nel quale sono incorsi pure gli studiosi: non è da ritenere che senza la trascrizione gli atti in parola non abbiano effetto che fra le parti; cioè non è da ritenere che l'atto non trascritto, non pubblicato, sia opponibile ai terzi in genere. Quando io ho acquistato mediante un regolare contratto di compra vendita un immobile da Tizio, quando tra Tizio e Caio questo contratto è avvenuto, la proprietà è passata da Tizio a Caio. Ma anche nei confronti della generalità dei terzi esiste e vale questo passaggio di proprietà; essi devono riconoscerlo. Sono solo alcuni terzi allora che possono trarre degli effetti dalla mancata trascrizione e ai quali cioè l'acquisto trascritto non è opponibile (ossia di fronte a questi è inefficace). Quindi la proprietà si acquista sia nei rapporti tra le parti, sia di regola nei confronti dei terzi, sempre per virtù di consenso legittimamente manifestato. Invece è necessaria la trascrizione perchè l'atto produca i suoi effetti non solo riguardo alle parti e alla generalità dei terzi, ma sia opponibile a qualsiasi terzo, a tutti i terzi, anche a quelli - dice l'articolo di cui sopra - che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione dell'atto medesimo: cioè è necessaria la trascrizione perchè un acquisto si possa opporre anche a quel terzo che a sua volta abbia egli pure acquistato e trascritto un diritto sullo stesso immobile (si parla qui di



trascrizione e di iscrizione, ossia di acquisto di proprietà o diritti reali parziari o anche ipoteca: perciò all'acquirente di uno qualunque di tali diritti che omise la formalità possono opporre la mancanza di questa i terzi che avendo invece trascritto abbiano da far valere sull'immobile diritti in contraddizione con quello; insomma contro chi trascrive o iscrive non si possono far valere sullo stesso bene se non acquisti di diritti già a loro volta trascritti o iscritti). Dunque, è solo una particolare categoria di terzi, nei rispetti dei quali la trascrizione è richiesta.

b) Sul secondo comma: dunque solo rispetto agli atti dell'art. 2643 (i quali singolarmente saranno oggetto del nostro esame subito appresso, solo rispetto a tali atti si esplica ed è qui appunto sancita nel capoverso del cit. art. 2644 quella tipica funzione di criterio di preferenza fra più acquisti successivi di diritti sulla medesima cosa, che nel § 5 dicemmo essere propria della trascrizione secondo il sistema adottato in Italia. Infatti nel primo comma come abbiamo testè veduto si stabilisce in genere che ogni trascrizione o iscrizione su un fondo non può essere contraddetta da un terzo se non avente una trascrizione o iscrizione anteriore (chiunque sia questo terzo o da chiunque abbia acquistato). Il secondo comma si riferisce in particolare al caso di due successivi aventi causa del medesimo autore (compratori, donatari ecc.): prevale chi per primo ha trascritto, non chi per primo ha acquistato, appunto perchè quando il secondo acquirente ha trascritto, i diritti del primo non gli possono venire opposti se non furono trascritti anteriormente (si tenga presente che il primo e il secondo acquirente, avendo contrattato tutti e due colla stessa persona ma non tra di loro, sono terzi l'uno rispetto all'altro).

Riassumendo, chi ha acquistato prima rimane quindi soccombente rispetto a chi ha acquistato dopo purchè quest'ultimo abbia trascritto. Oppure può anche avvenire un altro caso: Tizio acquista la proprietà, non trascrive l'atto, e successivamente un altro acquista l'ipoteca sull'immobile e iscrive la ipoteca. Cosa succede? Che Tizio ha la proprietà, ma questa rimane limitata dall'ipoteca, che anche se venuta dopo è stata però resa pubblica con la iscrizione. Lo stesso avviene se a carico del proprietario, e cioè a danno di lui viene da



altri trascritto a proprio favore l'acquisto di un usufrutto.

c) Infine quanto agli atti tassativamente elencati dall'art. 2643, ai quali soli come sappiamo si riferisce l'esaminato valore della trascrizione come criterio di preferenza in base all'art. 2644, poco c'è di particolare da dire. Quali sono questi atti?

1) Notevole è l'introduzione nel codice del diritto di superficie (art. 952 ss.), di cui l'acquisto e le modificazioni son qui assoggettate a trascrizione (art. 2643 n. 2): e cioè è da trascrivere all'atto dell'acquisto sia la proprietà superficiaria vera e propria (ossia proprietà divisa fra più persone nel senso verticale, proprietà di edificio su suolo altrui, proprietà di case per piani, ecc.), sia il mero diritto reale di superficie come concessione ad aedificandum, ossia permesso di edificare sul suolo altrui (per cui la proprietà superficiaria si costituirà quando la costruzione si porrà in opera). Tuttociò prima del nuovo codice era controverso nella pratica e nella giurisprudenza; non essendovi nel codice 1865 una norma espressa che ammettesse il diritto di superficie; contro la tradizione romanistica per cui chi era proprietario del suolo lo era anche di tutto quello che stava sopra e sotto. Quindi, dove oggi si riconosce l'esistenza di più proprietà divise nel senso verticale, un tempo non ci poteva essere che un solo diritto di proprietà: se c'erano altri diritti, non erano proprietà ma diritti su cose altrui.

*Diritto di superficie*

2) Accanto alla coesistenza di più proprietà divise per piani, si noti (n.3) la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti: sulla necessità di trascrizione in questi casi non vi potrebbe esser dubbio poichè qui nella comunione e nella comproprietà cui la riforma ha rivolto la sua attenzione non si hanno diritti distinti, ma contitolarietà di più persone in un diritto unico.

*Comunione*

3) Abbiamo visto che dell'usufrutto si parla al n. 2, invece dell'uso e dell'abitazione si parla al n. 4. Perchè? Perchè per l'usufrutto si può parlare di costituzione, di trasferimento, di modificazione: invece, rispetto all'uso dell'abitazione,



non si può parlare che di costituzione, di modificazione, ma non di trasferimento, perchè è noto che uso ed abitazione sono diritti personalissimi, non suscettibili di trasmissione da una persona all'altra.

4) Come si rende pubblica la vendita volontaria, si rende pubblica la vendita forzata, cioè l'asta (n.6). C'è un caso in cui la vendita all'asta non deve essere trascritta, poichè in tal caso richiedere l'iscrizione sarebbe evidentemente superfluo, ed è quando l'immobile viene aggiudicato al terzo possessore durante il processo di liberazione dell'immobile dalle ipoteche. Terzo possessore è colui che già aveva acquistato l'immobile da una persona contro la quale esisteva un'iscrizione ipotecaria.

5) Nel rango dei rapporti che propriamente per loro natura sono obbligatori (anzichè diritti reali come quelli di cui sopra), sono assoggettati in particolare a trascrizione per la maggiore importanza dovuta alla lor lunga durata "i contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni" (n.8) e "gli atti e le sentenze da cui risulta la liberazione o cessione di pigioni o fitti non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni" (n.9); la proprietà è notevolmente modificata da un patto per cui si è rimesso il pagamento delle pigioni o cedute le pigioni a terzi; quindi tal patto è opportuno sia reso pubblico. Lo stesso dicasi sulla natura giuridica del rapporto obbligatorio per "i contratti di società e di associazioni con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari, quando la durata della società o dell'associazione eccede i nove anni o è indeterminata" (n.10). Anche qui, nel caso in cui si tratta di un rapporto reale, si ricade nel n. 1 di questo articolo.

6) Accanto ai contratti di società e di associazioni si pongono gli atti costitutivi di consorzi che abbiano lo stesso contenuto (n. 11).

7) Innovando decisamente sul cod. 1865 che considerava l'anticresi (istituto per vari aspetti simile al pegno) come un contratto a effetti pu-



ramente personali, inopponibile ai terzi acquirenti, il nuovo codice sottopone i contratti di anticresi alla trascrizione. In tal modo questo istituto, che per la precarietà della situazione cui dava luogo era caduto in disuso, secondo quanto opina la relazione del Guardasigilli dovrebbe poter diventare un efficace strumento di garanzia di credito.

Si sottopone a trascrizione anche la transazione in materia immobiliare, che il vecchio codice non prescriveva in base al preconconcetto teorico della natura puramente dichiarativa (non costitutiva) della transazione stessa.

N° 14: "Le sentenze che operano la costituzione, il trasferimento o la modificazione di uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti". Queste sono le sentenze cosiddette costitutive, costitutive cioè di un diritto. Infatti in certi casi una sentenza si può sostituire a un negozio giuridico o a un contratto fra gli interessati producendone i medesimi effetti.

Rientrano in questa categoria, ad es., le sentenze che impongono una servitù coattiva e quelle che, in caso di contratto preliminare non adempiuto da una delle parti, tengono luogo del contratto definitivo, in correlazione al principio accolto nel nuovo codice (art. 2932) per cui le promesse di concludere un contratto sono eseguibili in forma specifica, ossia può il magistrato a titolo di sanzione costituire il contratto cui le parti non sono addivenute: mentre ciò non era possibile nel vecchio codice, e solo si poteva in compenso del contratto mancato chiedere in giudizio contro la parte inadempiente il risarcimento dei danni.

L'art. 2643 si integra infine coll'art. 2645.

#### 8. - Altre funzioni della trascrizione. Continuità delle trascrizioni.

Fin qui le norme nelle quali alla trascrizione è assegnata la funzione di stabilire il titolo di preferenza tra due o più acquirenti di un diritto dello stesso autore.

Ma la trascrizione non ha sempre questo compito. Altra efficacia le fu assegnata già dalle leggi fiscali dell'altra guerra riguardo ad atti per i quali la trascrizione è rimasta obbligatoria se-



condo il nuovo codice civile: questo agli affetti delle obbligazioni fiscali ha avuto cura di aggiungere altri di diversa natura, tutti connessi alla funzione di pubblicità che con la trascrizione si attua.

Così per la divisione d'immobili. Di esse il codice civile del 1865 non richiedeva la trascrizione, in quanto le divisioni di una comunione sono abitualmente considerate atti dichiarativi anzichè costitutivi di diritti, come risulta tuttora dall'art. 757 del nuovo codice: "ogni coerede è reputato solo e immediato successore di tutti i beni componenti la sua quota, a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari".

Quindi, quando allo stato di comunione succede lo stato di divisione in quanto che mediante tale atto uno dei comunisti in luogo della sua quota astratta si trova ad avere un bene materiale, la legge dice che è come se il dividendo avesse sempre avuto quei beni materiali che nella divisione vengono a toccargli e nei quali si concretizza il suo astratto diritto alla quota. Ecco appunto cosa si esprime con il dire che la divisione ha un carattere dichiarativo.

Ciò posto, la funzione della trascrizione che nella divisione d'immobili oggi il codice richiede, è di assicurare in sede della divisione stessa la tutela dei terzi che, prima della trascrizione dell'atto di divisione o della domanda diretta a ottenere la divisione giudiziale, abbiano acquistato e legalmente conservato (cioè trascritto) diritti sull'immobile comune. Infatti dall'insieme del sistema normativo contenuto nell'articolo 2646 in correlazione coll'articolo 1113 la relazione osserva desumerai che:

a) "è assicurata la tutela degli interessi degli aventi causa dai partecipanti alla comunione che abbiano trascritto o iscritto il loro titolo prima della pubblicazione dell'atto di divisione o della domanda per la divisione giudiziale; questi acquirenti devono infatti essere chiamati a intervenire nella divisione perchè questa possa avere effetto nei loro confronti;



b) "è assicurata la tutela dei creditori e di ogni avente causa dei partecipanti alla comunione che abbiano trascritto l'opposizione prevista dall'art. 1113 prima della trascrizione dell'atto di divisione della domanda per la divisione giudiziale, i quali devono pure essere chiamati a partecipare alla divisione perchè questa sia efficace nei loro confronti?"

Passiamo all'art. 2647. Qui si sottopongono ora a trascrizione, a differenza che nel vecchio codice, gli atti relativi alla costituzione del vincolo dotale, della comunione fra coniugi e del patrimonio familiare. È manifesto l'interesse che i terzi hanno a sapere che un determinato immobile è costituito in dote, perchè tale destinazione comporta numerosi vincoli che si traducono in una limitazione dei diritti dei creditori. Perciò, mentre prima la trascrizione non era richiesta, ora invece non solo è necessaria ma anzi la sanzione contro l'eventuale omissione della trascrizione è gravissima: infatti se non è stato trascritto il vincolo dotale, i terzi sono considerati ignorarne ad ogni effetto l'esistenza, e quindi non soggiacciono a quelle limitazioni che il vincolo dotale comporterebbe nei loro riguardi (e deriva di qui anche che i terzi considerati in questo articolo, della opponibilità ai quali si tratta, sono una categoria assai più ampia che non i terzi di cui agli art. 2643-44).

Inoltre nel codice abrogato non erano soggetti alla trascrizione gli atti di acquisto d'immobili mortis causa. L'innovazione, oggi, per cui anche questi devono essere trascritti, contribuisce decisamente a dare attraverso la pubblicità un quadro assai più completo dei movimenti della proprietà immobiliare. Questa trascrizione era stata già imposta dalla ricordata legislazione fiscale dell'altra guerra (ai richiese allora che si trascrivesse la denuncia di successione). Ma rimaneva un grave problema da risolvere: quello di stabilire se la trascrizione imposta dalla legge fiscale producesse o no anche effetti civili, e di vedere pertanto quali erano le sanzioni per l'omessa trascrizione, tolta la sanzione del pagamento della multa.

Mentre resta sempre necessario integrare la norma del codice sulla trascrizione colla le-



art. 2648  
}  
} gislazione fiscale in cui la trascrizione più largamente si esige, agli effetti civili dispo-  
ne l'art. 2648 che si devono trascrivere l'accet-  
tazione dell'eredità contenente beni immobili  
(successione a titolo universale) e l'acquisto del  
legato che abbia lo stesso oggetto (successione a  
titolo particolare): l'accettazione si trascrive,  
se è espressa, in base alla dichiarazione; se è  
tacita, in base all'atto (qualora esso risulti per  
iscritto) che comporti l'accettazione stessa; la  
trascrizione dell'acquisto del legato si opera sul-  
la base di un estratto autentico del testamento.

E' stato scelto l'atto di accettazione di eredità, come oggetto della trascrizione per far fede degli acquisti mortis causa; perchè in base al codice oggi ben chiaro su questo punto, solo al momento dell'accettazione espressa o tacita (l'aditio dei romani) si acquista l'eredità, cioè se ne diventa proprietari e si diventa eredi. Prima si ha solo la delazione dell'eredità, per cui uno è chiamato all'eredità, nel senso che egli può se vuole accettare.

Per i legati si è poi imposto di trascrivere un estratto autentico del testamento, perchè i legati si acquistano senza bisogno di accettazione, salvo facoltà di rinuncia, e quindi la proprietà si considera di regola passare al momento stesso della morte del testatore; solo deve il legatario chiedere all'onorario il possesso (art. 649)

Quanto agli effetti della trascrizione, restando fermo che essa tende sempre ad offrire ai terzi il quadro più completo possibile dei movimenti degli immobili, e d'altra parte non attribuendosi alla mancata trascrizione nè nel caso della eredità nè in quello del legato da produrre la inefficacia dell'acquisto, ecco che la legge ha provveduto con una nuova efficacissima sanzione ad assicurarsi che effettivamente nella pratica gli atti di acquisto mortis causa non manchino di essere regolarmente trascritti (si noti che già le leggi fiscali fanno qui pagare una multa, se non si trascrive, ma non si è ritenuta questa una sanzione abbastanza sicura perchè la trascrizione venisse sempre operata). Alludiamo



alla norma particolarmente importante dell'art. 2650 sulla continuità delle trascrizioni, che appunto alle esaminate forme di acquisto si riferisce (onde unicamente per assicurare questa continuità la trascrizione degli acquisti mortis causa è richiesta): " Nei casi in cui, per le disposizioni precedenti, un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto".

art. 2650

Ciò vuol dire che se io per es. acquisto un immobile a titolo di eredità o di legato e poi vendo quest'immobile ad altri o concedo su di esso un'ipoteca, costui che acquista l'immobile o l'ipoteca non potrà trascrivere utilmente il suo acquisto, ossia non potrà farlo valere di fronte a qualsiasi terzo, perchè la trascrizione non avrà effetto, se non provvederà a far regolarizzare ossia a trascrivere anche il precedente acquisto mio. Così egli non è propriamente obbligato a trascrivere, (dal lato civilistico, salvo l'obbligo fiscale), nè si arriva da parte della legge a sancire un divieto d'alienazione se la continuità della trascrizione non c'è (il che sarebbe parso eccessivo); ma chi acquista da me il fondo o l'ipoteca, se non vuol rischiare di vedersi sfuggire fra le mani i diritti che ha conseguito a mio carico (cioè sul mio fondo), ha interesse a trascrivere o iscrivere subito l'alienazione o l'ipoteca, che gli è stata concessa, e a rimediare anche alla mia omissione trascrivendo egli per me. Così si è trovata una forte molla per assicurare la continuità dei modi di pubblicità per i terzi. Si noti sempre, riguardo al concetto della priorità non in base a consenso ma in base alla forma pubblicitaria per l'efficacia di fronte a tutti i terzi, si noti il parallelo fondamentale fra trascrizioni e iscrizioni delle ipoteche. E si rilevi la funzione della trascrizione, assai diversa qui da quella che vedemmo in principio di criterio di preferenza fra due alienazioni successive (art. 2644, che

Esempio



tuttavia rimane sempre in funzione, nella sfera ad esso specificamente indicata: il criterio di preferenza di cui all'art. 2644 non si può dunque applicare se non è rispettata la continuità delle trascrizioni di cui l'art. 2650

*Eccezioni*  
*3° comma*  
*art 2650*

Un'eccezione a quanto sin qui abbiamo detto è posta dal terzo comma dello stesso art. 2650 (norma già esistente in nuce nel vecchio codice ma ora alquanto completata): "L'ipoteca legale a favore dell'alienante e quella a favore del condividente, iscritte contemporaneamente alla trascrizione del titolo di acquisto o della divisione, prevalgono sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite anteriormente contro l'acquirente o il condividente tenuto al conguaglio".

Si tratta delle ipoteche legali (cioè disposte dalla legge senza bisogno che siano appositamente pattuite dalle parti, ma che tuttavia devono essere iscritte: vedi *infra*) spettanti all'alienante di un immobile contro l'acquirente a garanzia del pagamento del prezzo, e rispettivamente al condividente di una comunione immobiliare contro gli altri condividenti a garanzia del conguaglio cui egli abbia diritto verso di loro se non ha ricevuto tutta la sua porzione, in quanto non coincida esattamente il valore dell'immobile a lui assegnato colla quota cui aveva diritto. Se dunque, dice l'art. 2650, 3° comma, l'alienante o il condividente iscrivono la loro ipoteca legale nel tempo stesso che si provvede regolarmente a trascrivere l'atto di alienazione o di divisione su cui tali ipoteche si basano, allora queste ipoteche - appunto in considerazione dei motivi stessi che spingono qui la legge a concedere un'ipoteca legale - prevalgono sulle trascrizioni o iscrizioni anteriori eseguite contro il condividente o l'acquirente, ossia prevalgono su quelle trascrizioni o iscrizioni che al condividente e all'alienante garantiti dall'ipoteca legale farebbero danno. Cioè l'ipoteca di questi ultimi ha eccezionalmente effetto retroattivo, in quanto la legge ha ritenuto opportuno che se tale ipoteca supponiamo sia stata iscritta dall'alienante a distanza di giorni, e in quest'intervallo, in que



sta mora, il compratore rivenda l'immobile a un altro e quest'altro trascriva prima che sia iscritta l'ipoteca, ciò non può comunque danneggiare l'avente diritto all'ipoteca legale (invece in base ai principi generali l'ipoteca iscritta dopo non potrebbe essere opponibile a chi ha trascritto o iscritto prima).

Valga per ultimo un cenno sulla cessione dei beni ai creditori (art. 2649), cui la regola esaminata sulla continuità delle trascrizioni non si riferisce. Infatti tale regola riguarda gli acquisti, e nella cessione dei beni da parte del debitore ai creditori perchè soddisfino su di essi i loro diritti (istituto elaborato dalla giurisprudenza e nuovo nel codice: art. 1977 ss.) non si ha acquisto della proprietà a favore dei creditori, ma soltanto si crea sui beni un vincolo di indisponibilità, abilitandosi i creditori a decidere essi soli le sorti (il passaggio della proprietà non avviene quindi al momento di tale cessione, ma nel momento successivo in cui i creditori messi d'accordo si assegnano i beni tra loro a soddisfacimento dei propri crediti).

art. 2649

La trascrizione della cessione disposta dall'art. 2649 serve a rendere inopponibile ai creditori gli atti di disposizioni compiuti dal debitore e resi pubblici posteriormente.

Rae

9. - Trascrizione di atti giudiziari e norme regolamentari. Beni mobili soggetti a registrazioni.

Rimane pertanto molto limitato il numero dei casi di acquisto di immobili che non sono trascritti.

In base all'art. 2651 devono essere trascritte le sentenze da cui un diritto immobiliare risulta estinto per prescrizione o acquistato per usucapione, ovvero in altro modo non soggetto a trascrizione. Così anche a quel modo che potremmo dire silenzioso di acquisto, che è l'usucapione, viene assicurata la pubblicità allorchè essendo stato controverso il titolo essa risulta da una decisione giudiziale. Andare oltre non sarebbe stato opportuno, se pur di far trascrivere in ogni ca-

art. 2651



so un'usucapione non si voleva costringere colui che l'aveva conseguita a fare una causa per provocare un accertamento giurisdizionale contro il proprietario anteriore.

Restano ferme, anche per le sentenze in materia di prescrizione e usucapione, le sanzioni fiscali.

*art. 2652*  
Veniamo così alla disciplina veramente notevole - e assai completata rispetto al codice abrogato - della trascrizione di atti giudiziari nell'art. 2652. Si tratta qui di trascrizioni di domande giudiziali (citazioni) e di sentenze: le prime pongono in discussione dei rapporti giuridici, le seconde definiscono i rapporti giuridici controversi; perciò s'intende l'opportunità di rendere pubbliche anche le domande giudiziali.

*Esempio*  
Tutto il sistema adottato delle trascrizioni che qui si richiedono, di citazioni in giudizio e di sentenze, si propone lo scopo precisamente di proteggere i terzi acquirenti di fronte all'eventualità che venga meno il diritto del loro autore (se per es. io compro un fondo da Caio, ma poi in giudizio proposto contro di lui si dimostra che egli non era proprietario o il suo acquisto era viziato, anche il mio diritto e il mio acquisto vien meno). Così caratteristica delle svariate ipotesi contenute nell'art. 2642 vuol essere, avverte la relazione, di tendere a risolvere i conflitti fra chi propone un'impugnativa e il terzo che abbia acquistato dalla persona il cui titolo viene impugnato (conflitto quindi, non di sua natura, fra aventi causa da un medesimo autore).

Il criterio generale che anche qui si è fondamentalmente seguito, nel conflitto fra coloro che impugnano un atto e i terzi acquirenti di cui sopra, è stato di far prevalere i diritti degli uni o degli altri secondo la priorità della trascrizione: stimolando così nel contempo tutti gli interessati a trascrivere se vogliono esser sicuri che il loro diritto si possa far valere. Se io ho trascritto e iscritto prima, sono inattaccabile da colui che trascrive la citazione o la sentenza dopo (contro il mio autore).



Per il resto, l'analisi delle singole norme e la casistica dell'articolo 2652 non s'intende che in funzione di tutta la vigente disciplina dei rapporti di obbligazione, cui l'articolo in questione è strettamente coordinato e a cui rinviamo (vedi relazione). Si osservino, soprattutto nei casi in cui la domanda impugnativa vien proposta dopo un lungo periodo di tempo (particolarmente n.6, 8 ecc.), gl'intenti della legge di realizzare un temperamento fra la tutela di chi possa avere la sentenza a suo favore, e la protezione di coloro che hanno acquistato in una situazione che offriva loro ogni affidamento di tranquillità.

I temi di maggiore interesse e più innovati dalla presente legislazione, cui l'onere della trascrizione nell'art. 2652 si riferisce, si possono approssimativamente individuare in quelli riguardanti la risoluzione per inadempienza del modus (vedi disposizioni testamentarie e nelle donazioni), la rescissione come istituto di portata generale (non più soltanto circoscritto alla lesione enorme della vendita e al caso della divisione), l'esecuzione delle obbligazioni in forma specifica, la simulazione, la nullità e particolarmente gli effetti non retroattivi dell'azione di annullamento (nei limiti di cui all'art. 1445), la limitazione degli effetti reali dell'azione di risoluzione nei confronti dei terzi acquirenti a titolo oneroso nel caso in cui la domanda di riduzione sia trascritta dopo dieci anni dall'apertura della successione.

Diverse dai caratteri fin qui accennati, ed eterogenee altresì fra loro, sono le domande, parimenti soggette a trascrizione, elencate nell'art. 2653. La sentenza ottenuta in base a domanda di rivendicazione trascritta - materia già regolata dalle leggi fiscali - produce direttamente i suoi effetti ed è eseguibile anche contro colui che abbia acquistato dal possessore convenuto e reso pubblico il suo acquisto nelle more del giudizio, dopo la trascrizione della domanda di rivendicazione. Da quando uno trascrive la domanda di devoluzione del fondo enfiteutico, non possono più essere resi pubblici contro di lui diritti trasmessi a terzi dall'enfiteuta. La trascrizione del richiesto o avvenuto riscatto nella vendita immobiliare è imposta per far conoscere ai terzi interessati se

art. 2653



la vendita, cui il patto di riscatto ineriva, venga o no risolta: ed cioè in base a tale patto il venditore abbia o no esercitato il diritto di riscattare l'immobile alienato. Opportunamente l'art. 1503, l'ultimo comma, stabilisce in proposito che la dichiarazione del patto di riscatto deve esser fatta per iscritto (ed è stabilito per il riscatto un termine: art. 1501). Sempre allo scopo di far salvi i diritti che i terzi abbiano anteriormente acquistato, è prescritta la trascrizione delle domande di separazione degli immobili dotati e quelle di scioglimento della comunione immobiliare tra coniugi. E analogamente al fine di pubblicità come la già ricordata trascrizione delle sentenze da cui risulti acquistato un diritto immobiliare per usucapione, così si introduce qui - ed è notevolissima innovazione rispetto al diritto preesistente - la trascrizione degli atti e delle domande che interrompono il corso dell'usucapione: ciò appunto per contemperare l'interesse del vero proprietario, che tutela il suo diritto interrompendo il corso dell'usucapione che un terzo stia per compiere a proprio favore, e l'interesse degli aventi causa del possessore i quali possono avere acquistato nella ragionevole opinione che l'usucapione del loro dante causa fosse compiuta, dato che il possesso era durato per oltre il periodo di tempo necessario per usucapire.

Naturalmente anche i terzi per far valere i loro diritti, devono essere in regola con la trascrizione.

Dunque attraverso tutte le molteplici regole che sono state aggiunte a quello che era il regime della trascrizione nel codice anteriore, questo istituto ha acquistato uno sviluppo assai maggiore ed è stato utilizzato per rendere una serie di servizi tutti convergenti alla maggiore e più piena tutela dei diritti dei terzi, assolvendo altresì una serie di funzioni spesso diverse da quella, essenziale nel codice del 1865, di costituire un titolo di preferenza tra più acquirenti dello stesso autore.

Va aggiunto agli articoli 2652-53 un certo numero di atti, soggetti pur essi alla trascrizione, che non sono menzionati in questo titolo



del codice bensì in altra sede: di questi atti si è avuta cura di dar l'elenco nella relazione, sotto il n. 1090. Ricordiamo: la trascrizione del precetto immobiliare (trasformato oggi in elemento costitutivo del precetto stesso, e perciò regolata dal cod. pr. civ.), la trascrizione della dichiarazione di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario (art. 484 II cod. civ.), del rilascio dei beni da parte dell'erede ai creditori e ai legatari (art. 507), della sentenza dichiarativa di fallimento (questa è una mera trascrizione notizia (1): vedi legge fallimentare), dei provvedimenti (ora art. 854 cod. civ.) di approvazione dei piani di riordinamento fondiario (vedi su tutto ciò il richiamo dell'art. 2672 alle leggi speciali).

---

(1) Cosa vuol dire pubblicità - notizia? Questo punto merita un breve chiarimento. Pubblicità sappiamo, vuol dire rendere noto un evento alla generalità dei terzi, per sicurezza loro, onde evitare che certi rapporti rimangano occulti: vuol dire cioè rendere cognito o almeno conoscibile a chi ne possa avere interesse (così nella trascrizione si prescinde dall'affettiva conoscenza che essi abbiano o no preso dell'atto trascritto: la trascrizione vale conoscenza iuris et de iure). Perciò il concetto di forma pubblicitaria non va confuso con quello delle forme probatorie: anche se talora una forma pubblicitaria abbia altresì nel tempo stesso ad adempiere a certe funzioni probatorie. Per es. gli atti dello stato civile sono forme di pubblicità, ma fanno anche prova assoluta fino a querela di falso - di ciò che il pubblico ufficiale ivi attesta, mentre fan fede fino a prova contraria degli status personali che, in essi atti essendo contenuti, vi si certificano. Inoltre i negozi soggetti a pubblicità sono generalmente già di per sé negozi solenni.

Pubblicità vale quindi pubblica notificazione. Abbiamo visto come nel caso della trascrizione ad es. questa pubblicità possa ppì costituire un onere a carico della parte interessata (pubblicità-onere), in quanto è facoltativa e non obbligatoria ma ad essa si deve procedere se si vuole ottenere la conseguenza giuridica vantaggio-



Per rendere definitivamente completo il sistema di pubblicità delle vicende degli immobili stabilisce l'art. 2654 che la "trascrizione degli atti e delle domande indicati dai due art. precedenti dev'essere anche annotata in margine alla trascrizione o iscrizione, quando si riferisce a un atto trascritto o iscritto". E quanto alla sentenza che pronuncia la nullità, la risoluzione, rescissione, riduzione ecc. in base alle domande giudiziali trascritte da noi esaminate sopra, vuole l'art. 2655 che la pronunciata nullità, risoluzione ecc. di un atto venga annotata in margine alla trascrizione o iscrizione dell'atto stesso (se la domanda è rigettata dev'essere ordinata la cancellazione: art. 2668). Così la legge provvede a che i terzi possano sapere se la conseguenza giuridica a cui la domanda era diretta si sia effettivamente realizzata. La ~~sanzione~~ <sup>comminata</sup> è qui analoga a quella usata nel ricordato art. 2650 per la continuità delle trascrizioni: e cioè si nega efficacia alle trascrizioni o iscrizioni prese contro colui che ha ottenuto la sentenza, finchè questa non venga regolarmente annotata. (Dunque si tratta di sentenze che ripristinano uno stato di cose anteriore al negozio giuridico che s'impugna. Colui che recupera l'antica situazione può disporre del suo diritto; ma deve prima trascrivere la sentenza che ha ripristinato la posizione giuridica che egli per es. col negozio ora annullato aveva ceduta ad altri; se no, se non trascrive la sentenza, il nuovo acquirente a cui favore ora egli intende disporre non è in condizione di poter trascrivere la cosa che ha acquistato da lui).

sa, propria della trascrizione, cui si tende (opponibilità dell'acquisto ai terzi). E' condizione quindi a un determinato effetto giuridico.

Ciò posto, si parla di mera-pubblicità-notizia come nel caso particolare accennato qui sopra, quando l'inosservanza della pubblicità non reca pregiudizio all'esistenza giuridica o all'efficacia di un atto, a differenza della pubblicità-onere di cui sopra, bensì importa, per lo più, l'irrogazione di pene pecuniarie



Quanto alla tenuta formale dei libri, dunque, gli strumenti di pubblicità adottati dalla legge sono tre: trascrizione, iscrizione (delle ipoteche), e annotazioni.

Per quel che riguarda la nota di trascrizione (in doppio originale), la conservazione dei titoli, cancellazione delle trascrizioni, spese ecc., tutta materia in cui le innovazioni del codice non sono nè numerose nè rilevanti, rimandiamo agli art. 2656 ss.

Poi c'è un capo secondo riguardante la pubblicità dei registri immobiliari e la responsabilità dei conservatori. Anche questo è costituito da una serie di norme di carattere piuttosto regolamentare e di specie perchè il principio della pubblicità non consiste soltanto nel fatto che questi atti siano conservati e visibili, ma nel fatto che chiunque ha interesse possa ricavarne copia contro pagamento di una tassa (secondo le norme dell'art. 2673).

Capo II  
Libro VI

Basta infine un accenno per i beni mobili soggetti a registrazione (i cui atti cioè di alienazione ecc. devono essere trascritti, alla maniera degli immobili; per cui possono essere anche colpiti da ipoteca). Sappiamo già trattarsi della nave, aeronave, e automobile (art. 2683), in considerazione della mole esteriore che ne rende più facile la perseguibilità giuridica, e in considerazione nel contempo della loro consistenza economica.

Capo III  
Libro VI

---

S'intende poi per pubblicità costitutiva quella senza di cui un atto non produce gli effetti giuridici suoi propri neanche fra le parti; es. oltre a certe trascrizioni straniere su citate, l'iscrizione ipotecaria (senza iscrizione insomma l'ipoteca come tale non esiste; l'iscrizione è elemento costitutivo del titolo d'acquisto del diritto).

La pubblicità dichiarativa, infine, a certi fini è necessaria ma produce effetti più limitati che non quelli costitutivi: così nel caso della trascrizione secondo il vigente sistema



È un merito di questa sistemazione della trascrizione data dal nuovo codice, di aver coordinato anche le disposizioni di diverse leggi speciali, da cui la trascrizione di determinati beni mobili era stata ordinata. Con tali leggi speciali tuttavia il sistema qui indicato non corrisponde completamente (norma di rinvio è l'art. 2696). Nelle leggi speciali le relative norme sono regolate rispettivamente nel codice di navigazione per quel che riguarda le navi ed altri galleggianti; in leggi apposite, per le aeronavi e gli alianti; nella legge sul Registro Automobilistico, per le autovetture.

Però il codice ha cercato di unificare al massimo queste discipline e di avvicinarle alla disciplina della trascrizione dei beni immobili.

Così il regime di questa categoria di beni mobili è assai affine a quello già visto a proposito della trascrizione per gli immobili, cui l'articolo 2695 espressamente rinvia. La trascrizione degli atti di alienazione ecc. di navi, aereoplani, automobili è richiesta per gli stessi effetti dell'art. 2644 che ben conosciamo, e cioè per stabilire un criterio di preferenza fra due successivi acquirenti del medesimo dante causa. La trascrizione quindi anche per i mobili non ha effetto che di fronte a certi terzi. Vale anche qui per l'art. 2688. il principio su esaminato della continuità della trascrizione.

---

del cod. civ. italiano, per cui senza pubblicità l'acquisto avviene fra le parti ma - sappiamo - non è opponibile a tutti i terzi (bensì solo alla generalità di questi). Simile al caso del registro delle imprese commerciali, ecc. Si può oltre che la pubblicità dichiarativa e la regola, la pubblicità costitutiva è soltanto l'eccezione la pubblicità dichiarativa insomma produce meno effetti della costitutiva e più della pubblicità notizia.



Per concludere diremo che l'effetto più notevole di questo particolare regime dei beni mobili oltre a poter essere oggetti d'ipoteca, non ricadono invece sotto la regola "il possesso del terzo di buona fede val titolo" (di cui all'art. 1155). Così se il depositario vende un'automobile a chi in buona fede l'acquista, ciò non produce alcun trasferimento e la buona fede non vale (a differenza di quel che avviene per gli altri mobili), perchè l'acquirente doveva consultare i registri da cui avrebbe veduto che l'alienante non era proprietario.

*esempio*

### I Nozioni generali sulle prove: onere della prova

La materia delle prove è regolata dal titolo 2° dal libro dei diritti. Abbiamo già accennato perchè e in quali limiti tale disciplina intenda trovar qui razionale collocazione (*supra*). Ed è fatto un titolo particolare delle prove, indipendente dal titolo della tutela giurisdizionale dei diritti, appunto perchè la materia delle prove non è necessariamente connessa col giudizio che eccede quindi il campo di applicazione. La prova è un negozio di assicurazione del diritto cui si può ricorrere in vista - ma non necessariamente - di un giudizio eventuale e, che può farsi valere anche indipendentemente dalla contestazione giudiziaria (soprattutto se risultante da atto pubblico e comunque da scrittura, es. quietanze, ricevute, atti notari ecc.): la prova dà la certezza del diritto. Tutte queste non toglie, naturalmente, che di regola sia un mezzo istruttorio, che opera nel processo; e allora la questione fondamentale sostanziale dell'ammissibilità della prova di un determinato diritto si discute in un praedictum e giudizio pregiudiziale.

*Titolo II*

Nel codice civile precedente, sull'esempio del codice Napoleone, le prove erano trattate in connessione con la materia delle obbligazioni, accanto alla disciplina di questa; anzi erano profilate proprie sotto il punto di vista di prove delle obbligazioni e del loro esistere: art. 1312 ss. cod. civ. abrog. E qui seguivano le norme relative ad una serie di mezzi di prova, come pure nel codice



commerciale, nel titolo relativo alle obbligazioni. Tuttociò come se soltanto alle obbligazioni le prove potessero aver riferimento. Invece ogni rapporto giuridico può costituire materia di prova. Quindi l'opportunità di svincolare la materia da questa connessione particolare che era mantenuta anche nel progetto italo-francese del codice delle obbligazioni e dei contratti.

Quanto alla distinzione, nel campo delle prove fra diritto sostanziale e processuale (ai fini della distribuzione della materia fra cod. civ. e cod. proc. civ.), essa fu sempre disputata a lungo e nei vecchi codici era tutt'altro che netta. Onde nel codice civile si trovavano delle regole le quali appartengono alla assunzione delle prove in giudizio, e viceversa nel codice di procedura si trovavano regole che meglio avrebbero trovato la loro sede nel codice di diritto materiale. -La questione della natura sostanziale o processuale delle prove è dunque ora risolta dalla mente del legislatore nel senso di accogliere nel cod. civ. come norme di diritto sostanziale quelle riferentisi alla preconstituzione e all'ammissibilità delle prove (quali diritti si possono provare in un determinato modo -es. giuramento- e quali no), lasciando al cod. proc. civ. le norme sul modus di assumere le prove in giudizio. Tale questione sulla natura sostanziale o processuale delle prove si presentava e si è ripresentata anche quando si trattava di risolvere un problema di diritto internazionale, e cioè il conflitto delle leggi sulle prove nello spazio. Quale è la legge -ci chiediamo- in materia di prove da applicarsi rispetto a un determinato rapporto che può cadere sotto l'impero di più ordinamenti giuridici? Si ~~pari~~ p. es. a un giudizio che si compie dinanzi ai tribunali italiani intorno a un fatto avvenuto in Francia: giudizio riguardante supponiamo, rapporti fra un italiano e un francese. Si applica la legge italiana o francese? Per quel che riguarda la soluzione data a tale problema di diritto internazionale privato dal punto di vista del legislatore italiano (applicabile quindi allorchè il conflitto di legge si presenta a dover essere risolto dai tribunali in Italia), disponeva l'art. 10 delle disposizioni preliminari al codice civ. abrog.:



"Le competenze nelle forme dei procedimenti sono regolate dalle leggi del luogo in cui è eseguito il giudizio. I mezzi di prova delle obbligazioni sono determinati dalle leggi del luogo in cui l'atto fu fatto".

Ora, cosa risolveva quest'articolo? Se riguardo al rapporto dedotto in giudizio si applica una legge straniera e l'istruttoria si fa in Italia, i mezzi di prova devono pur essere quelli propri del nostro ordinamento giuridico. Non si possono fare delle prove che il nostro ordinamento giuridico non conosce. Così il giuramento è un mezzo di prova nel sistema italiano, ma ci sono dei paesi i quali non conoscono un tale strumento dell'istruttoria. E perciò nasce la questione se questo mezzo di prova possa essere assunto nel giudizio che segue in uno Stato dove esso non sia conosciuto o addirittura sia incompatibile con i principi che ivi vigono.

Quindi la regola che nel citato art. 10 disp. prel. abrog. era formulata in modo indifferenziato, non approfondito, unilaterale, era una regola che doveva essere modificata; anche in relazione ai singoli sviluppi di tutto il diritto internazionale. E si dovrà ora in armonia colla riforma sistematica in materia di prove applicar la legge straniera (se il rapporto sorse sotto una legge straniera) o la legge italiana a seconda che si tratti di discutere l'ammissibilità o il modo di esecuzione delle prove medesime; e cioè a seconda che del mezzo stesso di prova di cui parlava l'ex art. 10 si discuta dal lato puramente processuale o sostanziale; nel qual caso nessun dubbio vi è che vada oggi considerata efficace come legge regolatrice delle prove quella originaria del rapporto a cui la prova si ispira.

Dichiara in proposito la relazione (n° 31):  
"Circa la proposta d'inserire sull'esempio del cod. del 1865, nell'art. 27, una norma attinente ai mezzi di prova, si è considerata che al riguardo non si può dettare una norma generale. La materia dei mezzi di prova sarà infatti sussunta ora sotto l'una ora sotto l'altra delle regole sui conflitti, secondo il particolare aspetto che la materia stessa assumerà nell'oggetto della controversia. Se si tratterà di questione attinente allo svolgimento procedurale del mezzo di prova, essa sarà decisa



dalla legge del processo, se si controverterà intorno alla forma di manifestazione della volontà sarà applicabile la legge regolatrice della forma degli atti; infine se il mezzo di prova concernerà la sostanza di un rapporto giuridico, dovrà farsi ricorso alla legge regolatrice della sostanza stessa" (quanto alla forma e all'andamento del giudizio la competenza e la forma del processo sono sempre regolate dalla legge del luogo in cui il processo si svolge).

E veniamo al titolo "della prova". Cominciamo dall'onere della prova (disposizioni generali art.2697 ss.).

*art. 2697  
onere della  
prova*

L'onere della prova lo si è concepito e la si considera come problema di diritto sostanziale (e perciò se ne tratta coerentemente in questa sede, non nel codice di rito); linea di demarcazione questa, tuttavia, che ha molto di arbitrario e di soggettivo, e che quindi non si esclude possa essere suscettibile di critiche, ma che intende esprimere il punto di vista della legge. E che ai fini della legge una linea di demarcazione vi dovesse essere si è ritenuto necessario, la quale appunto dal punto di vista della legge risponda al suo fine.

*Principio  
civile*

I presupposti della necessità della prova e i presupposti del problema dell'onere della prova, con particolare riferimento alla dottrina processualistica in proposito, ossia con particolare riferimento alla dottrina del processo, si possono riassumere come segue. Un processo si pone in essere su iniziativa delle parti (di cui una cita l'altra in giudizio: non è seguito in diritto privato il principio inquisitorio proprio per es. del diritto penale, per cui lo Stato prende esso l'iniziativa di perseguire il reo). Così i poteri del giudice sono limitati dall'iniziativa delle parti, ed egli deve solo decidere riguardo ad esse in materie di ciò che dalle parti gli viene richiesto: ne sat iudex ultra vel extra petita partium. Ora appunto per realizzare i fini in vista di cui è concessa alle parti l'iniziativa processuale di far valere i loro diritti in giudizio e realizzare così ciascuno il proprio interesse, sorge la necessità della prova e di determinare il relativo onere -



re se si vuol che si possa giudicare in base ai fatti chi dei contendenti ha giuridicamente torto e chi ha ragione: poichè necessariamente, avanzandosi una domanda e adducendosi una eccezione davanti al giudice, questa può essere fondata ma può anche, altrettanto non esserlo.

Si dice: ura novit curia (il diritto lo sa il giudice, che è da sè in grado di conoscerlo, il diritto non si adduce e non ha bisogno di essere addotto a lui, non ha bisogno di essere provato, mentre invece si devono provare i fatti su cui la domanda giudiziale intende impetrare giustizia, in base alla legge della quale il giudice è interprete e applicatore. Il che vuol dire doversi intendere per prova la dimostrazione della realtà o meno di un fatto (fatto giuridico nel più lato senso). Ciò non toglie, si capisce che la prova dei fatti generalmente sia richiesta in quanto in via mediata conduca alla prova dell'esistenza di un diritto o comunque di una situazione giuridica.

Quindi dal momento che la prova serve a formare la convinzione del giudice, quale delle due parti sopporterà il rischio delle mancate dimostrazioni di ciò ch'essa afferma? Ossia chi è tenuto a provare? Ciò è necessario stabilire appunto perchè vige sempre nel processo il principio dell'iniziativa delle parti per cui ognuno deve pensare da sè a portare in giudizio gli argomenti d'appoggio per accentare il fondamento delle sue pretese (cfr principio del contraddittorio, per cui prima di essere deciso il giudizio spetta a ognuna delle parti di far sentire le proprie ragioni se vigesse all'apposto il principio inquisitorio (che ha luogo solo in certi casi limitati: giuramento deferito d'ufficio ecc) ossia l'indagine si svolgesse esclusivamente su iniziativa dello Stato non si potrebbe parlare evidentemente di vero onere della prova che incomba per legge alle parti come condizione perchè spetti loro di ricevere giustizia. Ognuna delle parti è libera di addurre le prove che vuole (principio dispositivo), salvo che il giudice naturalmente potrà più o meno apprezzarle come crede secondo la sua convinzione. Dunque su chi incombe l'onere della pro -



va? Deve sopportare il rischio della prova mancata chi ha interesse alla prova, se si vuole che il difetto di prova possa importare che la domanda debba ritenersi infondata? Ha onere di provare chi ha interesse ad affermare?

Fissava l'art. 1312 del vecchio cod. civ.:

"Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende di esserne stato liberato, deve dal canto suo provare il momento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione". Ossia chi adduce un fatto a sostegno della propria pretesa deve provarlo, sia egli l'attore (che propone la domanda giudiziale) oppure il convenuto. Perciò l'attore deve provare il fondamento della sua azione e l'eccezione dal canto suo deve provare il fondamento della sua eccezione. Per tal verso si parla in senso lato di prova dell'azione e prova dell'eccezione (e perciò, a seconda del fine che nella posizione rispettiva di attore o di convenuto le parti perseguono, si distinguono qui nella legge prove di fatti costitutivi, estintivi ecc. del rapporto dedotto).

Con formula più felice, perché il problema dell'onere della prova non riguarda soltanto le obbligazioni nè meno che mai la sola iscrizione di queste (mentre unicamente di ciò faceva cenno l'ex art. 1312) ma riguarda l'addursi di fatti costitutivi, modificativi ed estintivi dei diritti e rapporti giuridici in generale, si esprime ora l'art. 2697 del nuovo cod. civ.: "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda".

In una parola nella meccanica del processo funzionano delle norme di legge e dei fatti, e si ricerca appunto qual'è la norma da applicare ad una determinata specie di fatti per trarne delle conseguenze a favore o contro qualcuno. Quindi i fatti devono entrare nel processo: ossia partendo dalla premessa che il giudice ignora il fatto e conosce il diritto, una prima e fondamentale esigenza nel processo è di fare a lui conoscere i fatti, per determinare rispetto a questo una convinzione. Cioè questi fatti è essenziale



ed è una necessità che qualcuno glieli faccia conoscere dandone la prova (salvo che, si vuol dire, per le massime di esperienza), perchè una volta introdotta la domanda, se chi ha introdotto la domanda non prova i fatti, il giudice deve respingere la domanda (per cui si dice che "esse et ad parere idem est in iure"), e chi allega il fatto senza provarlo perde la causa. "Actore non probante, reus absolvitur".

("Onere" della prova vuol dire insomma, come il già esaminato onere della trascrizione, non obbligo giuridico vincolante la cui trasgressione comporti una pena, ma condizione imposta dalla legge di valersi di un determinato mezzo se si vuol raggiungere il conseguimento del fine cui si tende: che in questo caso è la vittoria nel processo).

Il giudice non può secondo il principio piuttosto ristretto stabilito dalla legge in questo campo, promuovere lui delle indagini per ricercare i fatti. Né normalmente il giudice civile può valersi delle sue conoscenze private dei fatti stessi; bensì se i fatti non sono provati il giudice deve ignorarli ai fini del processo. Così la necessità della prova s'impone, essendo le parti che devono avere cura di informare il giudice ed informarlo per determinare la sua convinzione, in modo che egli sia obbligato a tener per vero quel determinato fatto che si pone a fondamento delle sue decisioni e quindi sia obbligato a decidere iuxta probata. Così, provati i fatti a fondamento della domanda da parte dell'attore per opporsi il convenuto deve provare i fatti a fondamento della sua eccezione, se per es. eccepisce l'inefficacia dei fatti provati dell'attore o eccepisce che il diritto di costui si è modificato od estinto. Promuovendo per tal modo l'eccezione (che per es. il contratto è nullo perchè io non avevo capacità di obbligarmi, o che il consenso mi fu estorto con violenza, ecc.), l'obiezione ossia eccezione fatta valere dal convenuto consiste dunque nella introduzione di un fatto che si asserisce paralizzare il fatto o la domanda avanzata dell'attore. E allora, col passare



dell'onere della prova al convenuto, questi si trova in certo senso nella condizione di attore (reus in excipiendo fit actor).

Invece sempre partendo dalla presenza <sup>vera</sup> che il giudice ignora i fatti ma conosce il diritto, resta fermo che il diritto non ha bisogno di essere provato (il che è propabilmente come dire che rispetto alla valutazione del diritto non vige, salvo l'obbligo di giudicare solo entro i confini della domanda, non vige quella limitazione della libertà e dei poteri inquisitori del giudice che abbiamo visto per la conoscenza dei fatti): solo si osservi, nel caso non di diritto positivo ossia di legge scritta ma di consuetudine, il fatto dell'uso deve essere provato, e così le leggi straniere (ciò per l'opportunità pratica di mettere la fonte del diritto estero a portata del giudice.)

Si tenga poi presente, per la materia delle prove in generale, che frustra probatur quod probatum non relevat: cioè non possono essere provati dei fatti quando ciò non porterebbe ad alcuna utile conseguenza giuridica per chiarire la situazione. Né per regola alcuno può costituire titoli di prova a favore di sé medesimo. Può poi dall'ordinamento giuridico risultare diciamo così indirettamente l'esclusione di qualsiasi mezzo di prova di certi fatti per varie cause: per es. la prova di un fatto ritenuto turpe o scandaloso dalla legge, come in certi casi di ricerca della paternità soprattutto nel vecchio codice (dove era esclusa la riconoscibilità in genere dei figli adulterini e incestuosi): oppure può una disposizione di legge stabilire una presunzione assoluta di verità, o così escludere la prova di un fatto contrario; oppure una disposizione di legge può esigere per certi fatti giuridici una determinata forma, che così viene ad essere il solo mezzo di prova, onde gli altri vengono esclusi salvo che lui; tuttavia, è da tenere presente la distinzione tra forma richiesta ad substantiam e ad probationem tantum. Sarebbe vana per es. la prova di una convenzione verbale di trasferimento di beni immobili poichè sappiamo che per i trasferimenti immobiliari è richiesta addirittura ad la forma scritta (1).

(1) Quando per un atto è richiesta una data forma.



La prova può anche essere adoperata senza che vi sia una contestazione attuale, per ottenere l'accertamento di un dato fatto, ai fini di una difesa contro possibili contestazioni future, oppure per ottenere una sentenza di mero accertamento del fatto.

Andiamo oltre, già da quanto abbiamo detto fin qui s'intende quale debba essere il valore da attribuirsi alla massima "onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat". Ciò non vuol dire, come invece talvolta è stato ritenuto che non sia mai ammissibile la prova negativa ossia la prova di un fatto negativo onde l'affermazione di un fatto negativo compiuta da uno dei contendenti importerebbe l'inversione dell'onere della prova a danno dell'altro che ha interesse a impugnare il fatto negativo. Fu detto così da taluno: si deve provare ciò che si afferma, ciò che quindi è o si adduce che che sia; ciò che non è o non può essere non ha bisogno di essere provato dall'interessato, in quanto caso mai sarà la parte avversa, se nega l'affermazione del primo, ad opporre un'altra affermazione in senso contrario provando a sua volta il fondamento positivo di quest'ultima. E che i fatti negativi non debbano esser provati potrebbe sembrare a chi pensasse, per es. quanto segue; per far valere i propri diritti in base a un negozio giuridico ch'io abbia posto in essere sarà necessario provare gli

forma ad substantiam, vuol dire che senza l'osservanza di questa forma l'atto è affetto in pieno da nullità, ossia non può produrre nessun effetto che gli sia proprio. Quando invece per es. la forma scritta è richiesta ad probationem tantum, cioè non per l'esistenza del negozio, allora vuol dire che non è ammesso provare l'atto per testimoni presunzione, ecc. Si afferma però che si possa provare tuttavia per mezzo di confessione o giuramento. Inoltre un'altra differenza va rilevata fra i due casi: quando è richiesta ad substantiam la scrittura, è sufficiente ch'essa sia stata il negozio: non è necessario che essa continui ad esistere anche dopo, al momento della prova. Cfr anche artt 2725 e 2739



estremi di fatto costitutivi di questo, ma non sarà evidentemente necessario provar le infinite possibilità negative che possono aver escluso l'efficacia giuridica del negozio, anche se di fatto posto in essere. Così non sarà necessario, da parte di chi pretende gli effetti di un determinato negozio a proprio favore, dimostrare che il negozio stesso non fu viziato da difetto di consenso, o da dolo, violenza, ecc. E' evidente però come questo non tolga che, se il fatto negativo è elemento costitutivo del fatto giuridico che si allega, dev'esser provato così come gli elementi positivi. Es.: chi vuole che alcuno sia dichiarato assente, deve provare la mancanza di notizie; chi pretende la restituzione dell'indebito deve provare il fatto negativo dell'inesistenza del debito, ecc. Questi fatti negativi devono provarsi come i positivi, perchè costituiscono il fondamento della pretesa che si vuol far valere. E un fatto negativo può altresì provarsi talora mediante circostanze positive: es. la prova che il marito non potè generare il figlio che egli intende disconoscere, ecc. Non è necessario invece provare, per poter esser fatto valere in giudizio, che il diritto di credito non fu mai estinto, che il processo non fu mai interrotto, ecc., bensì veramente in questo caso, piuttosto, se - come spesso la dottrina suol ripetere - ogni negazione si riduce ad affermazione del contrario, è la controparte caso mai che ha interesse a provare che vi fu l'estinzione, ecc.

Ma ogni volta che il concorso di certe circostanze è richiesto dal diritto sostanziale per la efficacia giuridica di un fatto costitutivo, e ogni volta che la mancanza di tali circostanze impedisce lo spiegarsi dell'efficacia stessa, resta fermo che di tali circostanze non già l'attore ha l'onere di affermare e provare il concorso, bensì il convenuto la mancanza: sotto qual profilo esse si designano, a rovescio, come circostanze non costitutive ma impeditive.

Questi principi generali tuttavia, anzichè avere efficacia assoluta, valgono salvo e fino a quando la legge non intervenga, come di frequente fa a limitarla con norme particolari: come accade nelle cosiddette praesumptiones iuris le quali fanno sì che elementi di fatto che



dovrebbero essere provati da chi fonda su di loro la sua pretesa, non abbiano bisogno di prova, e invece la parte contro cui il diritto si pretende s'è gravata dall'onere di far la prova in contrario (caso di inversione dell'onere della prova). Nel caso invece di presunzione assoluta (c. d. iuris et de iure) la prova in contrario non è ammessa, e in senso conforme alla presunzione sarebbe inutile. Si suol parlare anche di prova legale quando a un dato fatto è attribuita dalla legge una data efficacia probatoria, restando escluse che il giudice possa apprezzare quel fatto diversamente da come fa la legge, e che le parti possano infirmare in qualsiasi modo l'efficacia probatoria di quel fatto (es. l'efficacia probatoria che in date circostanze la legge attribuisce alla confessione).

Invece, come nel caso citato della presunzione iuris tantum è la legge che può invertire l'onere della prova, così talora in un campo limitato è lasciato anche alle parti di poter modificare o invertire con accordi il regime relativo (anche se normalmente ciò non viene concesso) Art. 2698:

"Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratti di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto".

Anche questo è un problema affrontato legislativamente per la prima volta nel presente codice.

Sta di fatto che molta parte del regolamento delle prove è di ordine pubblico, in quanto che gli interessi che s'incontrano e che la legge tutela nel regime delle prove sono interessi di tal natura che la disciplina relativa è costituita da norme imperative, cioè aventi il carattere di non poter essere derogate o modificate dalle parti.

Senonchè il regime della prova è strettamente connesso alla struttura di ciascun diritto. Fa parte, in certa guisa, di una disciplina più complessa. Quindi, essendo sempre il carattere della



disciplina relativa alla prova intimamente connesso alla disciplina del rapporto giuridico da provare le parti non son libere da regolare a lor piacimento il regime della prova in materia di diritti; indisponibili. Però appunto per la dipendenza che dapprincipio affermammo tra l'ammissibilità d'una prova e la natura del diritto sostanziale che mediatamente ne è oggetto non c'è in fondo una ragione di rendere inderogabile il regime delle prove rispetto a dei diritti su cui la volontà privata ha pieno potere di disposizione. Anche in questo campo opera dunque l'autonomia contrattuale.

Solo che anche dove le parti potrebbero porre una disciplina loro in sostituzione di quella legale, ci deve essere sempre un limite in questa materia della prova, perchè l'interesse privato arriva fino a un certo punto. L'equa distribuzione dell'onere della prova realizza una necessaria garanzia che eccede quella dei contendenti e del singolo. Perciò anche trattandosi di diritti disponibili è vietato modificare o invertire l'onere della prova quando ciò ha per effetto di rendere eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto art. 2698 cit., in fine; cfr art. 1467 ss) Ossia soprattutto il nuovo legislatore si è preoccupato solo un profilo particolare - come anche altrove nel codice, a proposito della disciplina dei contratti su formulario - si è preoccupato che una parte si accendesse a subire una modificazione del regime probatorio tale per cui si renda alla mercè dell'altra (ossia si metta in condizioni di non potere in pratica per la difficoltà della prova, far valere i suoi diritti), il che appunto in particolare può facilmente avvenire, per l'enorme disparità di portata economica e della situazione pratica delle parti, nel caso di tutte quelle numerose clausole spesso ingiuste che tutti vediamo scritte e il più delle volte neanche si leggono sui moduli di aziende di grande importanza (si trovano in generale a tergo dell'atto), indi il lavoratore o l'utente non può discutere a far proposte per arrivare allo schema tipico del contratto come composizione d'interessi liberamente fatti valere dalle parti, ma si trova di fronte alla sola alternativa di accettare o rifiutare le condizioni imposte dalla società che gli sta di fronte.



Stare naturalmente alla prudenza del giudice vedere in concreto quanto e meno gli estremi della eccessiva difficoltà di prova vi siano.

" L'articolo si occupa - scrive la relazione - com'era naturale in questa sede, soltanto della possibilità dell'efficacia di pattuizioni negoziali, stragiudiziali. Quanto alla inversione che possa derivare dagli atti e dal comportamento e dal contegno delle parti in giudizio dovrà decidere il giudice secondo i principi generali del diritto processuale in relazione anche agli art. 115 e 116 cod. proc. civ.

## II Prova documentale: atto pubblico, Documento e negozio

Quanto ai singoli mezzi di prova, si raggruppano sotto il nome di prova documentale l'atto pubblico, la scrittura privata, le scritture contabili delle imprese soggette a registrazione, le riproduzioni meccaniche, le taglie e tacche di contrassegno, ecc. si parla poi nella legge, dopo la prova documentale, delle prove testimoniali, nonché presunzione, confessione e giuramento.

Queste sono le prove di cui si occupa il codice civile. Al che è sottinteso ~~vanno~~ aggiunte le norme comprese nell'art. 191 ss. cod. proc. civ. su quella che si chiamava la "perizia" e che adesso si chiama la "consulenza tecnica" (se ne occupa il cod. proc. civ. perchè la consulenza tecnica è predisposta esclusivamente per il processo, e il giudice l'assume di volta in volta secondo le esigenze tecniche di questo); e vanno aggiunte le altre regole che al cod. proc. civ. sappiamo riservate poichè non escono dal campo del processo sull'istruzione probatoria in giudizio, e sui modi di assunzione dei mezzi di prova in generale (art. 202 ss. c.p.c.), sull'esibizione delle prove art. 210 ss., e queste sono le prove preformate che preesistevano al giudizio; scritture ecc.), sul riconoscimento e sulla verificazione delle scritture private, con norme relative alla querela di falso; sulla confessione giudiziale e sull'interrogatorio formale (del quale ultimo mezzo di prova si occupa solo il codice di procedura civile); più norme processuali, ivi, sul giuramento. La prova per testimoni, le ispezioni (queste ispezioni sono ciò che il vecchio codice chiamava "accesso giudiziale"), le riproduzioni mec-



caniche e gli esperimenti, il rendimento dei conti.

Riguardo alle varie classificazioni che delle prove si possono fare, non tutte di rilievo notevole ma che van richiamate piuttosto per intendersi dal lato terminologico, si può qui rammentare che si parla di prove storiche, in quanto rappresentano il fatto da provare (es. testimonianza) e critiche (le altre, in quanto consentano di "indurre" la realtà o meno del fatto che è materia della prova: es. presunzioni); prove dirette, che si formano per opera del giudice medesimo che le assume, e indirette, che provengono aliunde (documenti, testimonianze). In altro senso, che già sappiamo, si distingue la prova diretta dalla prova contraria; e così anche abbiamo già parlato della prova legale. Si annoverano per altro verso - ma non si distaccano in fondo gran che dalla detta distinzione fra prove storiche e critiche - prove proprie, che son veri mezzi di prova dimostranti una verità (scritto, testimonianza), e prove improprie, che sarebbero mere dichiarazioni delle parti o della legge su fatti non dimostrati direttamente: es. presunzioni, confessione, giuramento (più che provare veramente, dispensano tuttavia dall'onere della prova). Più importante è ricordare che prove precostituite son quelle già previamente preparate e perfette ex se, anche prima e indipendentemente dal giudizio (in specie la scrittura); prove semplici sono quelle che si pongono in essere solo all'occasione del giudizio: specie la prova per testimoni.

Incominciamo dalle prove documentali. Qui, accanto all'atto pubblico e alla scrittura privata, le altre figure su ricordate di prove documentali hanno importanza molto secondaria (riproduzione meccanica ecc.). Prova documentale è quella che si fonda sul documento. Diciamo a titolo di esempio che può contenere l'attestazione del sorgere di un rapporto giuridico, o di qualcosa che si è compiuto in un momento successivo, ma anteriore al nascere del rapporto processuale, ecc.

Interessa tenere sempre concettualmente ben distinti i due momenti: del negozio giuridico e del documento del negozio giuridico. Nel linguaggio comune ed anche non di rado nel linguaggio della legge, l'atto è il foglio di carta sul quale si è scritto (quando il documento è costituito da uno scritto); mentre più tecnicamente invece l'atto è l'accordo o la manifestazione di volontà la quale è espressa nelle lettere che son tracciate in quel foglio di carta.

Qui vanno premesse anzitutto alcune considerazioni generali. Si può affermare che il documento nella sua accezione più ampia, è una cosa formata in presenza di un fatto (il fatto da provare) e destinata a fissarne in modo permanente la percezione o la impressione fisica con la funzione di rappresentarlo in avvenire. Il punto di partenza della nozione di documento, infatti, va oggi trovato necessariamente in una formula così ampia, poiché come vedremo possono essere documenti probatori anche la fotografia, e una ripresa cinematografica, nonché una rappresentazione grafica,



scultoria, pittorica, ecc.

D'altra parte, perchè uno scritto ~~come~~ manifestazione di pensiero costituisca davvero un documento e ne configuri gli estremi, non basta che esso consista in qualsiasi comunicazione di un pensiero ad altri, ma occorre in certo senso che oltre a mera funzione manifestativa abbia o possa avere una funzione rappresentativa, di certificazione (vedremo che normalmente il mezzo che apre la possibilità di questa funzione di certificazione è la sottoscrizione, mediante cui ci si assume la responsabilità di ciò che si dice e lo scritto diventa quindi utilizzabile per la prova; mentre invece comunque risulti il semplice atto di una persona di manifestare per iscritto il pensiero, per es. in un appunto o pre-memoria o in una ricerca scientifica, quest'atto è indissolubile dal suo autore, anche se non viene firmato. Invece ai fini della prova - e soltanto a questo fine, essendo per ciò la firma di regola ritenuta essenziale - un atto non sottoscritto non costituisce generalmente che mero indizio, anzichè documento perfetto. La firma rappresenta come il ponte di collegamento fra il documento e il negozio che in esso si attesta).

Criterio generale nella valutazione delle prove da parte della legge è che il documento meriti la fede che merita il suo autore. Di qui la fondamentale distinzione a seconda che autore del documento sia un pubblico ufficiale nell'esercizio della sua funzione di documentatore (documento ufficiale: atto pubblico), ovvero un privato (documento non ufficiale: scrittura privata). Questa è la distinzione fondamentale sul terreno del nostro diritto positivo. }}

Aggiungiamo ancora, sempre a titolo di premessa generale, che l'identità dell'autore del documento può a sua volta risultare da prova documentale (firma del pubblico ufficiale - di cui fa prova l'atto stesso se non si dimostri falsificato: onde l'equiparazione delle voci "atto autentico" e "atto pubblico" - o firma autentica). Può risultare altrimenti da prova ricognitiva (confessione o equipollente) oppure indiziaria (verificazione giudiziale, di solito mediante perizia).

Quanto alla veridicità del documento, si tenga presente dal lato della terminologia che un documento può talora per legge con piena efficacia essere "eterografo", ossia redatto da persona diversa dal dichiarante (il che è tipico per es. dell'atto notarile). Ma anche l'autenticità e l'autografia possono essere impugnate, e vedre-



mo appresso partitamente i casi e i limiti in cui un documento può essere impugnato per falso. Infine ricordiamo, per chi non lo rammentasse dalla materia già del diritto penale, che il falso può essere "materiale" e può essere invece "intellettuale" o "ideologico", a seconda che riguardi l'estrinseco o l'intrinseco dell'atto: lo estrinseco, ossia la provenienza, la firma, le circostanze di tempo e di luogo della formazione del documento; oppure l'intrinseco, ossia il contenuto, il negozio, i fatti e le dichiarazioni che nel documento si rappresentano ai fini della prova. Così si ha falso materiale quando il documento si afferma proveniente da persona della quale realmente, in tutto o in parte, non proviene, oppure si afferma formato in circostanze diverse da quelle reali. Si ha falso intellettuale quando i fatti (dichiarazioni ecc.) rappresentati nel documento non corrispondono a quelli realmente accaduti, che il documento assume di rispecchiare.

Dunque, tutto ciò premesso, senza ora poterci addentrare oltre nei recenti e interessanti studi sui rapporti fra documento e negozio, i quali a dir vero hanno particolare rilievo per l'incorporarsi del diritto al documento nel campo dei titoli di credito, noi dobbiamo dire che nella scrittura, privata o pubblica che sia, va distinto il documento (contenente) che è una cosa materiale (normalmente materia cartacea) dal contenuto, che è la dichiarazione scritta nel documento stesso. Onde il documento assume diverso significato e diversa funzione giuridica secondo la natura della dichiarazione che vi è contenuta (valore probatorio, rispetto al negozio o rapporto giuridico rappresentato, o di elemento necessario per il sorgere di un determinato effetto sostanziale, o per trasferire o far valere dei diritti, ecc.). Se quindi la dichiarazione è di verità (di scienza) ed ha funzione probatoria, il documento è probatorio: come e con quali effetti la forma per es. documentale possa esser richiesta ad essentiam oppure ad probationem, abbiamo già insistito. Assai più interessante e di più vasta portata è il caso se la dichiarazione è di volontà e per la efficacia giuridica di questa il documento è essenziale (vedi esempi per l'atto pubblico in artt. 782, 162, 163, 14, 167, 603, 519/I cod. civ. e 328 cod. navigazione, e per la scrittura privata art. 1350 ecc.). Allora, astruendo dal documento, la dichiarazione di volontà sarebbe priva di esistenza giuridica, dentro il processo come



fuori e indipendentemente da questo; e il documento in  
tal caso non vale soltanto come prova (pur potendo sem-  
pre, naturalmente, funzionare anche da prova a fortiori,  
salva l'impugnazione per falso o il disconoscimento).  
Si parla qui, nel caso di scrittura richiesta ad substan-  
tiam, di documento dispositivo e anche costitutivo.

Si tenga presente altresì che le prove scritte ge-  
neralmente han più forza e prevalgono su quelle orali.

"L'atto pubblico - dice l'art. 2699 - è il documen-  
to redatto con le richieste formalità da un notaio o da  
altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pub-  
blica fede nel luogo dove l'atto è formato". In tale ar-  
ticolo rispetto al vecchio codice (art. 1315 abrog.) si  
parla con termine più esatto e comprensivo di "documen-  
to redatto" anzichè di atto ricevuto (che era espressio-  
ne equivoca e comunque ristretta; rimane tuttavia l'am-  
biguità fra atto come documento e come negozio, tanto  
più non distinguendosi ancora nella terminologia del co-  
dice il negozio giuridico dagli altri atti).

L'atto pubblico è perciò il documento di un nego-  
zio. La pubblicità è formata dal fatto che il documento  
è formato da un pubblico ufficiale, il quale è in gene-  
rale il notaio; ma non deve essere necessariamente un  
notaio; è un pubblico ufficiale, per es., l'ufficiale  
di stato civile per il matrimonio, come è un pubblico u-  
fficiale quello che si chiamava il conservatore delle i-  
poteche (oggi dei registri immobiliari; cfr. per il di-  
ritto penale la nozione di pubblico ufficiale nell'art.  
357 ss. cod. pen.).

Attendendo alle "richieste formalità" l'art. 2699  
intende richiamare alla legge notarile, per quello che  
riguarda il notaio e le altre norme regolamentari circa  
la formazione di atti da parte di altri ufficiali pubbli-  
ci.

L'accento al "luogo dove l'atto è formato" vuol di-  
re che il pubblico ufficiale può attribuire pubblica fe-  
de ai documenti che redige fino a che agisce nei limiti  
della sua competenza territoriale (il pubblico ufficia-  
le cioè dev'essere autorizzato, nel luogo dove l'atto è  
eseguito, ad attribuirgli pubblica fede).

In che cosa consiste questa pubblica fede attribui-  
ta all'atto? Lo spiega l'articolo seguente (2700): "L'at-  
to pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, de-

art.  
2699

art.  
2700



la provenienza del documento del pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti".

Quindi "fa pubblica fede" significa che fa "prova" e questa prova non può essere disattesa che facendo cadere l'atto con la querela di falso (la quale è un passo assai grave, concesso dalla legge con particolari cautele).

Si potrebbe dire che il pubblico ufficiale è un teste, il quale, per effetto del suo ufficio e delle formalità richieste, ha una credibilità maggiore di quella che avrebbe avuto un altro teste qualunque. Ma appunto perciò è teste di quello che fa lui stesso e di quello che si deve fare in sua presenza: non oltre. Perciò l'atto pubblico fa piena fede (non ammette la prova contraria), fino a querela di falso, di quanto in esso l'ufficiale che l'ha redatto attesta essere stato detto o fatto alla sua presenza (*ex suo viso et auditu*). Dei fatti non avvenuti alla presenza dell'ufficiale, ma dichiarati dalle parti, l'atto pubblico fa fede soltanto fino a prova contraria. Così potrebbero per es. le parti d'accordo, presentandosi davanti al notaio per un'alienazione, simulare di voler addivenire ad una vendita e fare invece in realtà una donazione (gli interessati potranno sperimentare in tal caso l'azione di simulazione: sui diritti dei terzi vedi art. 1415 cod. civ.).

La querela di falso può essere proposta in sede civile e in sede penale. Non sempre può formare oggetto di giudizio penale, perchè l'azione penale può essere estinta, mentre l'interesse di far valere la falsità in giudizio può essere indipendente da ciò. Se si addivenga a querela civile (art. 221 ss. cod. proc. civ.), questa può essere sperimentata tanto in via principale (disposiz. attuaz. c.p.c. art. 99) quanto in via incidentale, e cioè in corso di causa (in qualunque stato e grado del giudizio: art. 221). In tutti i casi, nel giudizio civile s'interpella prima la parte se vuole veramente valersi del documento impugnato - quindi se nasce contestazione sull'autenticità del documento la questione dev'essere decisa prima che il documento sia utilizzato - e poi in caso affermativo sulla questione decide il collegio con sentenza (non il singolo giudice istruttore con semplice ordinanza, e ciò per la maggiore importanza di questo giudizio): con procedimento analogo a quello del disconoscimento dell'autenticità di scrittura privata e della sua sottoscrizione.

L'atto pubblico ha poi anche forza di titolo esecuti-



vo (art. 474 cod. proc. civ.).

Infine l'art. 2701 avverte: "Il documento formato da ufficiale pubblico incompetente o incapace ovvero senza l'osservanza delle formalità prescritte, se è stato sottoscritto dalle parti, ha la stessa efficacia probatoria della scrittura privata".

Abbiamo così l'applicazione di un istituto di ordine generale che è la "conversione" dei negozi giuridici. Ma qui, a rigore, si deve dire trattarsi di conversione del documento, anziché del negozio. Il principio è questo: può accadere che un atto, nullo per mancanza di requisiti essenziali come negozio di un tipo determinato, contenga tuttavia in sé tutti gli elementi sostanziali e formali di un altro tipo: è conforme alla ragione, in tal caso, che sorga e sia valido il negozio di cui esistono gli elementi, poiché così si salva e si rispetta della volontà privata quel tanto che l'ordinamento giuridico permette (conversione, dunque, sostanziale o formale del negozio giuridico: cfr. art. 1424).

## 12. - Scrittura privata, ecc.

Con formula da cui ora quella del nuovo codice è radicalmente diversa, dettava l'art. 1320 cod. civ. abrog.: "La scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto pubblico fra quelli che l'hanno sottoscritta, e fra i loro eredi e aventi causa". In base alle moderne più penetranti analisi dogmatiche del concetto di documento e di negozio, l'attuale relazione del Guardasigilli (n. 1106) accusa l'articolo di cui sopra di aver confuso o almeno fuso insieme, "in una proposizione pregnante ma oscura e tecnicamente non esatta, l'efficacia probatoria delle dichiarazioni con quella del documento e forse anche l'efficacia negoziale con quella probatoria. È da questo - afferma la relazione - era derivata la limitazione soggettiva, contenuta nell'art. 1320, della fede che si attribuiva alla scrittura tra quelli che l'avessero sottoscritta e tra i loro eredi e aventi causa: da questo era derivata anche la disposizione successiva, ed ora soppressa, dell'art. 1324. In realtà, la scrittura come documento in concorso col successivo riconoscimento della sottoscrizione o col fatto che essa debba legalmente considerarsi come riconosciuta, non fa prova se non di ciò: che le dichiarazioni che essa contiene sono (o valgono come



se fossero) dichiarazioni provenienti da chi le ha sottoscritte (o legalmente si ritiene le abbia sottoscritte). E questo per l'appunto dispone l'art. 2702. Quali siano poi le conseguenze giuridiche che derivano dalla dichiarazione, in quanto ne sia così accertata la provenienza, è problema che va risolto secondo i principi generali sulle dichiarazioni negoziali o confessorie od enunciative e non riguarda l'efficacia probatoria del documento".

art. 2702 Ed ecco il vigente art. 2702: "La scrittura privata fa prova, fino a querela di falso, della provenienza 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 considerata come riconosciuta".

L'elemento che qui viene preso in considerazione particolare, nella scrittura privata, è quello della sottoscrizione della cui funzione già incidentalmente accennammo. Infatti, nella scrittura privata non è necessaria l'autografia; la scrittura può essere anche redatta con mezzi meccanici. La sottoscrizione rappresenta come la paternità della scrittura. Senza la sottoscrizione non si ha niente, e una scrittura, anche autografa, senza la sottoscrizione non cade sotto la nozione giuridica di scrittura privata. L'autografia è richiesta solo eccezionalmente, per es. nel testamento olografo. D'altro canto, l'autografia senza la sottoscrizione non attesta l'autenticità della scrittura nè ha alcun valore probatorio tranne in casi eccezionali che sono quelli dello art. 2707 relativo alle carte e ai registri domestici, e nell'art. 2708 sulle annotazioni in calce, a margine o a tergo di un documento.

Se la scrittura è di mano aliena e non porta la sottoscrizione, non può desumersene valore probatorio in base alla sua provenienza se non in materia di quelli che nel cod. comm. del 1882 avevano il nome di libri di commercio, e che ora con il codice nuovo sono chiamati i libri e le altre scritture contabili delle imprese soggette a registrazione: ciò che è scritto in tali libri fa prova contro l'imprenditore per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa; e il libro può non essere scritto dallo stesso commerciante, anzi in generale sono gli impiegati che vi scrivono. Infine anche i telegrammi possono fornire prova, e nei telegrammi potrà non avervi nè l'autografia nè la sottoscrizione autografa.



Ciò posto, e chiarito il concetto di scrittura privata, è chiara la differenza dell'efficacia di questa dall'atto pubblico. Indubbiamente la scrittura privata ha di fronte all'atto pubblico un'efficacia minore: ma non è già che non faccia anch'essa piena prova (art. 2702); solo che l'atto pubblico fino a querela di falso fa piena prova della provenienza del documento dal pubblico ufficiale e della provenienza delle dichiarazioni delle parti e fa piena prova dei fatti avvenuti alla presenza dell'ufficiale stesso; la scrittura privata invece fa piena prova soltanto della provenienza delle dichiarazioni.

Quanto all'autenticazione della scrittura privata, essa raggiunge l'effetto che la sottoscrizione si abbia per riconosciuta dalla parte, in quanto un pubblico ufficiale attesta che la sottoscrizione è stata redatta in sua presenza.

La scrittura privata non autenticata può essere disconosciuta da colui contro il quale viene esibita, perdendo così il suo valore di prova. In tal caso si apre una contestazione, mediante giudizio - anche qui come per il falso - principale o incidentale, che è il processo di verifica della scrittura (art. 214 ss. cod. proc. civ.).

Il riconoscimento della scrittura può anche essere ed è anzi generalmente tacito: figta confessio (basta cioè l'inerzia di chi lasci far valere la scrittura alla controparte senza disconoscere l'autenticità).

Se invece contro chi disconosce la scrittura privata (propria o del proprio dante causa) si propone istanza di verifica, allora si proporranno idonei mezzi di prova: ad es. producendo o indicando le scritture che possono servire da comparazione. E la giurisprudenza recente ha ammesso che si possa ricorrere anche alla prova testimoniale nel giudizio di identificazione della scrittura privata.

Naturalmente è da ripetere qui, come già per l'atto pubblico, che pur dovendosi ritenere provata la provenienza della scrittura autenticata o riconosciuta come manifestazione di quelle volontà che sono contenute nella scrittura, ciò non esclude che le stesse dichiarazioni possano impugnarsi da altri punti di vista che non sia quello dell'autenticità del documento: per es. dal punto di vista sostanziale del difetto di volontà.



ecc. (cfr. azione d'incapacità, o di dolo, o di violenza, e via di seguito).

Quanto alla prova della data nelle private scritture riguardo all'efficacia verso i terzi, vigevano due opposti sistemi nei codici abrogati: uno più rigoroso nell'art. 1327 vecchio cod. civ., uno meno rigoroso nell'art. 55/II vecchio cod. comm. Per il cod. civ. la data non era computabile agli effetti riguardanti i terzi, se non dal momento in cui si fossero avverati fatti tali da conferire assoluta certezza: non potendosi ad es. in nessun caso la data di una scrittura ritenere posteriore alla morte di colui che l'ha sottoscritta. Conseguenza di ciò: non essere tenuti i terzi, fuori di tali limiti, a ritenere autentica la data risultante dal documento. Il sistema opposto, quello del cod. comm. dava invece assoluta libertà (erano ammessi tutti i mezzi di prova indicati in materia commerciale dall'abrog. art. 44, e cioè anche la prova testimoniale).

Oggi, unificandosi la disciplina delle obbligazioni civili e commerciali, mentre più spesso ha prevalso nel nuovo codice la maggiore scioltezza propria delle regole commerciali, si è preferito qui invece in materia di opponibilità della data il sistema di prove più rigoroso per la maggiore tutela dei terzi, cioè il sistema del cessato codice civile. Art. 2704: "La data della scrittura privata della quale non è autenticata la sottoscrizione non è certa e computabile riguardo ai terzi, se non dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici, e, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento" (fra le parti invece la data vale fino a prova contraria).

Tuttavia alla generalizzazione di questa regola più rigorosa nel presente codice è stato introdotto un temperamento in due ipotesi, quelle dei due capoversi dello stesso art. 2704: l'ipotesi cioè di scrittura unilaterale non ricettizia, ritenendosi che in tale caso i terzi non possano essere danneggiati dal fatto che l'atto porti una data piuttosto che un'altra; e ugualmente il giudice ha libertà di ammissione di mezzi di prova quando si tratta di data di quietanza, ossia ricevute: quindi in documenti che provano la liberazione da un'obbligazione.



Veniamo ai telegrammi. Questi non cadono nella rigorosa nozione della scrittura privata, appunto perchè mancano di sottoscrizione. Sono piuttosto da considerare come documenti ai quali è riconosciuto un effetto probatorio indipendentemente dalla sottoscrizione e dall'auto-  
grafia.

Per l'art. 2705 "il telegramma ha l'efficacia probatoria della scrittura privata se l'originale consegnato all'ufficio di partenza è sottoscritto dal mittente ovvero se è stato consegnato o fatto consegnare dal mittente medesimo anche senza sottoscriverlo."

Questa efficacia probatoria, però, non è assoluta. Infatti, soggiunge il 2° comma, se l'identità della persona che ha sottoscritto l'originale del telegramma è stata accertata nei modi stabiliti dai regolamenti telegrafici, è ammessa tuttavia la prova del contrario. I funzionari delle poste e telegrafi non assumono, neanche in tal caso, il carattere di pubblici ufficiali. Invece la sottoscrizione può anche essere autenticata da notaio (3° comma), e in tal caso discende da quanto già sappiamo che riguardo all'autenticità della firma la prova contraria non è ammessa. Allora si hanno tutti i requisiti della scrittura privata autenticata.

Il mittente può fare indicare nel telegramma se l'originale è stato firmato con o senza autenticazione (4° comma). Qui si tratta di rispondere ad esigenze del commercio e quindi soprattutto in vista di dichiarazioni con efficacia contrattuale. Queste necessità pratiche vanno conciliate con le esigenze della fede pubblica.

Così come già in base a un'opinione largamente diffusa sotto il vecchio codice, stabilisce l'art. 2706 che la riproduzione dei telegrammi consegnati al destinatario si presume fino a prova contraria conforme all'originale. Il mittente, se ha fatto collazionare il telegramma secondo le norme dei regolamenti, si presume esente da colpa per le divergenze verificatesi tra l'originale e la copia del telegramma.

Delle carte e dei registri domestici abbiamo detto che cadono in considerazione come mezzi di prova costituiti da scritture private indipendentemente dalla sotto-



scrizione della scrittura stessa. E così per quel che riguarda le annotazioni che siano fatte in calce (ossia in fondo), in margine o a tergo di un documento.

La sezione terza è dedicata ai libri di commercio, cioè alle scritture contabili delle imprese soggette a registrazione, che sono appunto le imprese che esercitano il commercio (art. 2195).

Possono queste scritture formare mezzo di prova contro colui che ha tenuto i libri, non a favore di lui nei confronti di estranei. Ossia per quanti crediti egli segni sui libri di avere verso estranei, non potrà addurre tale sua scrittura a prova dell'esistenza dei crediti stessi, mentre contro di lui fa prova la sua scrittura, indipendentemente dalla sottoscrizione e dall'autografia.

Si dice però che chi vuole trarre vantaggio da una di queste scritture, non può scinderne il contenuto (si tratta invero di una confessione, e la confessione è indiscindibile). Dunque tra commercianti il libro può far prova, indipendentemente dal richiedersi requisiti di sottoscrizione o altro, tanto per i debiti che per i crediti relativi al rapporto di commercio proprio della impresa.

La norma attuata ha indole piuttosto processuale, ma è inserita qui per non disperdere, frazionandola, la disciplina dei libri di commercio.

Nel caso solamente di controversie relative allo scioglimento di società, alla comunione dei beni e alla successione per causa di morte può il giudice ordinare la comunicazione integrale dei libri, delle scritture contabili e della corrispondenza. Se invece si tratta di determinati rapporti di dare ed avere, si ordina la esibizione per estrarre solo le registrazioni riguardanti la controversia in corso (art. 2711); questa limitazione è posta dalla legge per un rispetto che si deve avere alla riservatezza intorno alle relazioni del commerciante.

Il codice nuovo ha voluto tenere conto anche di mezzi di prova che sono stati introdotti in relazione agli sviluppi della tecnica moderna. L'atto pubblico, la scrittura privata, ecc., sono registrazioni di un fatto, tali da poter essere percepite attraverso il pensiero. Invece, ci sono mezzi di prova che permettono l'acquisizione immediata dello svolgersi di un determinato fatto, nel senso che mediante essi siamo messi in diretto contatto con



la rappresentazione di certi eventi: come quando viene cinematografato un avvenimento o un discorso viene inciso su un disco, o viene presa una fotografia. Ecco appunto cos'è la riproduzione meccanica; la quale interessa il diritto quando interessa il diritto l'evento riprodotto. Art. 2712: "Le riproduzioni fotografiche 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".

E' evidente la ratio della norma circa la facoltà del disconoscimento, poiché a ognuno è noto come i trucchi in questa materia possano essere numerosi.

E' ammissibile perciò integrare la prova con altri mezzi, e si potrebbe anche pensare un'integrazione preconstituita attestando per es. l'autenticità della fotografia (prova di primo grado) con l'intervento del pubblico ufficiale (prova di secondo grado); o si può pensare di dare per testimoni la prova che una data fotografia è stata veramente presa in quelle determinate condizioni di tempo, di luogo, di soggetto. Tutti mezzi, questi, che possono attirar l'attenzione e dar maggiore speditezza, ma che nella pratica non sempre dato luogo a insidie e questioni. Per queste ragioni, avverte la relazione (n. 1110), si è preferito non attribuirvi mai efficacia di piena prova, e si è lasciato invece in vigore il principio proclamato dal cod. proc. civ. del libero apprezzamento del giudice (e possibilità quindi, sempre, della prova contraria).

Le taglie e le tacche, di cui parla l'art. 2713, sono un mezzo di prova che sopravvive ancora in alcuni centri rurali e si è creduto dopo qualche esitazione di non cancellarlo nel codice nuovo. Consistono in generale nel fare sopra un bastone, in relazione alle prestazioni effettuate un segno, una incisione, con cui si conta il numero e magari la specie delle prestazioni stesse.

E' notevole che qui il codice attribuisce alle taglie o tacche di contrassegno, corrispondenti al contrassegno di riscontro, valore di piena prova fra coloro che ne usano (per le somministrazioni al minuto).

Materia piuttosto regolamentare è quella delle copie (art. 2714 ss.), cancellature, abrasioni sui documenti (per il che è generalmente rimesso al giudice valutare l'efficacia probatoria), ecc.



720 Gli atti di ricognizione, di cui all'art. 2720, meriterebbero tutta una propria trattazione per la quale qui necessariamente non vi può esser luogo (cfr. anche gli atti unilaterali di ricognizione di debito di cui art. 1988; gli artt. 969 e 1870 non riguardano che l'interruzione della prescrizione; e vedi art. 1444 sulla convalida, conferma o ratifica dei contratti). Problemi sorgono circa gli effetti talora anche negoziali e non soltanto puramente probatori della ricognizione, e circa la natura causale od astratta e la portata dichiarativa o costitutiva di questa, nel caso si ammetta poterne comunque uscire eventualmente modificato il rapporto originario che della ricognizione stessa è oggetto. Questi problemi toccano in genere la riproduzione e rinnovazione dei negozi giuridici, e la teoria dei negozi di accertamento. Si suol concludere, quant'è all'atto di ricognizione, che propriamente questo prova l'esistenza del negozio primitivo in quanto contrario all'interesse del confitente, e il documento primitivo a sua volta prova il negozio o il rapporto giuridico che vi è rappresentato: vale a dire, esso atto, sotto l'aspetto probatorio che qui s'interessa, prova il negozio o il rapporto solo in via mediata.

### 13. - Prova testimoniale.

La testimonianza si definisce come un'attività rappresentativa che, a differenza della prova documentale, si svolge in assenza del fatto rappresentato, alla cui osservazione si richiama solo attraverso il ricordo.

La prova testimoniale era considerata con manifesta diffidenza dal codice del 1865. Aveva molto più larga applicazione nei rapporti commerciali, rispetto ai quali era regolata dal codice di commercio. In tempi recenti c'è stato un forte movimento nel campo della dottrina processualistica, il quale ha avuto per strenuo rappresentante a favore della prova testimoniale il Chiovenda (il sostenitore dell'oralità e dell'immediatezza del processo); mentre ci sono stati altrettanto strenui oppositori di questa prova.

E' un fatto che quella della prova testimoniale è più che altro una necessità, se pur non sempre felice: necessità quindi cui difficilmente il legislatore potrebbe sottrarsi, negando o restringendo troppo l'ammissibilità della prova testimoniale, della quale invero nella vita in moltissimi casi non si può fare a meno (anzi in



pratica assai spesso non si ha modo di far capo ad altro strumento di prova).

Il codice vigente ha snellito il sistema del codice del 1865. Anche qui ha influito l'unificazione tra il diritto civile e il diritto commerciale, la cui difformità di regime in questo campo non aveva veramente ragion d'essere.

art. 2721  
Si sono mantenuti due ordini di limitazioni alle prove testimoniali. La prima limitazione, che è di valore, è sancita dall'art. 2721: "La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede le L. 5.000. Tuttavia l'autorità giudiziaria può consentire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto delle qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza".

Indubbiamente questo limite di valore è basso, sopra tutto oggi. Però non è insuperabile. Prima qualità delle parti, che potrà esser presa in considerazione dal giudice per consentire la prova oltre il limite di L. 5.000, è che si tratti di commercianti; in base a tale qualità potrà anche giudicarsi la verosimiglianza che le parti abbiano contratto piuttosto verbalmente che per iscritto; e così via. Quindi praticamente il limite di valore oggi è rimesso al libero apprezzamento del magistrato, che vede e giudica.

art. 2722  
L'altra limitazione è quella dell'art. 2722: "La prova per testimoni non è ammessa se ha per oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, per i quali si alleggi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea".

723  
L'articolo che segue dice però: "Qualora si alleggi che, dopo la formazione di un documento, è stato stipulato un patto aggiunto o contrario al contenuto di esso, l'autorità giudiziaria può consentire la prova per testimoni soltanto se, avuto riguardo alla qualità delle parti, alla natura del contratto e a ogni altra circostanza, appare verosimile che siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali".

Dunque si rimette tutto, anche qui, alla discrezione del magistrato: è un regime elastico in rapporto alle necessità della vita.

Gli accennati limiti che sopravvivono alla ammissibilità della prova testimoniale, possono comunque essere



724 superati anche nelle ipotesi che sono considerate nell'articolo seguente (2724): "La prova per testimoni è ammessa in ogni caso: 1) - quando vi è un principio di prova per iscritto....; 2) - quando il contraente è stato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta; 3) - quando il contraente ha, senza sua colpa, perduto il documento che gli forniva la prova".

Nella prima ipotesi, il principio di prova è costituito "da qualsiasi scritto proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato".

725 Solo in quest'ultima ipotesi la prova per testimoni è ammessa del tutto eccezionalmente anche se l'atto scritto perduto era stato richiesto ad probationem o ad substantiam (art. 2725). "Da tale disposizione - nota la relazione (n. 1115) - scaturisce un'ulteriore limitazione del campo nel quale la prova per testimoni era ammissibile secondo il codice di commercio, dato che per l'art. 53 del detto codice la prova testimoniale di un contratto per cui il codice stesso avesse richiesto la prova scritta, avrebbe potuto ammettersi anche nel caso che concorresse l'una o l'altra delle prime due eccezioni (principio di prova per iscritto, impossibilità di procurarsi la prova scritta)".

Infine per l'art. 2726, come già pel dominante pensiero della giurisprudenza, le norme sulle prove testimoniali non si applicano solo ai fatti che delle obbligazioni costituiscono il nascere, ma anche al pagamento con cui la obbligazione si estingue, e alla remissione del debito da parte del creditore.

#### 14. - Presunzioni.

Delle presunzioni come prove non direttamente rappresentative di un fatto nè fondate sulla ispezione di questo, ma puramente critiche, induttive, abbiamo già accennato nel corso dell'indagine sin qui svolta su vari concetti delle prove, e così pure abbiamo parlato, fra l'altro, della fondamentale distinzione fra presunzioni assolute (iuris et de iure) e relative (iuris tantum, suscettive di prova contraria). Qui varrà aggiungere perciò solo qualche breve nozione.

727 "Le presunzioni - come si esprime l'art. 2727 - sono



le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato". Ossia le presunzioni sono le induzioni che si possono trarre da un fatto noto per risalire a uno ignoto, secondo un nesso costante. Il fatto noto costituisce l'indizio, più o meno concludente da caso a caso, su cui il processo logico della presunzione si fonda (prova quindi indiziaria): processo logico che è del tutto lasciato alla prudenza del giudice nelle presunzioni cosiddette semplici, o praesumptiones hominis. Questa è la terza categoria - meno rigorosa - di presunzioni che van ricordate accanto a quelle assolute e accanto a quelle relative di cui sopra, ossia accanto - con termine globale - alle c.d. presunzioni legali. Le presunzioni semplici insomma (o di fatto) non sono che i convincimenti che la mente del giudice si forma valutando le circostanze sottoposte al suo giudizio.

In altre parole mediante le presunzioni si attinge attraverso un ragionamento, in base alle regole dell'esperienza, la convinzione circa un fatto antecedente o concomitante o comunque collegato a un altro fatto già noto. La libertà di questo ragionamento da parte del giudice in confronto colle presunzioni semplici, è più limitata nelle presunzioni legali.

Già sappiamo come le presunzioni legali, quando ammettono la prova contraria, operino tuttavia ex lege una inversione dell'onere della prova; quelle assolute operano il discarico - ossia liberano - dall'onere della prova.

Ciò posto, s'intendono le disposizioni del codice: per l'art. 2728 (sulla prova contro le presunzioni legali) "le presunzioni legali dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite. Contro le presunzioni sul fondamento delle quali la legge dichiara nulli certi atti o non ammette l'azione in giudizio non può esser data prova contraria, salvo che questa sia consentita dalla legge stessa".

Qui la presunzione assoluta è la regola; la presunzione relativa (iuris tantum) è l'eccezione. E' esclusa dal novero delle presunzioni legali la menzione della cosa giudicata, già ivi inesattamente classificata secondo i vecchi codici, e di cui ora più opportunamente si tratta sotto il titolo IV (della tutela giurisdizionale dei diritti).



2729  
Nell'art. 2729, 1° comma, sono stabiliti gli estremi richiesti per le presunzioni semplici: "Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti".

Un limite importante è posto dalla regola del 2° comma dello stesso articolo: "Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni" (cfr. supra).

E' stato ritenuto (secondo il Messina) che il giudizio del magistrato fondato su presunzioni semplici sia sindacabile in Cassazione.

A proposito delle presunzioni legali relative e del loro effetto accennato d'inversione dell'onere della prova, possiamo infine ricordare alcuni esempi significativi: così l'art. 1147 presume la buona fede nel possessore (lo esonera cioè dalla prova) fino a prova contraria; cioè bisogna dare, caso mai, la prova della mala fede. Nell'art. 1142 si presume che chi possiede attualmente e ha posseduto in tempo più remoto abbia posseduto anche nel periodo intermedio; starà al proprietario contestare la continuità e affermare l'interruzione del possesso.

Nell'art. 2048 la presunzione sta a fondamento della responsabilità dei genitori per fatto illecito del minore. S'inverte l'onere della prova: infatti basta solo provare il danno cagionato dal minore perchè si presuma fino a prova contraria la responsabilità dei genitori, ossia si presume la colpa per trascurata sorveglianza. Così pure per i tutori, precettori e maestri d'arte.

Altre presunzioni che importano alleggerimento dall'onere della prova sono fra l'altro: art. 232 sulla presunzione di concepimento durante il matrimonio (prova contraria mediante l'azione di disconoscimento: art. 235), 880 sulla presunzione di comunione del muro divisorio, 897 sulla presunzione di comunione di fossi; 1237/II, per cui "se il titolo di credito è in forma pubblica, la consegna volontaria della copia spedita in forma esecutiva (cfr. art. 2714 cod.civ. e 475 c.p.c.) fa presumere la liberazione, salva la prova contraria".

## 15. - Confessione. -

2730  
La definizione della confessione è posta nel codice nell'art. 2730: è "la dichiarazione che una parte fa



della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte".

Gli effetti della confessione (che può essere anche provocata mediante interrogatorio: 228 ss.c.p.c.) derivano da ciò, che mediante questo mezzo di certificazione un soggetto riconosce vero un fatto contrario al proprio interesse e favorevole all'avversario.

Questo giuoco d'interessi, e quindi la speciale attendibilità della dichiarazione di conoscenza di un fatto che uno esprime ai propri danni, sono la ragion d'essere di tutta la disciplina e la teoria dell'istituto: la confessione è perciò detta la regina delle prove. A chi si può prestar fede, invero, più che a colui che ammettendo un fatto contra se obbliga o vincola se stesso?

2731 Art. 2731: "La confessione non è efficace se non proviene da persona capace di disporre del diritto, a cui i fatti confessati si riferiscono".

Dunque per avere la capacità di emettere una confessione con forza probatoria è necessario che il soggetto abbia la capacità di disporre dei diritti a cui attengono i fatti confessati (espressione più felice, questa dell'art. 2731, che non nell'art. 1561 abrog., dove si richiedeva la capacità di obbligarsi).

Il requisito così imposto, in tutti i casi, di una particolare capacità negoziale, ha dato non poco argomento alle discussioni dirette a stabilire la figura giuridica della confessione. La confessione è un negozio giuridico? o è qualcosa di diverso da un negozio giuridico? è o non è mera dichiarazione di scienza? o è un atto ricognitivo? Ha effetti dichiarativi o costitutivi? può modificare il diritto preesistente? e se la confessione è un negozio giuridico, che negozio giuridico è?

Gli argomenti da tenere presenti per la questione possono in linea di massima così riassumersi: se occorre una capacità di disporre dei diritti, ciò potrebbe far propendere a ritenere che la confessione sia un modo di disposizione di diritti, quindi vero negozio giuridico (dichiarazione di volontà e non di scienza). E occorre per far confessione, oltre alla capacità, un particolare potere, riconosciuto dalla legge solo alla parte stessa e al suo legittimo rappresentante munito di apposita procura (legittimazione). D'altra parte la confessione è eminentemente l'ammissione, la dichiarazione di un fatto



noto al confitente (quindi non negozio giuridico ma semplice dichiarazione di scienza). Quest'ultima considerazione spiega come la confessione possa esser condotta nel nulla in base ad errore di fatto (ciò mediante la revoca di cui parleremo subito qui appresso): ma è possibile condurre nel nulla la confessione anche se viziata da violenza (il che potrebbe far credere a una confessione - negozio giuridico, perchè la violenza incide sulla volontà). Infine, qualora per la confessione si parta dalla teoria che vi vede un modo di disposizione di diritti, ci domandiamo: e di quali diritti?

Alcuni processualisti hanno visto nella confessione addirittura un contratto di diritto sostanziale con cui la parte disporrebbe dello stesso rapporto giuridico dedotto in lite (per es. Mattirolo).

Altri hanno giudicato trattarsi di un negozio giuridico processuale: così il Messina, in una nota ma non recente monografia in materia, sostenne che con tale negozio la parte disporrebbe a suo talento del materiale istruttorio della causa.

Punti di vista tuttavia, questi, consideranti la confessione come un negozio e precisamente negozio dispositivo, che oggi forse non si potrebbero più agevolmente sostenere.

E' invece, ora, più probabilmente da credere non esser la confessione che una dichiarazione ricognitiva, o sia atto di ricognizione; o, come altri dicono, dichiarazione di certificazione. E' cioè un accertamento che faccio io stesso. Nella sua struttura, in altri termini, la confessione non è che un riconoscimento di verità: null'altro.

Piuttosto, ci limiteremo qui a dire, è una dichiarazione di verità fatta in condizioni tali che produce degli effetti sul destino del diritto rispetto al quale questa certificazione è fatta. Ossia la confessione ha funzione dichiarativa, ma può avere anche effetti modificativi del diritto anteriore. Ed allora si spiega la norma di legge: non c'è bisogno di arrivare a pensare che la confessione sia un negozio giuridico; bensì la confessione è una certificazione ricognitiva che fatta in quelle determinate condizioni produce - essendo vincolante - lo stesso effetto di un negozio con il quale io disponga dei beni.



Perciò si comprende come la norma sulla capacità e sulla legittimazione sia necessaria, e si debba aver riguardo anche sia all'errore di fatto che alla violenza inficiante la volontà.

Io confesso in quanto dico che è vero quello che diceva il mio avversario. L'efficacia giuridica di questa dichiarazione è quella che vincola il giudice: e in quanto il giudice rimanga legato si parla di prova legale.

Il mezzo tecnico mediante cui la confessione, nel caso che sia imputabile a errore di fatto o a violenza, può esser fatta cadere nel nulla, è l'atto di revoca (art. 2732).

Qui, quando si parla appunto di revoca per errore di fatto o violenza, il linguaggio risente un po', riecheggia quello dei negozi giuridici; ma ciò è perfettamente giustificato senza bisogno di veder nella revoca della confessione dei rapporti dedotti nel processo, come un tempo s'insegnava, la revoca di un contratto o quasi contratto giudiziale, ravvisandosi nella confessione un contratto in quanto accordo fra le parti, dispositivo del diritto controverso. Bensì la somiglianza terminologica fra l'art. 2732 sulla revoca e le norme riguardanti i negozi giuridici si giustifica meglio, pensiamo, con l'analogia di effetti che come sopra abbiám detto la confessione pur non appartenendo alla categoria dei negozi giuridici, può produrre a imitazione di questi.

Non occorre affatto insomma, per spiegare come la facoltà di revoca non sia sempre concessa, vedere in ciò il preteso rispetto verso una parvenza di figura contrattuale posta in essere mediante la confessione con la controparte: il che proprio dall'accennata dottrina già corrente per le scuole venne sostenuto (la teoria della confessione-contratto giudiziale).

Non è necessario pensare a niente di tutto questo quando si tien fermo il concetto della confessione come attestazione di verità, sulla quale si può ritornare quando tale dichiarazione sia stata emessa in stato di non libertà, o su cui altresì è lecito ricredersi quando la conoscenza del fatto fu determinata da errore.

Il concetto della confessione come produttore effetti di disposizione di diritti - concetto il cui senso stimiamo di avere ormai spiegato - ritorna ancora nell'art. 2733, dove si stabilisce che la confessione forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purchè non verta



su fatti relativi a diritti indisponibili.

"Fa piena prova" vuol dire, come sappiamo, che non è ammessa la prova contraria. Qui il giudice evidentemente è legato, non è libero nel formarsi il suo convincimento, e deve quindi giudicare in base alla risultanza della confessione (prova legale). Ciò avviene, e si ha confessione giudiziale, anche se la confessione è fatta dinanzi a un giudice incompetente (vedi relazione, n. 1119).

Se viceversa si tratta di confessione di diritti indisponibili, questa non fa piena prova e riacquista la sua efficacia il principio del libero convincimento del giudice.

In caso di litisconsorzio necessario, se la confessione è resa da alcuni soltanto dei litisconsorti, essa non forma piena prova contro gli altri (art. 2733, 3° comma), non potendo il confitente disporre dei diritti altrui; e perciò si conferisce al giudice il potere di apprezzare tale confessione liberamente.

La confessione è probatoria altresì nel senso che se, insieme a fatti sfavorevoli a sè, il confitente dichiara altri fatti o circostanze capaci di infirmare od estinguere appunto gli effetti a lui sfavorevoli del fatto confessato, è stabilito dalla legge che tali dichiarazioni fanno piena prova nella loro integrità, compreso il pro e' il contro, se l'altra parte non contesta la verità dei fatti o delle circostanze aggiunte (principio della inscindibilità della confessione): nel quale ultimo caso comunque il giudice non è vincolato ma può apprezzare liberamente l'attendibilità delle dichiarazioni (art. 2734) su cui richiamiamo la massima attenzione). E' insomma sempre il motivo dei contrastanti interessi che giuoca. Per ciò in pratica si può dire che qui veramente il valore della confessione è rimesso all'apprezzamento del giudice, nel senso che dalla dichiarazione di parte questi non rimanga vincolato: questa libertà di apprezzamento del giudice è principio generale in diritto penale (sistema della prova libera). Vale a dire il giudice cercherà la verità senza vincoli anche rispetto alla confessione, og sia potrà allora liberamente valutare anche quest'ultima. Siccome in penale si tratta del pubblico interesse, la confessione non ha quella forza vincolante che ha nel diritto civile.

Facciamo qualche esempio dei casi cui l'art. 2734 si riferisce, di dichiarazione confessoria non vincolante



per il giudice (prova vincibile); non vincolante a differenza della prova piena in quanto che ad essa dichiarazione "si accompagni quella di altri fatti o circostanze tendenti a infirmare l'efficacia del fatto confessato ovvero a modificarne o a estinguerne gli effetti". Sono i casi di quella che è nota nella dottrina sotto il nome di confessione qualificata e di confessione complessa.

Così, supponiamo, se io dico: ho ricevuto il denaro, è vero, ma non l'ho ricevuto in mutuo, bensì in pagamento, o l'ho ricevuto perchè donato (ecco la confessione qualificata). Oppure io assevero il fatto ma, unitamente ad esso, delle circostanze impeditive o estintive, se dico per es.: sì, ho avuto mille lire; ma te le ho restituite (confessione aggiunta). Così ancora può ricordarsi qui il caso della garanzia che deve il venditore per i vizi occulti della cosa venduta. Dice l'art. 1491 che io devo prestare la garanzia per il vizio occulto, a meno che il compratore già conoscesse i vizi della cosa al momento della vendita. Allora ecco il fatto impeditivo. Io posso dire: sì, il cavallo aveva una malattia; ma tu lo sapevi, e quindi se hai comprato ne subisci le conseguenze; oppure posso anche dire: ma avevamo pattuito l'esonero da ogni mia responsabilità per vizio occulto (confessione complessa).

Ebbene. In tutti questi casi, anzichè distinguere la opportunità e l'efficacia della prova a seconda che si tratti di confessione a contenuto qualificativo, oppure confessione complessa, ecc., il legislatore ha tagliato corto: ha rinunciato all'effetto di prova legale della confessione ed ha lasciato tutto al libero apprezzamento del giudice.

Quindi le dichiarazioni aggiunte (confessioni qualificate o complesse) fanno piena prova nella loro integrità se l'altra parte non contesta la verità dei fatti o delle circostanze (e purchè sempre si tratti di diritti disponibili). In caso di contestazione è rimesso al giudice di apprezzare l'efficacia probatoria delle dichiarazioni secondo il suo convincimento.

Scrive in proposito la relazione del Guardasigilli (n. 1120): "E' antica questione quella dei limiti entro i quali debba operare il principio della inscindibilità della confessione, ritenendo alcuni che la confessione sia sempre inscindibile, altri ponendo distinzioni, non sempre chiare, per delimitare l'ambito della inscindibilità. In realtà, se in molti casi l'inscindibilità appare logica e coerente ai principi che disciplinano l'onere della prova.



in molti altri casi conduce a conseguenze aberranti. Ho pensato in un primo tempo di dare formulazione legislativa a un criterio che valesse a segnare i limiti della inscindibilità, ma, a prescindere dalla difficoltà di tale formulazione, l'ulteriore esame del problema mi ha persuaso dell'inopportunità di enunciare in questo tema regole rigide, che possono rivelarsi inadeguate alla molteplice varietà dei casi. Per altro, la regola contenuta nell'art. 1360 del codice del 1865 (che secondo alcuni portava ad escludere radicalmente dal materiale istruttorio la confessione ritenuta inscindibile, se la controparte non intendeva servirsene, e secondo altri consentiva alla controparte di servirsene nei punti favorevoli, assumendosi però l'onere e l'alea della prova contraria alle dichiarazioni aggiuntive) conduceva a conseguenze incompatibili col principio, accolto nel codice di procedura civile (art. 116), che il giudice può desumere argomenti di prova dal contegno delle parti. Uniformandomi allo spirito di questo principio, ho ritenuto opportuno lasciare al giudice di apprezzare, secondo le circostanze, il valore della confessione a cui si accompagnano altre dichiarazioni che tendono ad infirmare l'efficacia del fatto confessato ovvero a modificarne o ad estinguerne gli effetti (art. 2734). Tale soluzione è più coerente al nuovo sistema processuale che rafforza il principio del libero convincimento del giudice e, d'altro canto, ha il pregio di circoscrivere la piena efficacia di prova legale attribuita alla confessione ai soli casi in cui questa, quale riconoscimento puro e semplice della verità di un fatto, conserva quel carattere per cui il giudice è da essa vincolato".

Ricordiamo infine in ultimo punto. Abbiamo parlato della confessione giudiziale e accennato all'interrogatorio che alla confessione o alla ficta confessio tacita può dar luogo provocandone i presupposti (così ficta confessio si ha per l'art. 232 c.p.c. nel caso di mancata risposta): l'interrogatorio può essere formale, per articoli separati proposti dalla parte interessata (art. 230 cod. proc. civ.), o non formale, compiuto cioè liberamente per opera del giudice in applicazione del principio del contraddittorio. Ma la confessione può essere anche stragiudiziale. L'art. 1358, 2° comma, del cod. civ. 1865 attribuiva alla confessione stragiudiziale, se fatta a un terzo, il valore di semplice indizio: invece anche in questo caso l'attuale legislatore ha ritenuto preferibile conferire al giudice il potere di apprezzarla liberamente e lo stesso si è stabilito per la efficacia probatoria già vivamente dibattuta della confessione contenuta in un testamento. Infatti il vigente art.



2735 cod.civ. suona; "La confessione stragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale" - perciò anche qui la confessione fa piena prova purchè concorrano queste due condizioni: che non venga contestata (se la confessione è qualificata o complessa) e riguardi in ogni caso diritti disponibili (sia se la confessione è semplice, sia se contiene dichiarazioni in parte favorevoli e in parte sfavorevoli al confitente). "Se è fatta a un terzo o se è contenuta in un testamento, è liberamente apprezzata dal giudice.

E' vietato, poi (3° comma dello stesso articolo), provare per testimoni la confessione stragiudiziale, se questa verte su un oggetto per il quale la prova testimoniale non è ammessa dalla legge (conforme art. 1359 cod. civ. abrog.).

Non c'interessano qui i casi in cui la confessione stragiudiziale possa eventualmente avere efficacia non puramente probatoria: mentre la funzione è sempre tutta probatoria nella confessione giudiziale, in quanto fatta appunto ai soli fini del processo.

## 16. - Giuramento.

Il giuramento è un altro mezzo di prova legale. Consiste in una dichiarazione assertoria di verità, provocata in difetto d'altre prove dall'iniziativa dell'avversario o del giudice: dichiarazione quanto altra mai rigorosamente formale, compiuta anzi, per espresso comando della legge, con l'invocazione della Divinità (art. 238 cod. proc.civ.). Onde il giuramento si esprime in una formula che vien definita idonea a esporre il mendace a sanzioni, extraprocessuali - e come tali non direttamente influenti sull'esito del processo - di carattere religioso, etico, e giuridico-penale (non si dimentichi la sanzione penale per il reato di falso giuramento: art. 371 cod.pen.). Il che appunto ora rapidamente vedremo.

Certo il giuramento presenta analogia con la confessione: importa, come questa, esenzione dall'onere della prova e, anche per analizzarne la natura giuridica come asseverazione di verità che può far sicura prova e vincolare il giudice, gran parte degli argomenti già citati per la confessione potrebbero qui richiamarsi (così pure la capacità e la legittimazione richieste son le medesime; e



si esclude per il giuramento come per la confessione trattarsi di un contratto). Senonchè ne differisce per la maggior solennità, e soprattutto perchè qui la dichiarazione della parte ha effetto probatorio non soltanto contra se (effetto pregiudizievole al dichiarante), ma altresì rispetto a fatti a lei favorevoli. Il fondamento dei due istituti è dunque tutto diverso, fondandosi la confessione sull'attendibilità derivante dalla mancanza d'interesse nel dichiarante, e cioè derivante dal fatto che uno dichiara alcunchè contro il proprio interesse; invece il giuramento si affida tutto alla coscienza del giurante. Inoltre, mentre la confessione può essere giudiziale o stragiudiziale, il giuramento è sempre giudiziale.

Si è discusso, soprattutto riguardo al giuramento deferito a una delle parti su iniziativa dell'altra per farne dipendere la decisione della causa, si è discusso se questo mezzo di prova dovesse essere conservato: mezzo indubbiamente antiquato e pericoloso, in quanto si rimette alla coscienza e dipende tutto dall'onestà del giurante, in base al vincolo morale or più or meno profondamente sentito che questi contrae secondo anche la religione alla quale appartiene, e secondo le società e i climi storici. Ma poi il giuramento è rimasto, considerato che in alcuni casi adempie ancora qualche funzione utile. E' certamente sistema rapido ed economico quant'altro mai per l'accertamento dei fatti quando non ci sono altri mezzi più opportuni, particolarmente nelle liti di scarso valore e per evitar procedure troppo complesse; d'altra parte allorchè nel caso concreto una delle parti fa ricorso a questo mezzo di prova ed è disposta a limitarsi al risultato di esso, vuol dire che ritiene di poter fare affidamento sicuro sulla coscienza di colui a cui deferisce il giuramento. Così pure la relazione del Guardasigilli (n. 1122), osservando come le voci invocanti la soppressione di quest'istituto avessero eco sempre minore negli ultimi anni, asserisce che in realtà esso "può servire talvolta a semplificare i litigi, se la parte alla quale il giuramento è deferito sa, o quanto meno può temere, che l'altra parte sia in grado di denunciarne e dimostrare l'eventuale falsità" (cfr. art. 2738, infra). Quindi in tutti i modi si può dire che il fondamento logico e politico-legislativo dell'istituto sta nella massima di esperienza più o meno fondata, per cui si reputa sintomo di attendibilità il semplice fatto stesso della delazione rivolta dall'avversario o dal giudice alla parte siccome a persona degna di fede (si parla da taluno di auto-



responsabilità, come per la confessione; il rischio è quello eventualmente di far uso malaccorto della propria iniziativa, rendendo l'avversario giudice in causa propria).

Il giuramento può esser deferito non soltanto dalla controparte, ma anche dal giudice. E perciò a seconda di questi due casi, nella classificazione del codice nuovo, è rispettivamente di due specie: decisorio o suppletorio; non è più di tre specie come si traeva dai codici precedenti: ora invero non si considera più categoria autonoma il giuramento estimatorio, che si riconduce invece nell'ambito del suppletorio.

L'art. 2736 chiama decisorio il giuramento "che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa": espressione, questa, che a ben riflettere non è la più propria, perchè in realtà la funzione del giuramento cosiddetto decisorio è sempre e solo certificativa di un fatto, come in tutte le prove: certificativa anzi di un fatto specifico messo in dubbio, onde alla risultanza di tal prova ossia alla dichiarazione del giurante il giudice rimane vincolato. Il che appunto vuol dir prova legale: si astrae dal convincimento del giudice. Funzione dunque, diciamo, certificativa di un fatto, non funzione decisoria, come il nome dell'istituto potrebbe erroneamente far intendere. Nè naturalmente s'intende rimettersi alla controparte perchè decida essa in tutto o in parte la causa, ma perchè certifichi un determinato fatto, da cui mediatamente dipenderà la decisione totale o parziale della causa per opera del giudice. In altre parole si dà col giuramento la prova non parziale ma intera di un fatto: sul punto deferito il giuramento essa - risce la prova. Se e in qual misura poi il fatto giurato determini effettivamente, a sua volta, la decisione della causa, è questione diversa, la cui decisione dipende dalla natura del fatto e rimane soggetta all'apprezzamento del giudice sulle risultanze di tutta la prova complessivamente considerata. Il fatto dedotto deve invero essere concludente sempre, se no non sarebbe ammissibile richiedere il giuramento ai fini della causa, ma può esser più o meno esauriente rispetto al fondamento di fatto della ragione proposta a giudizio.

Parte legittimata ab initio a deferire all'altra il giuramento è quella su cui incombe l'onere della prova. Sulle contestazioni riguardanti l'ammissibilità del giuramento decide il collegio (art. 237 c.p.c.). Atto persona-



lissimo, il giuramento se non sia fatto dalla parte stessa può esser prestato da un suo rappresentante purchè munito di mandato speciale. Questo è detto nell'art. 233 c.p.c.; e le nozioni fin qui dette vanno integrate con alcune altre norme che son contenute nel codice di rito, in quanto riflettenti l'organizzazione, l'istruzione, il meccanismo del giuramento, ma che nel contempo in realtà hanno anche un certo contenuto sostanziale. La relazione avverte: "Solo una parte delle norme relative a tale mezzo di prova sono inserite in questo libro: quelle che concernono il riferimento del giuramento decisorio, la revocabilità di esso e la possibilità di deferirlo anche nel giudizio di appello sono trasferite, come in sede più propria, nel codice di procedura civile, mentre nel libro delle obbligazioni sono regolati gli effetti del giuramento nel caso di solidarietà attiva e passiva" (art. 1305 cod.civ.; e cfr. art. 2960 per il giuramento nelle prescrizioni presuntive).

Colui al quale è deferito il giuramento può non giurare. L'art. 234 dice che "finchè non abbia dichiarato di essere pronta a giurare, la parte, alla quale il giuramento decisorio è stato deferito, può riferirlo all'avversario" nei limiti di cui qui infra (art. 2739 cod.civ.). Cioè una delle parti può invitare l'altra a giurare sulle stesse circostanze. Quindi si può scambiare tra le parti il giuramento. La parte che ha deferito o riferito il giuramento, non può più revocarlo quando l'avversario ha dichiarato di essere pronto a prestarlo (art. 235 c.p.c.). Ciò meno che in un caso: la revocabilità è infatti eccezionalmente ammessa in quest'unico caso, che nell'ammettere il giuramento decisorio il giudice modifichi la formula proposta dalla parte (art. 236).

Se la parte a cui il giuramento è stato deferito non si presenta senza giustificato motivo all'udienza fissata o, comparando, non presta il giuramento (rifiuto) e non lo riferisce all'avversario, allora si danno per ammessi i fatti che formano oggetto della prova (ecco un caso di ficta confessio). Se il giuramento viene riferito alla controparte, non può essere da questa a sua volta riferito di nuovo alla prima (su tutto ciò art. 239): o giura, o il fatto si ha per ammesso.

Passiamo al secondo tipo di giuramento: giuramento suppletario. Esso è "quello che è deferito d'ufficio dal



giudice a una delle parti al fine di decidere la causa" (art. 2736 cod.civ.). Ma, mentre il giuramento decisorio, deferito inter partes, potrebbe anche esser l'unica prova dedotta nel processo (senza bisogno però che non siano possibili altri mezzi di prova) e potrebbe avere per effetto l'accertamento di tutto il fatto, invece il giuramento suppletorio non può avere un effetto di altrettanta ampiezza, bensì più limitato: il giudice non potrà deferire il giuramento suppletorio se non a condizione che la domanda o la eccezione non sia completamente sprovvista di prove. Occorre cioè almeno un principio di prova. Di qui la qualifica di suppletorio: il giuramento si aggiunge al principio di prova che già esiste. Quindi resta fermo che la domanda non fornita per nulla di prove viene respinta. D'altra parte è evidente che il giuramento suppletorio non può esser deferito, perchè inutile, quando il fatto è già completamente provato. Perciò se il giudice si trova nella critica situazione che il fatto sia provato in parte ma non del tutto (così richiede l'art. 2736), e mancano altri mezzi per formare il suo convincimento, in queste condizioni e solo in queste condizioni egli può rivolgersi alla attendibilità di una delle parti, scegliendo quella che gli fornisce maggiore garanzia e la cui domanda o eccezione sarà meglio assistita dal materiale probatorio già raccolto.

Il giuramento suppletorio non è riferibile all'avversario (art. 242 cod.proc.civ.).

Altro caso di giuramento suppletorio e non più a sé stante, come abbiamo testè accennato, è il giuramento estimatorio, ossia quello "deferito al fine di stabilire il valore della cosa domandata, se non si può accertarlo altrimenti" (art. 2736 cit.). Quest'ultima condizione è qui dunque tassativamente indicata, mentre nel giuramento decisorio non è necessario che altri mezzi di prova non siano possibili. Es. di giuramento estimatorio si ha se non c'è altro modo di definire il valore della cosa che è andata distrutta, della quale taluno è responsabile per il risarcimento del danno. Anche qui è il giudice (e cioè il collegio) che può ammettere la parte al giuramento: ciò tuttavia con un limite alla attendibilità. Stabilisce infatti l'art. 241 cod.proc.civ.: "Il giuramento sul valore della cosa domandata può essere deferito dal collegio a una delle parti, soltanto se non è possibile accertare altrimenti il valore della cosa stessa. In questo caso il collegio deve anche determinare la somma fino a concorrenza della quale il giuramento avrà efficacia". Cioè nel



giuramento suppletorio il caso normale è che esso non possa essere deferito dall'autorità giudiziaria se non c'è già almeno un principio di prova; nel caso particolare che si tratti di accertare un valore (giuramento estimatorio), subentrano le limitazioni qui indicate: assenza di alcun altro mezzo di prova, e preventiva determinazione giudiziale del limite massimo di attendibilità (cfr. in questo senso relazione, n. 1122).

Si tenga presente che sia per deferire dall'una all'altra parte, come per riferire il giuramento all'avversario occorrono, dice l'art. 2737 cod.civ., le condizioni di capacità e di legittimazione attiva di cui all'art. 2731 già esaminato sopra in tema di confessione.

2738  
Quanto all'efficacia del giuramento, dice l'art. 2738 che "se è stato prestato il giuramento deferito o riferito, l'altra parte non è ammessa a provare il contrario, nè può chiedere la revocazione della sentenza qualora il giuramento sia stato dichiarato falso".

Quando l'accertamento di un dato di fatto è eseguito per mezzo del giuramento, questo accertamento è definitivo, non può ritornarsi sopra di esso. Se è stato giurato il falso ci saranno le sanzioni che derivano dal codice penale per il falso giuramento; ma il giudizio civile viene deciso a seconda di quell'accertamento. Questo è molto importante ricordare.

Si discuteva sotto l'impero del codice precedente se il caso del falso giuramento decisorio fosse un caso di revocazione della sentenza. Nè i dubbi venivano dissipati dalle norme del codice di procedura in materia di revocazione. La questione è stata risolta in senso nettamente contrario nel nuovo codice, sulla base della prevalente dottrina e giurisprudenza. E che in realtà non fosse conveniente ammettere qui un caso di revocazione, è stato ritenuto soprattutto per un duplice ordine di motivi: sia perchè la revocazione non avrebbe recato alcuna utilità in quell'ipotesi in cui chi ha deferito il giuramento non sia in grado di valersi di altre prove; sia perchè l'ammettere la revocazione avrebbe poi in ogni altro caso recato l'intento di semplificare le liti (intento per cui appunto il giuramento è stato mantenuto nel nostro sistema probatorio); anzi avrebbe troppo facilmente condotto a moltiplicarne le fasi.

Però, è stato anche risolto un altro punto con soddisfazione di giuste esigenze in materia. Si dice che si



può tuttavia domandare il risarcimento dei danni nel caso di condanna penale per falso giuramento" (art. 2738, 2° comma). Quindi in base al giuramento anche se falso si deve decidere la causa, ma può il danneggiato ottenere il risarcimento e si viene così indirettamente a reintegrare l'ordine giuridico e l'interesse violato (mediante un surrogato: il risarcimento invece del bene conteso nella causa). Senonchè questo surrogato, questo risarcimento, è concesso alla parte danneggiata in quanto si condanni l'avversario in sede penale per reato di falso giuramento. Ma quid iuris nel caso d'impossibilità di perseguire penalmente il colpevole e di dimostrare quindi la falsità del giuramento, impossibilità per morte del giurante o amnistia ecc.? In tale ipotesi la causa penale non si può fare contro lo spergiuro, perchè il reato è estinto (ossia ne sono estinti gli effetti, nel senso che non può più essere perseguito come illecito, non ostante ne esistano tutti gli estremi di fatto). Ebbene, provvede appunto un'apposita norma del nuovo codice civile a stabilire che "se la condanna penale non può essere pronunciata perchè il reato è estinto, il giudice civile può conoscere del reato al solo fine del risarcimento" (art. 2738 capov.). Il giudizio, dunque, che qui s'introduce, è puramente civile.

L'ultimo comma dello stesso articolo risolve il caso del giuramento prestato da uno o più litisconsorti (cfr. art. 102 ss. c.p.c.), rimettendo al giudice, secondo le circostanze, di apprezzare liberamente. E' il medesimo criterio di libero apprezzamento del giudice - come sopra nell'art. 2733, 3° comma - che abbiamo visto largamente adottato in materia di confessione. E qui varrebbe richiama anche l'accennato art. 1305 sul giuramento in materia di solidarietà.

Infine, ulteriori limiti all'ammissibilità del giuramento vengono sanciti e chiariti nell'art. 2739: "Il giuramento non può essere deferito o riferito per decisione di cause relative a diritti di cui le parti non possono disporre, nè sopra un fatto illecito o sopra un contratto per la validità del quale sia richiesta la forma scritta, nè per negare un fatto che da un atto pubblico risulti avvenuto alla presenza del pubblico ufficiale che ha formato l'atto stesso".

Anche qui, se si richiede il potere di disporre, ciò non implica che il giuramento sia un contratto di disposizione, come la stessa cosa già abbiamo esclusa per la



confessione. Si tratta solo dell'influenza assorbente che per necessità l'uso di un mezzo di prova finisce indirettamente con l'avere sul diritto stesso che è controverso. Perciò, per l'analogia degli effetti mediati, il medesimo potere di disposizione è richiesto, pur non diventando propriamente dispositiva la natura giuridica dell'atto.

Se poi si esclude il giuramento decisorio su un fatto illecito, è perchè qui non si vuole mettere in una situazione particolarmente delicata il giurante, esponendolo a giurare il falso per nascondere il fatto imputabile.

Quanto ai contratti per cui è richiesta la forma scritta (su ciò supra, art. 1350, 1967 ecc.) qui ci si riferisce di nuovo alla da noi ripetutamente esaminata distinzione fra requisiti richiesti ad substantiam e ad probationem tantum. Qui la legge dice che il giuramento non vale, se la forma scritta è richiesta "per la validità", cioè ad substantiam. Dunque nell'altro caso il giuramento può supplire la scrittura: ossia si potrà provare con il giuramento l'esistenza di un contratto per cui la forma scritta è richiesta come esigenza di prova, ma non si potrà provare con il giuramento un contratto di quelli nei quali la forma scritta è richiesta sotto pena di nullità. Es.: non si potrà provare per giuramento una compra vendita di immobili, ma si può provare per giuramento un contratto di assicurazione o di noleggio, per cui nessuna forma il codice richiede, e così anche una fattura o la materia di libri di commercio, per cui la forma scritta suole esser richiesta ad probationem.

Dal principio della piena prova formata dall'atto pubblico, discende che non si potrà negare mediante giuramento un fatto che risulti avvenuto alla presenza di un pubblico ufficiale, allorchè di esso fatto faccia fede l'atto notarile: occorre, come sappiamo, per andar contro l'atto, la querela di falso.

"Il giuramento non può essere deferito - dice il capoverso dell'art. 2739 - che sopra un fatto proprio della parte a cui si deferisce o sulla conoscenza che essa ha di un fatto altrui e non può essere riferito qualora il fatto che ne è l'oggetto non sia comune a entrambe le parti". Ossia non può il giuramento servire per provare un fatto che non sia di conoscenza del giurante. Il fatto deve essere comune alle due parti, perchè su questo giuoca il meccanismo del riferimento.



17. - Della responsabilità patrimoniale.

Il titolo III del libro VI cod.civ. ha una notevole ampiezza in quanto raggruppa quegli istituti che si richiamano alla responsabilità patrimoniale. Questo concetto della responsabilità patrimoniale è un concetto chiave dell'ordinamento giuridico, e particolarmente degli istituti che sono raggruppati in questo sesto libro (in quanto che rientrano nella materia della responsabilità i privilegi, il pegno e l'ipoteca, e si attua la responsabilità patrimoniale attraverso la tutela giurisdizionale dei diritti, di cui al titolo IV, attraverso l'espropriazione, l'esecuzione forzata).

E' un sistema certamente imperfetto, se pur necessario collo sviluppo della civiltà attuale, che chi per es. si è obbligato a costruire una casa, se non la costruisce mancando così alla promessa non può di regola esser costretto dalla legge materialmente a costruire contro la sua volontà; e neanche risponde direttamente colla sua persona, come in Roma prima della Lex Poetelia il debitore inadempiente poteva essere condotto dal creditore in schiavitù, o come da noi ancora sotto il vecchio codice fino a una legge del 1877 si poteva essere arrestati per debiti; bensì la regola è che chi non costruisce la casa che ha promesso risponde dell'inadempienza solo col suo patrimonio, e cioè il creditore a compenso della mancata prestazione dovrà contentarsi di ricevere una somma di denaro. Così, anche se manca l'adempimento spontaneo, si può comunque realizzare per mezzo della legge un interesse, poichè s'insegna che l'interesse forma la sostanza e il fondamento di ogni diritto soggettivo: si può realizzare indipendentemente dal comportamento di colui che è tenuto a garantire l'attuazione di quel determinato interesse (esecuzione forzata, su cui infra). Ma l'interesse che si realizza non è più quello stesso che io particolarmente perseguivo, di ottenere che tu mi costruissi la casa, ma è solamente l'interesse generico - che la legge tende ad assicurare - a che io venga il meno possibile danneggiato dall'inadempienza altrui; perciò asseriamo che il sistema, pur rispondendo a esigenze pratiche, è indubbiamente imperfetto; onde la legge parte dal concetto di tagliar corto e compensarmi economicamente, diciamo così per approssimazione: se è il caso farà addirittura costruire la casa da un altro, a spese del debitore (art. 2931). Se no mi farà pagare



tutto quel che io in conseguenza dell'aspettativa delusa ho perduto. E persino certi danni morali vengono talvolta valutati patrimonialmente (art. 185 cod. pen.).

Si è dunque o si diventa debitori per una trasformazione dell'obbligo originario, anche se il rapporto originario non era un rapporto di debito e credito; la inadempienza trasforma l'obbligo originario in un obbligo ulteriore, un surrogato, che è il risarcimento dei danni. Perciò, non essendo necessariamente il rapporto originario di obbligazione, la materia della responsabilità patrimoniale non rientra nel libro IV delle obbligazioni ma è qui trattata colla tutela dei diritti soggettivi in generale. Ed ecco come, se non posso avere la prestazione originaria, l'ordinamento giuridico mi dà in ultima analisi la possibilità di avere una certa somma di beni in compenso di quel bene specifico a cui avrei avuto diritto in base al rapporto che è rimasto violato.

Insomma quando siamo a questo punto, tutto si riduce alla manifestazione ultima dell'interesse: quella di avere un qualche bene, una somma di denari; salvo nei limitati gruppi di casi, vedremo, in cui l'ordinamento giuridico ci garantisce una soddisfazione specifica, e cioè può proprio costringere chi di dovere a compier effettivamente quella prestazione che era dovuta.

E' dunque attraverso questo concetto della responsabilità patrimoniale che l'ordinamento giuridico organizza la realizzazione di una somma notevole di diritti soggettivi - non soltanto obbligatori - e ne rende possibile l'attuazione; è attraverso questo concetto della responsabilità patrimoniale che nel campo del diritto privato si concreta, per quel tanto che mediatamente è possibile, la coercibilità della norma giuridica. Ossia si dice che i diritti soggettivi di per sé sono incoercibili, in quanto appunto normalmente non si può essere costretti dalla legge a un atto se non si vuole adempiere; ma si attua tuttavia una coercibilità indiretta, da che se non adempio io posso essere condannato a pagare invece il risarcimento dei danni. Il che agirà il più delle volte anche come remora preventiva, spingendo l'obbligato ad adempiere i suoi doveri, pur di non incorrere poi in più gravi sanzioni di responsabilità col suo patrimonio.

Naturalmente non possiamo qui dilungarci sui rapporti, su cui nella dottrina degli ultimi decenni si è molto e forse troppo discusso, fra debito e responsabilità (ted. Schuld e Haftung). Questi due aspetti sono normalmente connessi in un medesimo rapporto, ma come appunto



il concetto di responsabilità patrimoniale è il mezzo per l'attuazione di una cerchia più ampia di diritti soggettivi che non quelli puramente obbligatori, così d'altra parte vedremo un caso tipico di responsabilità senza debito nell'ipoteca concessa dal terzo datore (che non è debitore).

Concludendo, in generale l'ordinamento giuridico non può assicurarci che questo: che avremo una somma di denaro per tutto ciò che non abbiamo avuto.

2740 E allora si capisce la formulazione dell'art. 2740, con cui si apre il titolo III: "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri".

Espressione enfatica, ma principio fondamentale dell'ordinamento giuridico. In caso d'inadempimento del soggetto, si vuol dire, tutta s'investe la sua capacità patrimoniale, il presente e l'avvenire. Questa è la prima affermazione.

Il debitore, di cui qui si parla, rappresenta il caso tipico e normale del patrimonialmente responsabile. Ed è caratteristica del rapporto di obbligazione appunto la responsabilità illimitata (a differenza per es. dei diritti reali, che ad essa non danno mai luogo).

2741 La seconda affermazione è nell'articolo seguente (2741), nel quale si afferma come regola che "i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del creditore".

Quindi l'obbligato - per riferirci al caso del rapporto puramente obbligatorio che qui ha più larga applicazione - deve rispondere ad una molteplicità di persone che si trovano poste tutte a parità di condizioni dall'ordinamento giuridico: nel senso che se i creditori sono più d'uno, tutti essi in proporzione del loro credito possono trovare soddisfazione. Si parla allora di concorso dei creditori.

Senonchè la prima affermazione di cui sopra è subito seguita da una limitazione. Si osserva che non è sempre illimitata la responsabilità del debitore. Normalmente, sì, il principio è che la responsabilità sia illimitata nel senso che investe tutto il patrimonio, ma ci sono dei casi in cui la responsabilità può essere limitata, cioè non investire tutto il patrimonio. Questi casi sono le



eccezioni. Queste eccezioni però devono essere espressamente determinate dalla legge.

La limitazione, noi pensiamo, deve intendersi in due modi. Può darsi che non tutto il patrimonio del debitore debba rispondere, ma soltanto determinate masse circoscritte con diversi criteri. Per es. quando si stabilisce che l'erede che ha accettato con il beneficio d'inventario, risponda soltanto con i beni che ha ereditato. Con questa limitazione nel suo patrimonio si impedisce la confusione dei beni dell'erede con quelli del defunto.

Una responsabilità limitata è quella del socio delle società per azioni, il quale risponde nei limiti delle azioni che possiede. Se valesse il principio della responsabilità illimitata, il socio dovrebbe rispondere non solo con le azioni, ma anche con gli altri suoi beni.

Ma oltre a questo si deve secondo noi osservare che vi può essere un altro significato di responsabilità limitata.

Si veggia il caso della dote.

Art. 188: "L'esecuzione sui frutti dei beni dotali non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti dal marito per scopi estranei ai bisogni della famiglia".

Qui non si ha semplicemente responsabilità limitata nel senso di patrimonio separato o comunque limitazione della responsabilità ad alcuni beni, ma si ha che certi beni rispondono limitatamente alla natura del debito: ciò in base alla destinazione della dote ad sustinenda onera matrimonii.

Il che non toglie tuttavia che anche tale aspetto della responsabilità limitata possa riscontrarsi non infrequente.

Accanto all'art. 188 sulla dote, non si può non ricordare l'analogo art. 170 capov.: "L'esecuzione sui frutti dei beni costituenti il patrimonio familiare non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia".

Seconda limitazione al principio, per cui tutti i creditori hanno normalmente paritario diritto di soddisfarsi su tutti i beni del debitore, in misura ciascuno dei propri crediti: abbiamo visto che per l'art. 2740 limitazioni della responsabilità sono possibili, anche



se solo nei casi stabiliti dalla legge; ora aggiungiamo: è vero che per regola tutti i creditori hanno uguale diritto di essere soddisfatti, salvo però le cause legittime di limitazione (art. 2741).

Quindi al principio per cui sui beni del debitore tutti concorrono per essere soddisfatti in ragione della misura del credito, si possono fare delle eccezioni: la legge ammette che ci siano delle persone le quali hanno una preferenza, per cui possono essere soddisfatte integralmente del loro credito, lasciando a tutti gli altri creditori che non si trovano in queste condizioni preferenziali, quello che resta. Quindi si formano due gruppi di creditori: quello dei creditori detti genericamente "creditori privilegiati"; quello dei creditori "chirografari", che sono i rimanenti privi di ragioni di preferenza (muniti solamente del "chirografo", o titolo su cui si fonda il proprio credito).

Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e l'ipoteca (art. 2741). Nel codice precedente qui non era nominato il pegno, la cui inquadratura sistematica si è ora non poco migliorata e chiarita sulla riforma.

L'art. 2742 concerne la surroga reale, per cui "se le cose soggette a privilegio, pegno o ipoteca, sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati, pignoratizi o ipotecari, secondo il loro grado", ecc. Però questo principio della surroga reale funziona soltanto limitatamente alle ipotesi espressamente considerate dalla legge. La quale qui si è preoccupata di mantenere al creditore la garanzia che egli aveva a suo favore, e precisamente di mantenere questa preferenza anche sopra l'oggetto succedaneo, che è l'indennità di assicurazione. Se io ho l'ipoteca su una casa, e la casa va in fiamme ma è assicurata contro gli incendi, io posso far valer l'ipoteca sull'indennità che verrà versata al proprietario, mio debitore, dalla società assicuratrice.

L'art. 2743 prevede la concessione di un supplemento di garanzia, qualora la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca si deteriori o perda il suo valore diventando così insufficiente. L'art. 2744 pone come principio generale il divieto del patto commissorio.



E' questo il patto con il quale, per es. addivenendosi a un prestito contrattuale si conviene tra le parti che in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore; e si ritiene sia un patto strozzinesco, per cui chi concede il credito si avvale eccessivamente della condizione di inferiorità del debitore. E' concepibile che il debitore costretto dal bisogno si lasci indurre a una convenzione di questo genere. Ma qui un creditore poco discreto potrebbe valersi di questo per defraudare tutti gli altri creditori. Pertanto il patto commissorio è vietato, per tutela non soltanto del debitore ma anche degli altri creditori. Il divieto si estende ora, oltre che al pegno, all'ipoteca: argomento che sotto il vecchio codice era controverso.

S'intende che patto commissorio nel caso dell'ipoteca consisterebbe in questo: che per es. io prendo a mutuo ossia a prestito, da te L. 100.000. A garanzia della restituzione di tali L. 100.000 ti concedo un'ipoteca su un mio palazzo, che vale assai di più. Patto commissorio, vietato come evidentemente strozzinesco, sarebbe quello per cui io mi lasciassi indurre dal bisogno a prometterti che se non arriverò a pagarti puntualmente il mio debito dovrò lasciarti in compenso addirittura la proprietà di tutto il palazzo, anzichè seguire la normale procedura esecutiva mediante cui, anche se il palazzo giunga ad esser venduto all'asta, a te spetterebbero sul ricavato L. 100.000 come restituzione del prestito, più eventualmente le spese e i danni, ma il resto rimarrebbe mio.

Ciò posto un altro breve cenno è necessario ancora premettere a maggior chiarimento della materia svolta qui in seguito, sul funzionamento delle cause di prelazione e dell'esecuzione forzata. E questo va tenuto presente.

Se una persona fa parecchi debiti, e cioè sul patrimonio dello stesso debitore si trovano a concorrere e hanno diritto a soddisfarsi parecchi creditori, s'intende che allora tutti hanno diritto ad essere pagati per l'intero del loro credito, e il debitore risponde con tutti i suoi beni. Ma può accadere che il suo patrimonio non basti, ossia il passivo superi l'attivo. Qui sorge il problema che la legge deve risolvere: come e in che misura soddisfare i vari creditori, se non tutti possono essere integralmente pagati (e rischiano di rimanere invece, come si dice, incipienti).



Il sistema più equo, ma più pesante per intralci e costosità di procedura, è indubbiamente quello concorsuale, cioè del fallimento. Con esso tutti i creditori vengono avvertiti, e a parità di diritti vengono tutti a subire il medesimo diffalco: per esempio ricevono il 50%, il 70% e così via. Ma si è ritenuto questo sistema troppo macchinoso e complesso fuori del campo commerciale (a cui l'istituto del fallimento è riservato per l'art.1 legge fallimentare). Così avviene che invece se chi non arriva a pagar tutti i suoi debiti non è un commerciantе si applicano le norme del diritto civile, e precisamente il procedimento dell'esecuzione singolare (o individuale) non concorsuale in senso stretto.

Ora, nel campo del diritto civile e dell'eventuale esecuzione individuale (fuori dunque del concorso fallimentare), ciò che bisogna aver ben chiaro è quanto segue

Nel fallimento il concorso ci dev'essere sempre (concorso necessario), perchè è imposto dalla legge e non si può procedere alla liquidazione se non si sono avvertiti i creditori; nessuno di questi può far valere il proprio diritto se non intervenendo nella liquidazione del fallimento, e non può promuovere esecuzioni individuali contro il fallito. Quindi il fallimento rappresenta il concorso per eccellenza, universale e necessario, con cui si procede alla liquidazione dell'intero patrimonio. Invece l'esecuzione individuale è particolare e volontaria, e si esercita solo su beni determinati. E perciò nel sistema civilistico in cui tutt'al più si può valersi delle procedure di esecuzione individuale, si parla altresì di concorso dei creditori ( quel concorso di cui appunto sopra abbiamo occasionalmente accennato): ma in un altro senso.

Anzitutto finchè non c'è l'inadempimento verso nessuno dei creditori, i diritti di questi sono tutti eguali in quanto non sono ancora stati violati, e questa parità si manifesta praticamente in quanto tutti possono concorrere a conservare per es. coll'azione surrogatoria e revocatoria la garanzia costituita dal patrimonio del debitore (se Tizio è mio debitore, è mio interesse vedere ch'egli non sperperi il suo denaro e conservi il necessario per potere a suo tempo pagarmi). In altre parole qui si potrebbe dire nel senso più ampio e meno rigoroso che concorrono i diritti dei creditori, intendendosi con ciò alludere unicamente alla responsabilità del debitore egualmente con tutti i beni verso tutti i creditori: poiché la responsabilità di adempiere esattamente il proprio



impegno uno se l'assume dal momento stesso che si è obbligato.

Ma il punto essenziale è, e l'insolvenza del debitore si rivela, al momento dell'inadempimento. La prima volta che un creditore insoddisfatto ricorre all'esecuzione forzata per realizzare i propri diritti, ecco che allora soltanto ci troviamo di fronte alla possibilità di un vero concorso in atto, concreto (concorso di pretese di adempimento). E perciò si può dire che il concetto di concorso propriamente si pone in vista dell'istituto dell'esecuzione forzata: concorso però facoltativo e non obbligatorio. Questa è la differenza dal fallimento, per che quando un'esecuzione singolare si compie contro il debitore comune, debbono in base alle norme di procedura essere avvisati solo i creditori aventi legittime cause di prelazione, onde intervenire essi al giudizio: possono intervenire - ma non hanno diritto a pretendere di essere avvisati - anche i semplici creditori chirografari, se vogliono, di loro iniziativa (art. 498 e 499 c.p.c.: l'esecuzione promossa da un altro creditore essendo individuale non li riguarda direttamente, nè impedisce altre procedure individuali successive). E' allora appunto che verificandosi il concorso in concreto nel processo esecutivo, le cause di prelazione (privilegio, pegno, ipoteca) si fan valere nel senso che all'atto di liquidare il patrimonio per soddisfare i vari creditori concorrenti, se non c'è abbastanza per tutti e si trovano di fronte, per es., un creditore pignoratizio e un creditore semplicemente chirografario (cioè senza prelazione) non prendono essi metà per uno, ma prima il creditore pignoratizio soddisfa sul ricavato tutto il suo credito, e poi, se avanza qualcosa, si soddisfa sul resto il chirografario, nei limiti di ciò che è rimasto disponibile.

Il sistema dell'esecuzione individuale anzichè concorsuale è preferito solo per la sua semplicità: il che naturalmente non toglie che solo il fallimento realizzi la parità di diritti in pieno, salve sempre le legittime cause di prelazione. Il sistema dell'esecuzione individuale invece si fonda sempre sul principio che chi prima arriva realizza meglio il suo interesse, a scapito di chi arriva dopo (si dice: prior tempore potior iure). Analogamente è un esempio tipico degli inconvenienti di questo sistema il caso dell'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, per cui se una stessa sentenza condanna un debitore a pa-



più persone e queste persone come avviene nella pratica si precipitano a iscrivere ciascuna un'ipoteca giudiziale a garanzia del proprio credito in base alla sentenza, avviene che il primo arrivato iscrive un'ipoteca di 1° grado rispetto al secondo, e questi di grado anteriore al terzo, e così via; ossia ognuno prevarrà in sede di esecuzione su chi avrà iscritto la propria ipoteca anche pochi minuti dopo, e lo escluderà dal concorrere sul ricavato, mentre tutti essi avevano egual diritto in base alla medesima sentenza.

#### 18. - Dei privilegi.

Sulla materia che qui s'inizia non potremo limitarci che a nozioni necessariamente molto sommarie.

Diciamo per prima cosa che si distingue una garanzia generica e una garanzia specifica. Con la garanzia generica si allude semplicemente a quella garanzia in lato senso che è costituita da tutti i beni del debitore, dato che sul valore economico di questi si fonda la sua responsabilità. Garanzia specifica è invece qualche cosa di più, anzi di assai di più. Garanzia specifica vi è quando il creditore oltre al suo diritto di credito ha anche, connesso a questo, uno speciale diritto di garanzia: così il pegno e l'ipoteca (altri diritti di garanzia, ma del tutto diversi perchè personali, obbligatori, sono la fideiussione, l'anticresi, ecc.).

Serve da garanzia per un determinato diritto di credito anche il privilegio, ma ha natura non poco diversa rispetto al pegno e all'ipoteca, nè a differenza di questi due istituti si può affermare che la dottrina ritenga il privilegio nel suo schema tipico un diritto reale.

Chi ha a favore del proprio credito un privilegio prevale normalmente sugli altri creditori, anche ipotecari e pignoratizi: cioè in caso di conflitto (come nell'esecuzione forzata di cui abbiamo parlato sopra) è soddisfatto a preferenza di loro. Ma il privilegio - come vuol dire il nome stesso di quest'istituto - consiste solamente nella mera causa di prelazione (privilegium exigendi, cioè il privilegio vale per esigere il pagamento, in sede di realizzazione del credito). Il privilegio non dà di per se alcuna signoria concreta sulla cosa, come invece per es. il pegno. Il privilegio non dà luogo neppure a un corrispondente dovere da parte del debitore, come è proprio invece a quanto si afferma di ogni diritto; e perciò



Non manca chi nega, in dottrina, essere il privilegio un diritto (non soltanto si nega essere un diritto reale). Né la natura complessa del privilegio è sempre omogenea, a seconda delle varie specie concrete in cui si divide la sua disciplina. Il privilegio è attribuito direttamente dalla legge - vorremmo dire automaticamente - in base alla causa del credito, e non ha bisogno di un atto di costituzione (a differenza del pegno e dell'ipoteca).

Si ha privilegio ad es. per le spese di giustizia, a favore di quello dei creditori che anticipa il denaro corrente per gli altri, o a favore del procuratore legale per i suoi diritti, o a favore dello Stato per il percepimento delle tasse relative. Così lo Stato ha per legge privilegio per le imposte dirette, sui beni che ne sono oggetto, e così via. Il che vuol dire che queste spese vanno pagate prima di ogni altra; chi ha curato gl'interessi della massa dei creditori dev'essere soddisfatto per primo, con preferenza sulla massa dei creditori stessi: ossia alla ripartizione dell'attivo del debitore non si può addivenire che detratte le spese di giustizia, tasse ecc.

Questo vuol dire il termine "privilegio".

Anche in questa materia la riforma ha operato notevoli perfezionamenti tecnici. E in particolare va notato a tal proposito come fondamentale lo staccarsi nel nuovo codice nettamente dalla disciplina dei privilegi la nozione e l'istituto del pegno, che prima nel vecchio codice era assai inesattamente trattato come una sottospecie del privilegio (si parlava di privilegio concesso in base all'atto di dar la cosa in pegno).

2745  
Così, staccato il privilegio dal pegno, diviene anche più chiara e più vera la definizione, ora, dell'art. 2745: "Il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito". Ciò era detto anche dal vecchio codice, ma la definizione era smentita e perdeva ogni valore dal momento che poi tra i privilegi si annoverava il pegno, dove il diritto di garanzia non nasce in base alla causa del credito, da cui è del tutto indipendente, e non è costituito dalla legge ma liberamente dalle parti.

Scriva la relazione del Guardasigilli (n. 1128):



"Uno degli argomenti che hanno maggiormente preoccupato il legislatore in sede di riforma del codice è stato quello dei privilegi, data la complessa natura di tale istituto, la varietà dei suoi effetti e la molteplicità dei privilegi introdotti da leggi speciali: elementi tutti che concorrevano a renderne oltremodo incerta la nozione e difficile la disciplina sulla base di principi sicuri e uniformi.

"Il codice del 1865, che pure si era sforzato di eliminare la confusione di concetti creata dalla giurisdizione formatasi sotto l'impero del codice francese e di ridurre il privilegio alla genuina espressione di "un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito", secondo la definizione datane nell'art. 1952, aveva poi finito con l'ammettere, per la più importante categoria di privilegi, ossia per i privilegi speciali, alcuni effetti che mal si sarebbero potuti riportare alla semplice nozione di un diritto di prelazione. Questi effetti costituivano invero la manifestazione di un potere di contenuto più ampio, che poteva essere assimilato sotto molteplici aspetti a un vero e proprio diritto reale. Una conferma di ciò si può riscontrare nella preferenza accordata al creditore sui diritti che altri avesse acquistati sulla cosa e, segnatamente, nella facoltà accordatagli di far valere il privilegio anche se la cosa fosse passata a persone diverse dal debitore.

"Ma la maggiore complicazione nel sistema derivava dalle leggi speciali, che spesso, nel dichiarare privilegiato un determinato credito, non si limitavano a richiamare puramente e semplicemente uno dei privilegi previsti nel codice, col grado relativo, ma ne creavano addirittura nuovi, i quali, o per le condizioni richieste per il loro esercizio o per l'indole o l'ampiezza dei poteri accordati al creditore, spesso in contrasto con i principi del codice, si discostavano profondamente dalla figura di un semplice diritto di prelazione, per accostarsi piuttosto alle figure del pegno o dell'ipoteca. Ciò rendeva, tra l'altro, enormemente difficile la sistemazione di tali privilegi accanto a quelli previsti dal codice civile."

Pertanto, nell'arduo compito offertosi alla riforma del codice in questa materia dei privilegi, si sono cercate d'introdurre notevoli chiarificazioni del sistema.

Il privilegio è accordato dalla legge, abbiamo detto, in considerazione della causa del credito. Non sono le parti che si mettono d'accordo perchè il creditore ab-



bia una preferenza, ma è la legge che attribuisce una preferenza e la attribuisce in considerazione della figura del creditore. Ci sono dei crediti cioè che meritano particolare favore e devono essere soddisfatti con preferenza perchè non soltanto rispondono a esigenze del creditore, ma a interessi più generali. Quindi ci sono dei creditori più degni ed altri meno degni ed è la legge che fa questa determinazione e questa gerarchia.

"La costituzione del privilegio può tuttavia dalla legge essere subordinata alla convenzione delle parti; può essere anche subordinata a particolari forme di pubblicità" (art. 2745).

Dicendo ciò, la legge intende appunto insistere dal lato sistematico che non vi sono due specie diverse di privilegi, uno volontario e uno avente la sua fonte nella legge; ma il privilegio, come per solito funziona automaticamente senza bisogno di esser pubblicato, così secondo il legislatore seguirebbe sempre ope legis in base alla causa del credito, e tale principio non intende essere infirmato, anche se talvolta nel diluvio di leggi speciali esistente in questa materia accade che la convenzione delle parti o una forma di pubblicità eccezionalmente si richieda. Il punto di vista affermato dal legislatore, quando dice che il privilegio segue ope legis a favore della causa del credito, pur potendo esser "subordinato" talora alla convenzione delle parti o a una determinata forma di pubblicità, il punto di vista del legislatore è che "tali elementi - come dice la relazione (n. 1129) -, richiesti da alcune leggi speciali, sono semplicemente condizioni per la costituzione o l'esercizio del privilegio, non già la causa creativa di esso".

Dal lato della completezza della materia cui si deve aver riguardo il codice è appunto qualcosa come un libro scolastico, ossia ha assai più che non si creda l'andamento di un trattato, e le definizioni ivi contenute non sono che opera di dottrina, dovendosi preoccupare che dalla disposizione - avente carattere prevalentemente teorico - non rimangano fuori o inconsiderati dei casi pratici che dallo stesso ordinamento giuridico sono altrove disciplinati.

Nel contempo, si sono poi richiamati nel codice nuovo tutti quei privilegi introdotti da altre leggi, che per il loro carattere di stabilità o per la frequenza con



la quale ricorrono nei rapporti della vita civile, meritavano una particolare considerazione. Restano fuori del codice i privilegi, pur numerosi, dettati per ragioni contingenti o in materie del tutto speciali.

Accanto a ciò, allo scopo sempre di apportare una chiarificazione nel sistema, si è voluto anzitutto mettere in evidenza la intrinseca diversità di contenuto e di effetti tra le due grandi categorie di privilegi, i generali e gli speciali, prevedendo e regolando il conflitto tra questi ultimi e gli eventuali diritti che i terzi abbiano acquistato sulle cose soggette a privilegio.

Il privilegio dunque è generale o speciale. Il primo si esercita su tutti i beni del debitore; il secondo su determinati beni mobili o immobili. E le regole sono diverse in relazione a queste diverse categorie.

I privilegi generali mobiliari sono deiveri e propri privilegi, secondo la nozione che noi abbiamo dato, cioè non danno un potere o un diritto reale su una cosa, ma la loro efficacia si limita a farsi valere sul prezzo dei beni in sede di realizzazione di essi; il che significa che sono vevoli quando si faccia luogo ad esecuzione forzata su questi beni, ovvero quando si proceda in sede fallimentare. Distinzione, questa fra concorso volontario nell'esecuzione individuale e concorso necessario nel fallimento, che già conosciamo, poichè in Italia a differenza che in altri paesi l'istituto del fallimento si applica solo alle imprese commerciali (esclusi altresì i piccoli imprenditori).

Quando una determinata somma si è ricavata dall'espropriazione di quei beni del debitore che sono stati sottoposti all'esecuzione forzata e si proceda alla graduazione dei creditori per far luogo alla distribuzione di queste somme di denaro, il creditore privilegiato precede nella soddisfazione del suo credito gli altri creditori (ecco il vero privilegium exigendi, o privilegio puro, cioè privilegio di esigere il pagamento, in sede di distribuzione del ricavato).

Viceversa i privilegi speciali sono qualcosa di più, nel senso che essi ineriscono fin dalla loro costituzione su determinati beni: un po' alla maniera quindi, per questo verso, del pegno e dell'ipoteca. Il privilegio generale investendo tutti i beni senza determinazione, e non questo o quello in particolare, non può aver rilievo pratico finchè non si rivela in sede di esecuzione, e cioè finché non si fa valere. Ne di sua natura quindi



può per regola il privilegio mantenere la sua efficacia quando i beni passano dal debitore in mano di terzi: manca cioè quel che si chiama il diritto di seguito sulla cosa alienata, perchè il privilegio non è un diritto reale. Invece il privilegio speciale vincola fin dal suo nascere un determinato bene, mobile o immobile, e quindi su di esso costituisce subito come una pretesa preconstituita più o meno manifesta secondo le norme particolari da caso a caso, e più o meno avvicinantesi alle caratteristiche della realtà per quanto riguarda l'opponibilità ai terzi: pretesa quindi destinata per sua natura a prevalere, a differenza del privilegio generale, sugli altri vincoli giuridici che sulla stessa cosa determinata sono stati imposti dopo (salvo che sul privilegio speciale mobiliare eccezionalmente prevale il pegno, anche se costituito dopo.

Perciò spiega questo importante punto la relazione (n. 1129):

"Il privilegio generale, se pur può esercitarsi potenzialmente su qualunque bene mobile del debitore, non attribuisce però alcun potere specifico sui beni stessi, e non ha quindi modo di manifestarsi prima che si apra il concorso dei creditori sul prezzo della cosa espropriata. Da ciò l'importante conseguenza che non sono pregiudicati i diritti che i terzi abbiano acquistati sulla cosa stessa quando si tratta di diritti opponibili al creditore pignorante secondo le norme degli articoli 2913 e seguenti. Questo principio ho espresso nel primo comma dell'art. 2747.

"I privilegi speciali, invece, i quali colpiscono una cosa determinata e la vincolano al creditore sin dal loro nascere, al fine precipuo di rendere operativo a suo tempo l'esercizio del diritto di prelazione, possono venire facilmente in conflitto con i diritti acquistati dai terzi sia prima sia dopo il sorgere del privilegio; donde la necessità di regolare tale conflitto, specialmente riguardo ai mobili, relativamente ai quali più gravi sono state le incertezze della dottrina e della giurisprudenza. Tale regolamento è contenuto negli articoli 2747, secondo comma, e 2748. Il primo prevede l'ipotesi di concorso tra privilegi speciali sui mobili e diritti reali acquistati dai terzi posteriormente; e, in omaggio al principio al quale tradizionalmente s'informa la risoluzione del conflitto tra più diritti reali (prior tempore potior iure), dà la preferenza al privilegio. Quando però



il privilegio è subordinato a una particolare situazione della cosa (come nei casi di cui agli articoli 2756, 2757, 2759, 2760, 2761, ecc.), tale condizione deve sussistere nel momento in cui il terzo pretende di esercitare il suo diritto; in caso diverso prevale il diritto del terzo".

Dunque il privilegio generale vale in sostanza, di regola, per l'opponibilità ai terzi solo dal momento in cui si esercita (vedi però ad es. art. 189-190 cod. pen. a proposito del sequestro dei beni dell'imputato). Il privilegio speciale invece è opponibile ai terzi fin dal suo nascere (e perciò ivi è richiesta generalmente la pubblicità).

Le "particolari situazioni della cosa" cui qui allude la relazione consistono in ciò: che certi privilegi sono cosiddetti privilegi possessuali, ossia assistono il credito in quanto i beni soggetti a privilegio si trovino in possesso del creditore medesimo o siano legati comunque a una particolare situazione di fatto: es. il privilegio che il padron di casa ha sui mobili dell'inquilino finchè questi abita nel suo appartamento, a garanzia del credito del fitto. Il proprietario locatore, può, se il fitto non gli vien pagato, avvalersi del suo privilegio, ma solo finchè la mobilia si trova nell'appartamento. La asportazione della mobilia, s'intende, si può impedire chiedendo il sequestro conservativo. Cfr. anche diritto di ritenzione.

Altri casi: privilegio sulle merci depositate in magazzino, privilegio dell'albergatore sugli invecta et illata nell'albergo, ecc.

In questi casi taluno parla addirittura di pegno legale. Qui la caratteristica come si vede è che la cosa si trova o presso il creditore stesso o in una situazione per cui il creditore può facilmente trovarne la disposizione.

Aggiungiamo che i privilegi marittimi (sulla nave, sul nolo ecc. a garanzia del compenso dovuto al comandante e all'equipaggio) sono stabiliti dal codice della navigazione; non sono possessuali; hanno spiccati elementi di realtà (vedi natura reale del diritto di seguito di cui espressamente art. 557 cod. nav.: "i crediti privilegiati seguono la nave presso il terzo proprietario").

Esistono pure privilegi speciali immobiliari, non possessuali, ma sempre dotati anch'essi di qualche elemento di natura reale in questo senso, che il diritto del



creditore, cioè quella particolare situazione che ha il creditore, situazione di preferenza, si fa valere anche se la cosa oggetto del privilegio è uscita dalla sua disponibilità.

I privilegi immobiliari sono sempre speciali. Ma anche tra questi si può distinguere, perchè taluni hanno un'efficacia reale ed altri non hanno efficacia reale. Il privilegio che assiste il credito dell'imposta sul patrimonio, il privilegio che è introdotto dalla legge sulla bonifica integrale, in fondo si chiamano privilegi, ma hanno regime di ipoteca. Il cosiddetto privilegio automobilistico è più rigorosamente definito come ipoteca dal codice (art. 2810).

Poi ci sono veri e propri privilegi immobiliari che sono quelli attribuiti in ragione della causa del credito e non hanno altra manifestazione che quella di attribuire la preferenza nella esecuzione: per es., i crediti per le spese di giustizia (né più né meno che i privilegi generali mobiliari per spese funebri, ecc.).

Per le norme e la lunga serie dei casi particolari rimandiamo al codice e alla relazione.

Nell'art. 2778 è determinato l'ordine dei privilegi. Sopra un determinato bene possono cadere una serie di privilegi perchè questo bene può essere di proprietà di persona che si trovi ad essere debitrice per una quantità di debiti che hanno carattere privilegiato. Nell'ordine dei privilegi il primo creditore preferito è lo Stato.

Il trasferimento del credito trae con sé anche il trasferimento del privilegio (cfr. art. 551 cod.nav.).

Il privilegio si estingue, oltrechè per cause proprie, per le cause stesse per cui si estingue il diritto di credito (fenomeno dell'accessorietà).

## 19.- Pegno.

Anche il pegno è una forma di prelazione; il pegno è un diritto reale su cosa altrui; non è un diritto reale di godimento. La cosa che forma oggetto del pegno è presa in considerazione non per il suo valore di uso, quanto piuttosto per il suo valore di scambio. Quello che interessa il creditore è di sapere che potrà contare sul ricavato in denaro della cosa che prende in pegno. Egli normalmente non può valersi della cosa nel senso di goderne, pur avendone il possesso, ma deve custodirla presso di sé, non determinandola.



Il pegno non viene sottratto completamente al diritto di tutti gli altri creditori dello stesso debitore. Può darsi che si realizzi con la vendita del pegno una somma che ecceda il credito pignoratizio ed allora tutto il supero va a vantaggio di tutti gli altri creditori. Quindi è un diritto reale su cosa altrui che si suole considerare come un diritto reale di garanzia. E' anche un diritto accessorio ed è precisamente accessorio al diritto stesso di credito, di cui è garanzia.

L'art. 2784 dice che "il pegno è costituito a garanzia dell'obbligazione del debitore o da un terzo per il debitore. - Possono esser dati in pegno i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti e altri diritti averti per oggetto beni mobili". Dunque il pegno non può essere mai d'immobili, a cui invece si riferisce come istituto proprio l'ipoteca. In generale, l'usufrutto di cose mobili può fare oggetto di pegno, a meno che si tratti di usufrutto legale.

Il pegno nell'ordinamento attuale è sempre costituito per contratto. Quindi questo diritto reale di garanzia deriva sempre dalla volontà dell'uomo.

Nella elaborazione di questo codice si dubitò un momento se non convenisse mettere a fianco del pegno convenzionale anche una forma di pegno legale, e cioè far nascere il pegno anche da disposizioni di legge. Sarebbe stato un accorgimento tecnico che poteva presentare qualche aspetto seducente e forse sarebbe stato un espediente tecnico felice. Ma si è preferito poi far prevalere la tesi negativa, mantenendo invariato il sistema in uso e riservando la legge come fonte esclusiva della garanzia nei privilegi.

Quindi oggi è rimasto il pegno convenzionale; pegno costituito per contratto. Questo aspetto della cosa era apparso tanto preminente al legislatore del codice del 1865, che questi aveva collocato il pegno tra i contratti. Ora tale atteggiamento sistematico è stato modificato. Il pegno è un contratto per quello che riguarda il suo modo di costituzione, è un contratto reale per usare una terminologia che ci riporta ad una classificazione dei contratti che va fino al diritto romano, nel senso cioè che questo contratto si perfeziona soltanto con la dazione della cosa; ossia è necessaria la consegna perchè il contratto produca tutti i suoi effetti, a differenza dei contratti puramente consensuali (dove oltre al consenso null'al-

2724



tro è necessario). Quindi il pegno si costituisce quando è passata dalle mani del debitore a quelle del creditore la cosa che si dà in garanzia o il documento che permette l'effettiva disponibilità della cosa. La cosa o il documento possono anche essere consegnati ad un terzo designato dalle parti. Bisogna insomma che il debitore sia nell'impossibilità di disporre senza la cooperazione del creditore. In ciò consiste la costituzione del pegno, la quale come contratto appartiene piuttosto alla materia delle obbligazioni.

Ma ciò non toglie che coll'atto costitutivo non si confonda la natura del diritto di garanzia che ne nasce, di cui quindi opportunamente qui si tratta in materia della tutela dei diritti. Si distingue quindi il contratto di pegno dal diritto di pegno.

Il creditore ha diritto di farsi pagare con prelazione sulla cosa ricevuta in pegno. La prelazione non si può far valere se la cosa data in pegno non è rimasta in possesso del creditore o presso il terzo designato dalle parti.

Quando il credito garantito eccede la somma di lire cinquemila, la prelazione non ha luogo se il pegno non risulta da scrittura con data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa.

Si avverte che però le norme sulla determinazione della data certa possono essere derogate se il pegno è un pegno costituito a favore di uno di quegli enti, come il Monte dei Pegni, che esercitano professionalmente il credito su pegno (art. 2787). La prelazione ha luogo anche per gl'interessi dell'anno in corso alla data dell'esecuzione forzata.

Il creditore è tenuto a custodire la cosa ricevuta in pegno. Può anche esservi un terzo datore di pegno, ossia esser costituito il pegno da un terzo non debitore (si avrà allora responsabilità senza debito da parte sua).

Va notato che mentre il creditore pignoratizio non può usare e godere direttamente della cosa, che egli trattiene a solo scopo di garanzia, invece può appropriarsi dei frutti se la cosa è fruttifera (art. 2791): ma deve imputarli prima alle spese e poi a scomputo degli interessi e del capitale. Perciò questa prelazione sui frutti della cosa non altera la posizione degli altri creditori e discende invece solo come un'applicazione dalla preferenza



che al creditore pignoratizio è concessa per il soddisfacimento del capitale e degl'interessi del suo credito. Nè questa prelazione sui frutti toglie alcunché al debitore, ma vengono calcolati come pagati da lui in acconto del debito da saldare.

Se invece il creditore abusasse della cosa data in pegno, il costituente potrebbe domandarne il sequestro (art. 2793). 2793

Un'ipotesi interessante è quella dell'art. 2794: colui che ha costituito il pegno non può esigere la restituzione se non siano stati interamente pagati capitale ed interessi e rimborsate le spese relative al debito; ma se il pegno è stato costituito dal debitore e questi ha avuto con lo stesso creditore un altro debito sorto dopo la costituzione del pegno e che scade prima che sia pagato il debito anteriore, il creditore ha soltanto il diritto di ritenzione a garanzia del nuovo credito. 2794

Dunque lo stesso debitore fa due debiti successivi verso lo stesso creditore. Costituisce un pegno a garanzia del primo debito; non dà pegno a garanzia del secondo. Questo secondo debito scade prima che sia pagato il primo. Può il creditore valersi a soddisfazione del secondo debito, del pegno datogli a garanzia del primo? No, non può arrivare a questo, però la legge gli concede il diritto di ritenzione. Ossia il diritto di ritenzione è qualcosa di meno di quello che comporta il diritto di pegno, perchè non costituisce una preferenza. Non è un diritto reale e quindi se per caso esso si perde, non può essere perseguito con i mezzi con cui è perseguito un diritto reale. Quindi nel caso accennato il creditore non può far vendere all'asta il pegno per soddisfarsi del secondo debito, ma ha tuttavia questo vantaggio, in cui la ritenzione consiste: che egli può non restituire la cosa e conservarne invece il possesso finchè tutto non gli sia pagato. Il che spingerà il debitore efficacemente ad adempiere la sua obbligazione.

Se la cosa data in pegno rischia col tempo di deteriorarsi, può essa coll'autorizzazione del giudice esser venduta, e il prezzo depositato (art. 2795).

Altrimenti la vendita segue su istanza del creditore pignoratizio per soddisfare il suo diritto in sede di



esecuzione forzata, dopo che alla scadenza il debitore è rimasto inadempiente (se invece il debitore ha pagato puntualmente, il pegno gli va restituito, salvo nel caso accennato sopra dei due debiti successivi).

Prima di procedere alla vendita il creditore, a mezzo dell'ufficiale giudiziario, deve intimare al debitore di pagare il debito. Se entro cinque giorni dalla intima-  
zione non è proposta opposizione o se questa è accettata, il creditore può far vendere la cosa al pubblico incanto.

Può avvenire che il pegno sia costituito su più cose e il valore di queste cose ecceda il valore del credito; allora è in facoltà del giudice di limitare la vendita a quei cespiti sufficienti per la realizzazione del credito.

2798 Si può anche far luogo all'assegnazione della cosa in pagamento (art. 2798), cioè non venderla all'asta per attribuire al creditore il ricavato, ma attribuirgli addirittura la cosa in proprietà. Questo caso è diverso dall'applicazione del patto commissorio, perchè l'assegnazione della proprietà del pegno al creditore si compie per disposizione del giudice ed entro i limiti dell'importo spettante al creditore stesso.

2799 Qualora poi avvenga che il debitore adempia parzialmente il suo debito, non per intero, il pegno resta a garanzia della rimanenza dovuta; non può in base al soddisfacimento parziale dei diritti del creditore chiedersi la parziale restituzione del pegno: non si può per il principio dell'indivisibilità del pegno (art. 2799). Il pegno resta nella sua integrità, finchè il debito non è tutto pagato.

La sezione seguente riguarda il pegno dei crediti e di altri diritti. Altri diritti suscettibili di pegno possono essere il diritto di autore, il diritto dell'inventore, titoli nominativi. Anche l'azienda può essere costituita in pegno.

Pegno di crediti vuol dir questo: che io anzichè dare in pegno un oggetto materiale al mio creditore, interdo dargli in pegno i miei diritti di credito verso un terzo. Dunque io sono nel tempo stesso debitore da una parte e creditore dall'altra. Cosa significa dare in pegno il mio diritto di credito? Significa questo, che il credito-



re mio a cui io dò in pegno il mio credito verso altri. potrà riscuotere il mio credito in vece mia (art. 2803), e tenerlo a titolo di pegno (o depositarlo) finchè io non abbia soddisfatto il suo diritto di credito verso di me. Se io sarò inadempiente, egli potrà procedere all'espropriazione nei miei riguardi e farsi pagare dal giudice col pegno, ossia col provento ricavato dalla riscossione del credito mio.

Il caso tipico di questa costituzione di pegno di crediti si opera colla consegna di una cambiale od altro titolo di credito cartolare (art. 2801). Allora si può dire che invece di dare in pegno una cosa qualunque io dò in pegno un titolo di credito, in cui sono incorporati i relativi diritti.

Il pegno di crediti non ha luogo se non quando risulta da atto scritto. Si richiede anche la notificazione della costituzione del pegno al debitore del credito costituito in pegno, o accettazione da parte di costui della costituzione di pegno (art. 2800).

All'ipotesi di credito fruttifero costituito in pegno si applicano regole analoghe a quelle già viste per il pegno di cosa fruttifera: il creditore pignoratizio fa suoi i frutti di questo credito, e li imputa prima agli interessi (alle spese, se ci sono) e successivamente a scomputo del capitale (art. 2802).

Infine l'art. 2805 avverte che il debitore del credito dato in pegno può opporre al creditore pignoratizio le eccezioni che gli spetterebbero contro il proprio creditore.

Norme su questa materia si trovano anche, fra le leggi speciali cui rinvia l'art. 2806, nella legge sul diritto di autore, e nelle disposizioni particolari del codice e delle leggi speciali sui titoli di credito, specie nominativi.

## 20. - Ipoteca. Natura dell'istituto.

Sulla materia dell'ipoteca, che da sola potrebbe ben assorbire un intero corso di lezioni, ci limiteremo brevemente alle considerazioni che seguono: la lettura del codice permetterà d'integrare le nozioni qui accennate.



La disciplina dell'ipoteca ha subito nel cod. del 1942 rispetto al cod. 1865 una profonda innovazione, per quanto generalmente non sostanziale: sicchè anche tutte le trattazioni della materia che sono fatte sul codice del 1865, solamente in minima parte potrebbero essere utilizzate da chi voglia conoscere la disciplina attuale dell'ipoteca (cittiamo fra le opere più pregevoli sull'ipoteca l'ultima in ordine di tempo, quella di Leonardo Coviello, che compiuta quasi alla vigilia della nuova codificazione ha anche influito sul nuovo codice).

2808 Intanto molto opportunamente nel primo articolo (2808), con sensibile modificazione rispetto al codice precedente, non si definisce più l'ipoteca come un diritto reale. Il codice nuovo non ripete questa definizione dell'ex-art. 1964 per lasciare del tutto impregiudicato alla dottrina il problema teorico della natura dell'istituto. Già da tempo tale problema della natura giuridica dell'ipoteca era controverso, in considerazione del fatto che sia il pegno che l'ipoteca esercitano soprattutto la loro efficacia nel senso di poter provocare la vendita della cosa in sede di espropriazione per inadempimento, cioè al momento dell'esecuzione forzata. E in particolare nell'ipoteca non si ha una così manifesta signoria o reale disponibilità della cosa, come in genere nei diritti reali, compresi anche quelli frazionari di godimento. Vi è bensì il diritto di seguito, cioè l'opponibilità ai terzi. Comunque, reale o non reale e sostanziale o meramente processuale che sia l'essenza dell'ipoteca, era bene che il legislatore come tale si astenesse da ogni inutile definizione. Per la stessa ragione non si è trattato del pegno e dell'ipoteca nel libro dei diritti reali.

"L'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dalla espropriazione" (art. 2808).

Si chiariscono così nella loro pienezza quelle che sono le note caratteristiche fondamentali dell'istituto, schivando nella redazione del codice la questione della realtà o meno: si chiarisce che l'ipoteca dà al creditore ipotecario il diritto di espropriare anche in confronto al terzo acquirente i beni vincolati da ipoteca. Quindi il diritto di seguito qui è enunciato, come diritto di impadronirsi della cosa anche se passata in mano di terzi



Non solo, ma l'altro effetto vi è, nella enunciazione del codice: di soddisfarsi con precedenza sul prezzo ricavato dalla espropriazione.

Fra gli altri effetti meno importanti qui non ricordati che potrebbero far propendere tuttora per la realtà dell'ipoteca, ricordiamo per es. la disposizione dell'art 2743, dove si dice che qualora la cosa data in pegno sottoposta ad ipoteca perisca o si deteriori, il creditore può chiedere che gli sia prestata idonea garanzia su altri beni. Disposizione che poi si riallaccia a quella dell'art 2813: "Qualora il debitore o un terzo compia atti da cui possa derivare il perimento o il deterioramento dei beni ipotecati, il creditore può domandare all'autorità giudiziaria che ordini la cessazione di tali atti o disponga le cautele necessarie per evitare il pregiudizio della sua garanzia".

Ad ogni modo per giudicar la natura dei diritti di cui parliamo non ci sembra certo esser sufficiente rilevare, come spesso si è soliti ripetere, che con la costituzione del diritto di ipoteca o di pegno viene a distaccarsi un bene dal patrimonio del debitore, il quale bene si sottrae alla garanzia comune di tutti i creditori per farne oggetto di una garanzia particolare del creditore ipotecario. Il che è come dire che si determina già ab initio un potere del creditore ipotecario sopra questo bene indipendentemente dalla procedura esecutiva che eventualmente seguirà.

Noi pensiamo piuttosto che questo modo di argomentare rispetto all'ipoteca assomigli molto ad un modo di argomentare che è già stato brillantemente fatto valere, ma oggi è passato di moda, in riguardo al cosiddetto pegno generale del creditore sui beni del debitore: per cui secondo la tesi accolta e propugnata con speciale fervore in un'opera non recente ma ben nota di Alfredo Rocco, sul fallimento, la responsabilità illimitata del debitore con tutti i suoi beni (da noi esaminata sopra) pel soddisfacimento dei diritti dei creditori, importerebbe a favore di questi un vero diritto di pegno generale sul patrimonio dell'obbligato. Teoria questa, oggi completamente superata e non più accettabile dalla moderna dogmatica; teoria invero per cui quella che è una norma tipica di diritto processuale - la responsabilità patrimoniale illimitata del debitore - diventava una norma di diritto sostanziale. Resta fermo con ciò, secondo noi, che la funzione



processuale, in vista dell'esecuzione, non va confusa comunque con gli eventuali effetti sostanziali immediati nella responsabilità come nell'ipoteca.

21. - Principi ispiratori dell'ipoteca, costituzione, oggetto.

Ciò posto, veniamo a tratteggiare in qualche cenno i lineamenti essenziali dell'istituto in esame: anzitutto lo scopo.

È chiaro che l'utilità pratica dell'ipoteca specialmente volontaria, istituto di larghissima applicazione, sia di favorire lo sviluppo del credito (soprattutto fondiario, edilizio, minerario): nel senso che lo scopo politico dell'ipoteca naturalmente non è di gravare sul debitore ancor più del debito stesso; il vincolo infatti non può esser fine a se stesso; bensì lo scopo dell'istituto ipotecario dal punto di vista della politica legislativa è di offrire, a chi ha bisogno di mutui e finanziamenti, la possibilità di trovare assai più facilmente tali sovvenzioni, senza bisogno di ricorrere alla necessità spesso disastrosa di svendere dei beni per realizzare il denaro liquido di cui si ha bisogno, e pur mantenendo sempre, d'altra parte, la facoltà di disposizione dei beni stessi (che anche il fondo ipotecato può dal debitore esser venduto, se gli convenga, e realizzato in denaro). Il sovventore può essere un privato o anche un apposito istituto (es. Istituto di credito fondiario).

Si intende che l'ipoteca ha anche una funzione fiscale: far percepire allo Stato il tributo imposto per l'iscrizione e la cancellazione.

Il proprietario gravato della garanzia continua ad avere la disponibilità della cosa, nel senso che la può alienare ad altri, sia se è data in pegno come se è data in ipoteca. Chè appunto se è un immobile ipotecato, l'ipoteca in caso d'inadempimento potrà condurre egualmente alla vendita forzata, anche se la cosa non è più del debitore (diritto di seguito). E lo stesso avviene nel caso del pegno, il quale appunto è dato in possesso materiale del creditore ipotecario, per evitare che vendendosi la cosa mobile dal debitore a terzi di buona fede, questi possano acquistare la proprietà come libera e così far venir meno la garanzia spettante al creditore pignoratizio.



Sia il pegno che l'ipoteca sono diritti che possono essere costituiti su cose singole, determinate, non sulla generalità dei beni; è quello che si chiama il principio della specialità dell'ipoteca (specialità anche perchè dev'essere determinata la somma, per cui l'ipoteca viene presa: art. 2809). E sono diritti accessori, cioè seguono in massima le sorti del credito.

Anche l'ipoteca, come il pegno, può esser concessa al terzo da un terzo datore (caso di responsabilità senza debito come il terzo acquirente).

Accanto al principio della specialità si pone quella della pubblicità dell'ipoteca (pubblicità a tutela dei terzi, onde non vengano eventualmente minacciati da ipoteche occulte; abbiamo già insistito su questo tema a proposito della trascrizione; nel pegno la pubblicità è sostituita dalla evidenza esteriore del possesso, mentre nell'ipoteca il possesso non è dato al creditore).

Soggiunge appunto l'art. 2808, dopo aver definito l'istituto, che l'ipoteca può avere per oggetto beni del debitore o di un terzo e si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari. 2808

Questo è da notare perchè sotto l'impero del codice vecchio si discuteva quale fosse l'importanza dell'iscrizione rispetto al diritto di ipoteca, se cioè l'iscrizione fosse richiesta per il nascere del diritto di ipoteca, o richiesta soltanto per l'efficacia dell'ipoteca nei confronti dei terzi.

Ora il codice nuovo risolve la questione nel senso che l'iscrizione ha valore costitutivo (ma non sana i vizi del titolo che all'iscrizione si presenta). L'ipoteca non c'è senza l'iscrizione. Il diritto di ipoteca non nasce se non con l'iscrizione, e si costituisce mediante la iscrizione nei registri immobiliari. }}

Questa è dunque la differenza dal caso che noi abbiamo esaminato prima della trascrizione, dove la pubblicità non era costitutiva inter partes ma occorreva solo per l'opponibilità ai terzi.

Vi è inoltre il principio dell'indivisibilità della ipoteca, analogo esso pure al pegno. Ne parla insieme alla specialità l'art. 2809: "L'ipoteca deve essere iscritta su beni specialmente indicati e per una somma determinata di danaro.-Essa è indivisibile e sussiste per l'inte 2809



ro sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte". L'ipoteca grava per intero sopra ciascuna delle parti in cui l'immobile va diviso. Il che vuol dire che ogni singola parte dei beni su cui l'ipoteca grava garantisce tutto intero il credito; il creditore che ha ipoteca su quattro o cinque immobili del debitore può indifferentemente cominciare l'espropriazione in caso d'inadempienza, dall'uno o dall'altro di questi immobili; e ad ogni parte o residuo del credito restano soggetti, in linea di principio, tutti i beni ipotecati -salvo l'apposita procedura di riduzione delle ipoteche che venga chiesta in base all'art. 2872 ss.). L'indivisibilità ha particolare importanza quando al debitore o al creditore succedono più eredi: allora resta ferma la regola che l'ipoteca non può essere estinta separatamente da un solo degli eredi concreditori nè a favore di uno degli eredi condebitori e non a favore degli altri.

Riassumendo, i principi fondamentali qui enunciati per l'ipoteca sono dunque, a parte l'accennata questione della realtà o meno: diritto di seguito, diritto di prelazione (sui creditori chirografari e sugli ipotecari di grado inferiore: coi pignoratizi non vi può essere conflitto, perchè non gli stessi beni son capaci di pegno e d'ipoteca), specialità, pubblicità (costitutiva), indivisibilità.

Quanto all'origine storica, anche l'ipoteca come la trascrizione nacque dal pays de nantissement del diritto consuetudinario francese. Nel Trentino e nella Venezia Giulia vige tuttora anche per l'iscrizione ipotecaria come per la trascrizione un sistema diverso, quello tavolare d'importazione austriaca.

Riguardo alle fonti, che l'art. 2808 in fondo enumera, vedremo che l'ipoteca può essere legale, giudiziale e volontaria (mentre il pegno, sappiamo, non può essere legale in senso stretto, e il privilegio ha la sua fonte sempre e solo nella legge).

Quali sono i beni e i diritti che possono essere suscettibili d'ipoteca?

L'enumerazione dei beni che possono essere capaci di ipoteca si amplia rispetto al vecchio codice, nell'attuale art. 2810, perchè si aggiungono anzitutto ai beni immobili anche certi beni mobili registrati (su di essi vedi sopra, a proposito della trascrizione e art. 815), e



perchè nell'enumerazione è compreso anche il diritto di superficie, la cui disciplina (art. 952 ss.) è stata introdotta solo colla riforma nel nostro ordinamento giuridico positivo (vedi in particolar modo l'ipoteca sulla concessione ad aedificandum). E' suscettibile d'ipoteca anche il diritto di usufrutto e l'enfiteusi (sia il diritto dell'enfiteuta che quello del concedente.

Sono dunque capaci d'ipoteca per l'art. 2810 i beni immobili con le loro pertinenze. Questa delle pertinenze è una categoria nuova, nell'attuale legislazione (cfr. art. 817 ss.) Nel vecchio codice si distingueva fra immobili per natura e per destinazione (oltre che per determinazione della legge, col quale termine si alludeva ai diritti su gl'immobili). Ora s'intende col nome di pertinenze tutto ciò che il vecchio codice chiamava beni immobili per destinazione. Così gl'instrumenta fundi, le cosiddette scorte vive e morte del fondo, cioè gli animali, il fieno, gli aratri, il concime, gli alveari, i piccioni delle colombe, ecc.: tutte cose che si definivano immobili per destinazione nel vecchio codice (destinazione stabile a servizio del fondo per opera del proprietario o dell'enfiteuta), mentre ora si chiamano invece con termine più rigoroso pertinenze del fondo.

Non occorre, purchè si abbia pertinenza, un rapporto di aderenza fisica: può essere un'annessione puramente economica. E perciò nell'ipoteca possono essere comprese una quantità di cose mobili che fanno parte di un dato complesso economico: i quadri fissati con stuccatura alle pareti; le statue che sono nelle nicchie di un palazzo o di un giardino. ecc.

Non sono poi soggette all'ipoteca le cose fuori commercio (art. 2810 cit.), perchè non suscettive di proprietà nè di disposizione, onde su di esse essendo esclusa la facoltà di alienazione non potrebbe attuarsi l'ipoteca e la vendita giudiziale. Così i beni demaniali, accanto ai quali, nella relativa disciplina che è stata profondamente riformata negli artt. 822 ss., va ora ricordata anche l'inalienabilità sancita per certi beni appartenenti non al demanio vero e proprio ma al patrimonio, cosiddetto appunto indisponibile, dello Stato: art. 826. E così anche non saranno suscettibili d'ipoteca le res communes omnium, ed entro certe limitazioni le res sacrae.



Possono poi essere ipotecate le rendite dello Stato, nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico; e queste erano considerate capaci di ipoteca anche dal codice anteriore. Inoltre si enumerano, sempre nell'articolo 2810, le navi, gli aeromobili, le automobili, secondo le leggi che li riguardano.

Questi sono tutti casi di ipoteca mobiliare. Ciò che distingue il pegno dalla ipoteca non è quindi propriamente il fatto che il pegno grava su cose mobili e l'ipoteca su cose immobili (ciò era solita ripetere la vecchia dottrina); ma sono altri profili che contano, e precisamente, ora che son capaci d'ipoteca anche i beni mobili registrati, è più esatto dire che la differenza essenziale fra pegno e ipoteca non è tanto nell'oggetto, quanto nel fatto che solo il pegno implica di sua natura lo spossessamento da parte del proprietario. Nell'ipoteca il possesso resta nelle mani del debitore o del terzo che ha costituito il diritto di garanzia. E questo è possibile anche rispetto alla nave, l'aeroplano, l'automobile, perchè rispetto a questi mobili è organizzata una pubblicità per cui il vincolo una volta inerente alla cosa è opponibile anche al terzo acquirente di buona fede (nel caso del pegno il possesso realizza bensì alcuni dei fini che sono propri della pubblicità per gli immobili, ma sappiamo che l'oggetto del pegno, se passa in proprietà di terzi di buona fede, sfugge al vincolo ossia il pegno si estingue).

Abbiamo già ricordato l'inesattezza, qui rettificata nello stesso art. 2810, della legge speciale che parlava non d'ipoteca ma di privilegio automobilistico. La rettifica ha valore decisamente dogmatico nel quadro della generale chiarificazione dei concetti perseguita in questa materia.

L'ipoteca si estende ai miglioramenti, nonchè alle costruzioni e alle altre accessioni dell'immobile ipotecato, salvo le eccezioni stabilite dalla legge (art. 2811). Quali sono queste eccezioni? Il principio non si applica, per es., rispetto ai miglioramenti apportati dal terzo acquirente all'immobile ipotecato. Sarebbe ingiusto che di ciò si avvantaggiasse il creditore. Né può naturalmente l'ipoteca, data dal proprietario sul suo fondo, estendersi alla costruzione se già questa costituiva un diritto di superficie separato, spettante ad altra persona. Ci sono casi in cui la legge sottrae al creditore ipotecario i miglioramenti che siano stati



fatti in tempo successivo a quello in cui egli ha iscritto la sua ipoteca. E come sui miglioramenti apportati dal terzo acquirente non viene a gravare l'ipoteca a vantaggio del creditore, così ci sono riguardo al campo dei miglioramenti leggi sul credito agrario, le quali non vogliono che il creditore si avvantaggi se comunque un istituto fondiario finanzia i miglioramenti di cui il fondo ha bisogno. E questi finanziamenti è anzi utile incoraggiare dal lato della politica legislativa.

L'art. 2812, dati i diritti limitati su cosa altrui che possono essere oggetto d'ipoteca secondo il già visto art. 2810, considera il caso che tali diritti vengano costituiti sulla cosa dal proprietario-debitore, dopo che la cosa è già ipotecata. In tal caso l'ipoteca rimane necessariamente su tutto il valore della cosa, ossia sulla cosa come libera, e come tale il creditore può farla vendere per la realizzazione del suo diritto; colla conseguenza che allora il diritto dell'usufruttuario, o del titolare della servitù ecc. necessariamente si estingue (in quanto tali diritti essendo stati costituiti dopo non sono opponibili al creditore precedente). Al superficiario e all'enfiteuta è concesso di evitare questo trattamento e - diciamo così - di affrancare il loro diritto nello stesso modo come lo può fare, vedremo, il terzo acquirente: possono per es. evitare la espropriazione ed acquistare per sé il pieno diritto di proprietà sul fondo, pagando i creditori. E tale facoltà è concessa solo all'enfiteuta e al superficiario perchè essi soli, avendo un diritto più ampio dell'usufruttuario ecc. possono essere considerati in maniera simile a un acquirente.

Invece gli artt. 2814 ss. disciplinano particolarmente i casi in cui diritti reali parziali (usufrutto ecc.) costituenti oggetto d'ipoteca si consolidano con il diritto del proprietario del suolo. Così le ipoteche costituite sull'usufrutto si estinguono con il cessare di questo, se la cessazione non avviene per fatto proprio dell'usufruttuario a danno di chi ha l'ipoteca (art. 2814); nel caso di affrancazione dell'enfiteusi le ipoteche gravanti sul diritto del concedente si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione (art. 2815); ecc. Per certa divergenza della disciplina della superficie dagli altri casi, vedi anche art. 954.



22. - Ipoteca legale, giudiziale, volontaria.

Abbiamo visto che le ipoteche sono distinte dalla legge in tre specie: legale, giudiziale e volontaria, a seconda della fonte e a seconda del titolo in base al quale si può domandare l'iscrizione. Sappiamo che l'iscrizione ha valore costitutivo dell'ipoteca. Quindi l'ipoteca non si ha senza la iscrizione. Ma per ottenere l'iscrizione occorrono delle premesse. Queste premesse sono rappresentate rispettivamente da una disposizione di legge che contempla determinate ipotesi di fatto, da una sentenza o da un negozio giuridico bilaterale o unilaterale.

Diciamo subito che, essendo necessaria alla efficace costituzione dell'ipoteca la iscrizione, non vi può essere acquisto dell'ipoteca automaticamente per mezzo di usucapione (nè d'altronde sarebbe facilmente concepibile un possesso a titolo d'ipoteca).

L'ipoteca legale ha il suo titolo nella legge. Non c'è bisogno, per costituirla, di una convenzione. Dunque tale ipoteca è predisposta dalla legge a favore di determinate situazioni e determinate persone. Es. per la moglie sui beni del marito a garanzia della dote; o si ricordi l'ipoteca che pel vecchio codice spettava al minore sui beni del tutore: ora abrogata dall'art. 381, che vi sostituisce una cauzione. Ma anche se predisposta dalla legge l'ipoteca legale dev'essere iscritta. Il che il codice cerca di assicurarsi venga effettivamente compiuto, imponendone l'obbligo con relative sanzioni al notaio ecc.

Un caso eccezionale d'ipoteca legale occulta può essere quello a favore dell'alienante o del condividente (art. 2817, n. 1 e 2). Queste ipoteche infatti se iscritte contemporaneamente alla trascrizione del titolo di acquisto o della divisione, prevalgono sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite anteriormente contro l'acquirente o il condividente tenuto al conguaglio (art. 2650 ult. comma). Ossia chi vende un immobile ha per legge contro il compratore un'ipoteca sul fondo stesso, a garanzia del pagamento del prezzo a lui spettante. Così pure nella divisione per es. di un'eredità fra coeredi, spetta un'ipoteca al condividente che ha ricevuto in assegnazione un bene in natura di valore inferiore alla sua quota: gli spetta un'ipoteca a garanzia che gli verrà pagato il conguaglio, e tale ipoteca gli verrà data con tro quelli degli altri coeredi a cui incombe tale obbligo, di pagargli il conguaglio. Ora, nell'intervallo di



tempo fra alienazione e iscrizione dell'ipoteca legale dell'alienante o fra la divisione della comunione e l'iscrizione dell'ipoteca legale del dividente per i conguagli, può avvenire - in questo intervallo - che chi ha acquistato dal venditore dell'immobile o per effetto di divisione venda a sua volta ad altri o costituisca a favore altrui ipoteche sul bene appena acquistato. In questo caso, se il terzo iscrive o trascrive il proprio diritto prima dell'ipoteca legale dell'alienante o del dividente, tuttavia non prevale su questa anche se tale ipoteca legale è iscritta dopo: non prevale e ne rimane anzi pregiudicato (perciò ipoteca occulta), in quanto egli credette di comprare un fondo libero e invece poi se lo trova gravato di ipoteca a suo carico. Ma ciò vuole la legge per la particolare tutela accordata in ragion della causa a certe ipoteche legali. Si tratta insomma di una protezione particolarmente forte attribuita dalla legge: così forte da poter essere addirittura dannosa alla buona fede dei terzi.

L'ipoteca giudiziale anch'essa non ha effetto se non è iscritta. La sentenza non basta. Ma la sentenza è il titolo in base a cui l'interessato può iscrivere l'ipoteca a proprio favore (si deve trattare evidentemente di sentenze che consacrano un credito, condanne a un pagamento, od altri provvedimenti giudiziari assimilati). Così anche, per l'art. 2818, si può iscrivere ipoteca in base a condanna generica ai danni, di cui non sia ancora determinato il quantum. Basta anche un decreto d'ingiunzione (art. 641 cod. proc. civ.). L'ipoteca giudiziale serve praticamente in quanto con essa il creditore si assicura una prelazione che nessuno più, iscrivendo dopo, potrà sminuirgli; ed egli così non è costretto, per salvare i propri diritti, a iniziare subito la procedura talvolta dispendiosa di esecuzione. Al caso di più persone che iscrivano successivamente ciascuno ipoteca di grado diverso in base alla stessa sentenza abbiamo già accennato.

Può essere iscritta anche ipoteca in base a lodo arbitrale o sentenza straniera, di cui sia sancita nel regno l'esecutorietà.

L'ipoteca volontaria prende oggi questo nome anziché quello d'ipoteca convenzionale di cui parlava il vecchio codice, perchè può avere la sua fonte non solo in un contratto ma anche in un atto di costituzione unilaterale. Occorre per la concessione l'atto pubblico o la scrittura



privata, sotto pena di nullità. Non si può però costituire un'ipoteca per testamento (art. 2821). Il che sotto il vecchio codice era discusso. Giustifica questa esclusione la relazione nei seguenti termini (n. 1146): "Ove si ammetta l'ipoteca testamentaria si dà modo al debitore di alterare la situazione dei suoi creditori per il tempo in cui egli avrà cessato di vivere, mentre la legge tende a garantire dopo l'apertura della successione la par condicio dei creditori del defunto. Si osserva comunemente che tale ipoteca è soprattutto utile per assicurare il pagamento dei legati di quantità" (cioè non di specie, non costituiti da beni determinati ma da una somma di denaro); "senonchè, contro il pericolo che l'erede alienando gl'immobili diminuisca le garanzie dei legatari, soccorre l'istituto della separazione (artt. 512 ss.)".

Si discuteva sotto il vecchio codice se l'ipoteca concessa su cosa altrui fosse nulla in modo assoluto o soltanto annullabile e quindi suscettiva di ratifica nel caso che colui che l'aveva concessa fosse divenuto proprietario a qualsiasi titolo del bene ipotecato. Il codice nuovo segue una soluzione intermedia, analoga a quella dell'art. 1478 per la vendita di cosa altrui. Il negozio costitutivo dell'ipoteca ha efficacia obbligatoria, nel senso che il costituente è tenuto a procurare al creditore l'acquisto del diritto d'ipoteca, ma l'iscrizione può essere validamente presa solo quando il bene è entrato nel patrimonio del costituente (art. 2822, 1° comma), sì che l'iscrizione eventualmente presa prima non ha nessuna efficacia e non può neppure convalidarsi.

Per l'ipoteca su beni futuri è detto che può essere iscritta validamente solo quando la cosa è venuta ad esistenza (art. 2823). Il che, in realtà, è più coerente alle esigenze della logica soprattutto se si guarda all'ipoteca come a un diritto reale. Questo trattamento ha la sua corrispondenza nella disciplina testè accennata dell'ipoteca su cosa altrui.

Un'ipotesi della cui importanza pratica è lecito dubitare, ma conservata nel codice più che altro per l'autorità attribuita alla memoria di Vittorio Scialoja che primo ebbe a configurarla nei progetti della riforma, è quella dell'art. 2825, riguardante l'ipoteca su beni indivisi. Si può costituire ipoteca dal condomino sopra la sua quota. Ogni comunista può ipotecare la sua proprietà. L'ipoteca costituita sulla propria quota da uno dei partecipanti alla comunione produce effet



ti rispetto a quei beni che a lui verranno assegnati nella divisione. Ora, il caso piuttosto strano che qui si prospetta è che uno dei condomini anziché concedere l'ipoteca su tutta la comunione, la conceda solo su una parte, ad es. su uno degli immobili che la costituiscono, e che per l'appunto quest'immobile non venga poi a toccargli nella divisione. In tale ipotesi l'art. 2825 decide che "se nella divisione sono assegnati ad un partecipante beni diversi da quelli da lui ipotecati, l'ipoteca si trasferisce su questi altri beni", col grado e nei limiti dell'ipoteca originaria (occorre però una nuova iscrizione nei termini stabiliti dallo stesso articolo, per danneggiare meno che possibile i terzi".

### 23. - In particolare, delle iscrizioni e dell'ordine delle ipoteche.

Presupposto dell'ipoteca è un credito valido e perfetto (di cui l'ipoteca è accessorio): non può costituirsi ipoteca a favore di un'obbligazione naturale, poiché questa è sfornita di azione.

Perciò in pratica si può dire che per la piena efficacia del rapporto di garanzia ipotecaria noi dobbiamo sempre guardare a questi tre elementi, le cui vicende sono legate fra loro ma non sempre identiche: credito, esistenza del titolo dell'ipoteca, e iscrizione.

E allora, si tenga subito ben presente quanto segue.

Già sappiamo che gli effetti della trascrizione e dell'iscrizione sono generalmente paralleli.

La data dell'iscrizione stabilisce il grado ipotecario, indipendentemente dalla data del credito e del titolo dell'ipoteca (sentenza, convenzione, ecc. in base a cui l'ipoteca si iscrive). I creditori ipotecari, essendo appunto necessaria l'iscrizione, si chiamano anche "creditori iscritti". Si potranno avere sullo stesso bene dello stesso debitore, nell'ordine delle successive date d'iscrizione, ipoteche cosiddette di 1° grado, di 2° grado, ecc. iscritte da parte di più creditori. Chi arriva prima ha grado anteriore. Se due si presentano insieme possono avere lo stesso grado (medesimo numero d'ordine). Il grado determina la preferenza: ossia in sede di esecuzione, stabilendosi il concorso (necessario e non



volontario, come sappiamo, perchè tutti i creditori iscritti devono essere chiamati ad intervenire), sarà pagato prima integralmente il creditore ipotecario di primo grado, poi, se avanza qualcosa, quello di 2° grado, e così via.

Possono dunque coesistere subordinatamente sulla stessa cosa più iscrizioni. E così naturalmente possono dai registri immobiliari, che conosciamo, risultare a carico più iscrizioni ipotecarie e più trascrizioni. E' sempre la data quella che stabilisce la preferenza. Così se io concedo un'ipoteca a Tizio su un mio podere e poi vendo questo mio podere a Caio, certo l'ipoteca è valida anche contro Caio, per diritto di seguito, purchè però sia stata regolarmente iscritta prima della trascrizione della vendita. Ma se per caso Tizio acquistando l'ipoteca avesse indugiato ad iscriverla e quando si presenta al conservatore trova già trascritta la vendita a Caio, non può più iscrivere l'ipoteca contro di lui (gli rimarrà, tutt'al più, l'azione da esperire nei rapporti interni verso di me, per esser risarcito se possibile del danno, qualora gli estremi anche soggettivi vi siano per chiedere un tale risarcimento, o qualora si possa ricorrere all'azione d'ingiustificato arricchimento). Si applica sempre il principio dell'art. 2644, già veduto in materia di trascrizione.

L'iscrizione si compie riportando nel registro immobiliare a mezzo del conservatore gli estremi del titolo (art. 2827), l'ammontare del credito garantito, l'indicazione della cosa su cui cade l'ipoteca, i nomi del creditore e debitore, ecc.

La funzione dell'iscrizione è tutta pubblicitaria, come sopra per la trascrizione abbiám visto, a tutela dei terzi che eventualmente acquistino o abbiano intenzione di acquistare diritti sui beni stessi. Le iscrizioni si compiono nei registri del luogo in cui i beni sono situati. Il che rende più agevole la possibilità da parte dei terzi di assicurarsi se un fondo sia o no libero (salve le limitazioni a tale agevolezza già da noi criticate in base al sistema personale e non reale di tenuta dei libri, a proposito della trascrizione).

La responsabilità per mancata iscrizione e le iscrizioni d'ufficio son regolate dall'art. 2833 e 2834.

L'iscrizione e l'ipoteca hanno sorti non necessariamente connesse: l'invalidità della prima può non condurre



all'invalidità della seconda. Anche permanendo il titolo per l'ipoteca, l'iscrizione può perdere la sua efficacia. Se si rinnova l'iscrizione, non si ha nuova ipoteca, ma è sempre l'ipoteca originaria che sussiste. E così - infra - se si estingue l'ipoteca, occorre però la cancellazione per estinguere l'iscrizione (art. 2882 ss.).

Prima dell'iscrizione, secondo la relazione (n. 1135), dato il valore costitutivo della iscrizione si ha anche fra le parti non ipoteca, ma semplicemente diritto ad iscriverla.

Si può anche avere rettificazione delle inesattezze della iscrizione, quando queste non siano così gravi da costringere a un'iscrizione nuova (art. 2841). La rettificazione può essere ottenuta a istanza e a spese della parte interessata.

Resta fermo che le vicende della iscrizione sono sempre, più che altro, intimamente connesse alla fissazione del grado ipotecario. Mentre l'invalidità dell'iscrizione non fa dunque venir meno senz'altro l'ipoteca come diritto di iscriverla, nè la rinnovazione dell'iscrizione implica necessariamente un'ipoteca diversa e nuova, invece una nuova iscrizione comporta di regola, piuttosto, un nuovo grado: non quello originario, ma in base alla data della nuova iscrizione. Così, poichè l'iscrizione conserva i suoi effetti per venti anni, se il creditore li lascia passare e rinnova la iscrizione solo dopo tale scadenza, può far valere sempre la stessa ipoteca ma passa indietro di grado rispetto alle ipoteche iscritte da altro sullo stesso fondo anteriormente alla suddetta rinnovazione (art. 2848).

E' possibile altresì, in certi casi, fra due crediti iscritti lo scambia di grado della relativa ipoteche. E' ciò che si chiama postergazione (es. art. 2843, 1° comma). Così anche la surroga del creditore perdente su cui cfr. art. 2856, e il subingresso del terzo acquirente in base all'art. 2866, 2° comma; ecc.

Fra i mezzi di pubblicità vi è anche qui nell'ipoteca, come per la trascrizione, accanto all'iscrizione la annotazione. Essa ha pure effetto costitutivo, come l'iscrizione, per gli atti in cui è richiesta, ma si tratta



sempre di atti di minore importanza che non quello creativo ex novo dell'ipoteca: es. trasmissione, surrogazione, postergazione dell'ipoteca (basti vedere l'art. 2843 in materia).

Per altri punti e modalità particolari di minor rilievo su iscrizione, rinnovazione e ordine delle ipoteche si veda il codice.

#### 24. - Terzo acquirente e terzo datore d'ipoteca.

Dopo quanto fin qui si è detto, se si vuole affer-  
rar bene il meccanismo e la struttura dell'istituto in e-  
same è di speciale importanza la disciplina dei diritti  
spettanti rispettivamente al terzo datore d'ipoteca e al  
terzo acquirente.

Qui il vecchio codice anzichè distinguere da caso a  
caso parlava senz'altra specificazione di "terzo posses-  
sore": termine per di più improprio, perchè non si trat-  
ta tanto di un terzo che ha il possesso, quanto di un  
terzo che ha la proprietà. E' questo che importa ai fini  
dell'ipoteca e della relativa possibilità di esproprio.

Il nuovo codice distingue accuratamente la termino-  
logia a seconda delle situazioni che si presentano. E  
veniamo così a uno dei punti fondamentali nella presente  
materia.

Sappiamo che l'esercizio dell'azione ipotecaria si  
attuа appunto mediante il potere che il creditore ipote-  
cario ha di far vendere all'asta il bene onde soddisfar-  
si sul ricavato, anche se il bene è in proprietà di un  
terzo non debitore.

Orbene. Può darsi che il terzo proprietario contro  
cui si esercita l'azione ipotecaria sia l'originario co-  
stituyente l'ipoteca, colui cioè che sul proprio fondo  
ha concesso un'ipoteca a favore altrui, a garanzia di  
un debito altrui. Ciò può avvenire, per la stessa ragio-  
ne per cui può avvenire una fideiussione, in base a un  
rapporto interno a titolo gratuito o a titolo oneroso  
intercedente fra il debitore garantito e il terzo che  
concede sul proprio fondo l'ipoteca per lui. In tal caso  
si parla di terzo datore d'ipoteca (art. 2868 ss.). Ter-  
zo, ciò vuol dire, rispetto ai rapporti fra debitore e  
creditore che mediante l'ipoteca vengono garantiti. Una  
specifica disciplina è dettata ora in questa materia.



Al terzo datore può essere concesso il beneficio di escussione, ma dev'essere stato espressamente convenuto (art. 2868). Beneficio d'escussione vorrebbe dire che non si potrebbe procedere all'esecuzione contro il terzo datore se prima non si è tentato inutilmente di ottenere il pagamento dovuto dal debitore.

Può darsi invece un altro caso, diverso da questo, e cioè che il proprietario del fondo ipotecato contro cui si deve procedere al momento dell'esecuzione abbia acquistato il fondo in un tempo successivo all'iscrizione dell'ipoteca: abbia cioè acquistato il fondo già ipotecato (e trascritto l'acquisto). Così avviene se il debitore, supponiamo, concede al suo creditore un'ipoteca su un fondo proprio, ma poi si avvale della facoltà che vedemmo di alienare questo fondo ad altri. L'ipoteca, per diritto di seguito, rimane inerente al fondo. Si parla in tal caso di terzo acquirente (dunque non più "terzo possessore") contro cui si esercita l'azione ipotecaria.

In una parola, chi è terzo acquirente? Terzo acquirente è colui che acquista un immobile ipotecato (immobile, s'intende, o bene mobile registrato). Come dunque l'ipoteca può essere data anche da persona diversa dal debitore, ossia può esser data da un terzo, così il terzo acquirente avendo acquistato un immobile su cui vi sono iscrizioni ipotecarie ed avendo trascritto il suo titolo di acquisto, diventa responsabile, mediante l'ipoteca, del debito altrui (cioè non era responsabile originariamente come il terzo datore, ma lo diventa poi per effetto dell'acquisto). Si dovrà sempre aver presente, riguardo alle norme sul terzo acquirente, che si tratta di regole presupponenti sempre che questi abbia trascritto il suo acquisto (acquisto a titolo oneroso o anche gratuito): trascritto, quindi, in una data successiva a quella in cui ha avuto luogo l'iscrizione dell'ipoteca.

Ora è qui che gioca e si comprende veramente il congegno pratico in base a cui l'istituto dell'ipoteca funziona.

Quando taluno compra un bene gravato d'ipoteca, va incontro con ciò al rischio, quando non è la certezza, di dover rispondere per il debito altrui. Il che sarebbe un danno per lui in ogni caso, non ostante che nei rapporti interni fra lui e chi gli ha venduto egli possa aver diritto al regresso di ciò che in base alla



espropriazione avrà perduto. E' un danno perchè intanto se si esperisce contro di lui l'azione ipotecaria egli non può sottrarvisi e deve in ogni caso affrontare poi i rischi, le spese e le lungaggini di un processo se vuol cercare di rivalersi contro il suo dante causa: quanto al regresso o alla responsabilità del venditore per evizione, se questa si limitasse a potersi invocare con un'azione semplicemente personale, non è detto che all'atto pratico risulterebbe fruttuosa (potrebbe essere che si si trovasse davanti al concorso con molti altri creditori o l'esecutato fosse del tutto insolvente, e in tal caso non si realizzerebbe nulla e si affronterebbero per di più le spese della procedura, rimanendo incapienti).

Perciò generalmente vendendo un immobile ipotecato si diffalca dal prezzo l'importo della somma garantita dall'ipoteca e relative spese: s'intende così che il terzo acquirente pagherà lui il debito garantito (né esiste a favore del terzo acquirente il beneficio di discussione, ossia non può egli sottrarsi alla procedura esecutiva e neanche dilazionarla chiedendo che si tenti prima di ottenere il pagamento dal debitore). Tuttavia non sempre il terzo acquirente sa dell'ipoteca che lo minaccia. Al contrario, può egli per trascuratezza o per troppa fiducia nel venditore non aver consultato prima i registri immobiliari, può essersi imbattuto proprio in una di quelle rarissime ipoteche occulte la cui iscrizione ha effetto retroattivo contro di lui, ecc.

Allora, cosa può egli fare, come terzo acquirente, quando il creditore inizia la procedura esecutiva contro di lui? Tre vie gli sono offerte dalla legge (art. 2858). Invero, in considerazione che egli non è debitore, è opportuno che particolari facoltà siano predisposte a favore di lui, se non vuole che l'esproprio segua regolarmente a suo danno, secondo le regole del codice di procedura civile. S'intende che l'acquirente del bene ipotecato ha quindi sempre anche questa quarta possibilità, se preferisce, di subire l'azione ipotecaria e quindi perdere l'immobile, il quale sarà venduto; e niente impedisce che sia egli stesso a ricomprarselo all'asta. Il prezzo dell'immobile va a disposizione del creditore ipotecario che ha promosso l'asta e sul prezzo concorrono tutti i creditori.

Vediamo dunque le altre tre vie offerte dalla legge al terzo acquirente.



1) Può egli pagare i creditori aventi ipoteca sul fondo ch'egli ha acquistato. Questa sarà la cosa più semplice nel caso ch'egli non abbia ancora pagato il prezzo al venditore, o nel caso ch'egli abbia pagato, come abbiamo accennato sopra, ecomputando appunto dal prezzo quel ch'egli avrebbe dovuto tenersi pronto a pagare ai creditori iscritti. Non gli converrebbe certo pagare i creditori se egli ha già pagato l'intero prezzo al venditore: non gli converrebbe neanche in vista dell'eventuale rivalsa, dato che appunto il buon esito di questa per ottenere il totale risarcimento del danno sarebbe sempre un'incognita. Dato che pagare i creditori vuol dire pagare i loro crediti ipotecari e gl'interessi e le spese (art. 2855), si può dire dunque che il terzo acquirente avrà interesse a pagare nel solo caso che l'ammontare della somma così calcolata di crediti, interessi e spese non superi il valore dell'immobile. Se egli paga, rimane con ciò surrogato nelle ragioni di credito e nel grado dell'ipoteca che i creditori da lui soddisfatti avevano verso il debitore ipotecario (surrogazione legale: art. 1203, n.2). Pagando, cioè, da debitore egli diventa creditore ipotecario con effetto retroattivo, subentrando al posto di coloro ch'egli ha soddisfatto. Dunque in questo caso al terzo acquirente viene a spettare qualche cosa di più che non la semplice azione personale di regresso per responsabilità del venditore.

2) Se invece egli non vuol pagare senz'altro i creditori iscritti, ma vuol tuttavia tenersi l'immobile, può al terzo acquirente convenire di più iniziare un apposito giudizio, detto nel vecchio codice di purgazione e ora di liberazione dalle ipoteche (art. 2889 ss.). Il terzo acquirente ha cioè facoltà di liberare l'immobile da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto. Tale facoltà spetta all'acquirente anche dopo il pignoramento.

Il terzo acquirente notifica allora un atto a tutti gl'interessati, cioè ai creditori ipotecari e al precedente proprietario, in cui identificate le ragioni per cui egli si trova in possesso dell'immobile e identificato l'immobile, dice: il prezzo o il valore a cui lo ho acquistato l'immobile è a vostra disposizione.

Ossia il procedimento di purgazione dalle ipoteche, predisposto per chi voglia conservar la proprietà del-



l'immobile libera da pesi, consiste nell'offrire a tutti i creditori iscritti, convocati in regolare giudizio, non l'importo dei loro crediti ma il prezzo dell'immobile: se infatti questo prezzo è inferiore dell'importo dei debiti, ecco che questa via è già più conveniente per il terzo acquirente. Egli dovrà allora offrire (e depositare entro il termine stabilito) il prezzo stipulato per l'acquisto con chi a lui ha venduto, oppure una somma equivalente nel caso ch'egli abbia acquistato a titolo gratuito.

Entro il termine di quaranta giorni dalla notificazione, qualunque dei creditori iscritti o dei fideiussori ha diritto di chiedere l'espropriazione dei beni con ricorso presso il tribunale competente, purchè adempia alle condizioni che seguono:

- 1) che la richiesta sia notificata al terzo acquirente;
- 2) che dichiari di aumentare di un decimo il prezzo o il valore dichiarato.

Se nessuno adempie queste condizioni, allora rimane fermo il prezzo che ha offerto il terzo acquirente. Ossia se nessuno dei creditori ritiene l'offerta troppo bassa e perciò chiede la vendita all'incanto impegnandosi personalmente di aumentare di almeno un decimo il prezzo offerto dal terzo acquirente e dando cauzione, allora il terzo acquirente paga ciò che ha offerto e si estinguono le ipoteche. E' insomma una specie di asta, a chi offre di più. Realizzato così il realizzabile, basti o non basti la somma offerta a pagare tutti i crediti, l'immobile resta liberato.

Ma anche qui naturalmente il terzo acquirente chiedendo il giudizio di purgazione non risolve il suo problema, se ha già pagato il venditore o per lo meno se tra quanto ha pagato e quanto egli offre ai creditori si supera complessivamente il valore dell'immobile.

3) La terza via, invine, concessa al terzo acquirente è il rilascio, ossia abbandono totale della proprietà dell'immobile ai creditori (della proprietà, si noti bene, non del solo possesso: quest'istituto non ha a che vedere con la cessione ai creditori pro solvendo dell'art. 1977 ss.)

L'art. 2861 fissa che il rilascio dei beni ipotecati si esegue mediante dichiarazione alla cancelleria del



tribunale competente. Tale dichiarazione dev'essere fatta non oltre dieci giorni dalla data del pignoramento. Viene nominato un amministratore di quest'immobile, nei confronti del quale prosegue la procedura di esproprio.

E' da ritenere che qui l'immobile ritorni di quello che lo aveva, cioè in proprietà dell'alienante, ossia di colui che era debitore e in confronto del quale la procedura di esecuzione avrebbe dovuto aver luogo, se da lui il terzo acquirente non avesse acquistato. Così se dopo il rilascio avanzasse qualcosa dalla distribuzione del ricavato dell'espropriazione è da ritenere che il supero spetti al debitore (non al terzo acquirente, perchè col rilascio ha abbandonato la proprietà).

Ma il rilascio non pregiudica le ipoteche, le servitù e gli altri diritti reali resi pubblici contro il terzo acquirente prima dell'annotazione del rilascio. Così se il terzo acquirente aveva costituito a sua volta dei diritti reali sull'immobile acquistato, o aveva accettato egli stesso altre ipoteche, creato servitù ecc., tutti questi diritti conservano la loro efficacia anche dopo il rilascio, purchè siano stati trascritti o iscritti prima (non vengono meno per il cessare della proprietà nel loro dante causa). E rimangono salvi i diritti del terzo acquirente, se questi prima di essere tale aveva lui ipoteche, servitù ecc. sull'immobile: in tal caso se il rilascio si compie gli antichi diritti già estinti per confusione coll'acquisto della proprietà riprendono efficacia a favore di lui, che potrà farli valere in sede di distribuzione del ricavato dell'incanto (art. 2862). E' un fenomeno di reviviscenza.

Dunque il rilascio da parte del terzo acquirente consiste propriamente nell'abbandono della proprietà. Agli effetti dell'esecuzione, subentra come soggetto passivo l'amministratore in luogo di lui.

Con ciò (art. 2858 ss.) il terzo acquirente non essendo personalmente obbligato si sottrae a ogni responsabilità. Però questa via può sembrare disperata. Si può chiedere: ma se giunge a questo, di rilasciare l'immobile, allora perchè l'ha comperato? Il fatto è che prima di tutto acquirente non vuol dir compratore. Egli può aver ricevuto per es. in donazione. Oppure, come sopra abbiamo accennato, può aver comperato, sì, ma senza sapere dell'ipoteca, o essere stata iscritta dopo una di quelle ipoteche fortunatamente rare che hanno effetto re



troattivo, o può egli anche aver saputo dell'ipoteca, ma essersi ingenuamente lasciato persuadere che sarebbe stata prestissimo cancellata essendo il debitore pronto ad adempiere, e così via. In tutti questi ed altri casi può il terzo acquirente preferire rilasciare i beni ai creditori e disinteressarsi totalmente delle sorti del fondo, per la ragione morale di non volere esser egli colpito da una procedura di espropriazione che ritiene disonorante. E può così anche risparmiarsi le spese e le noie del processo, che non avviene più a suo carico, ma ai danni del debitore ipotecario (s'intende che per tal modo il terzo acquirente però perde anche tutti i propri diritti sul fondo se per avventura poi avanzasse qualcosa dalla divisione del ricavato fra i creditori iscritti, a vendita giudiziale eseguita). D'altra parte, un ulteriore vantaggio offerto dalla legge a chi fa il rilascio consiste in questo, che se il terzo acquirente aveva prima dell'acquisto ipoteche, servitù od altri diritti reali sul fondo, questi diritti rivivono a suo favore in caso di rilascio.

S'intende, con tutto ciò, che se il terzo acquirente è stato realmente tratto in inganno dal venditore o in qualsiasi modo ha pagato come se sul fondo il peso dell'ipoteca non vi fosse, allora nessuna di queste tre vie offerte dalla legge può esser da sola la buona, ma necessariamente non rimane all'incauto acquirente che ricorrere in genere alle azioni di rivalsa o al risarcimento, quando non gli convenga pagar qualche creditore per surrogarsi al posto di lui.

In ogni caso, se il terzo acquirente paga comunque i creditori iscritti o proceda al rilascio, può agire - qualora gli estremi ve ne siano - per evizione in base all'art. 1483 ss. contro il suo dante causa (evizione vuol dire appunto perdita della cosa per forza d'un contrastante diritto altrui; il venditore deve appunto garantire all'acquirente di trasmettergli un diritto che interamente gli appartiene); ovvero può chiedere di essere risarcito del danno sofferto, ossia della perdita della proprietà dell'immobile, anche se si tratta di acquisto a titolo gravato (ha allora diritto all'indennità di cui parla il 1° comma dell'art. 2866). Inoltre il terzo acquirente ha pure il diritto di subingresso nelle ipoteche (cioè può sostituirsi nelle ipoteche e nel grado ipotecario) costituite a favore del creditore soddi-



sfatto sugli altri beni del debitore (art. 2866, 2° comma salve le limitazioni ivi stabilite e senza pregiudizio della particolare surrogazione nelle ipoteche di cui all'art. 2856). Per la surrogazione legale del terzo acquirente nella posizione di creditore indipendentemente dalla ipoteca, al posto di coloro ch'egli ha pagato, vedi l'art. 1203, n. 2, che abbiamo già richiamato.

Al terzo acquirente è lecito normalmente eccipire tutte le eccezioni spettanti al debitore verso il creditore precedente (materia regolata non senza notevoli innovazioni rispetto al vecchio codice dall'art. 2859).

Parallelamente si profila il caso del terzo datore. Questi, mentre non essendo acquirente non ha azione di evizione nè diritto all'indennità, può avere alla maniera del fideiussore il beneficio d'escussione se espressamente pattuito (art. 2868); ed ha come il fideiussore l'azione di regresso contro il debitore per ciò che ha pagato invece di lui (art. 2871), ed ha il beneficium cedendarum actionum dell'art. 2869 (cfr. per la fideiussione art. 1955), ossia può sostituirsi al posto dei creditori soddisfatti verso il debitore: sostituirsi sia nel credito che nelle ipoteche, come appunto il terzo acquirente.

Anche sulle eccezioni opponibili del terzo datore l'art. 2870 non fa che riferirsi al caso analogo del terzo acquirente, e cioè all'art. 2859.

25. - Corno alle altre norme sulle ipoteche: riduzione, estinzione, cancellazione, ecc.

Stabilisce la legge, negli artt. 2782 e segg., i casi e le modalità con cui è ammessa la riduzione dell'ipoteca, soprattutto legale, risultante eccessiva: riduzione della somma per la quale è stata presa l'iscrizione, o riduzione che si chiede per restringere l'iscrizione a una parte soltanto dei beni originariamente gravati: sappiamo infatti che nell'iscrizione dell'ipoteca si devono indicare questi due elementi: l'immobile gravato e la somma del credito per cui l'ipoteca si prende. E questi due elementi appunto si possono in prosieguo di tempo ridurre. Si capisce però, quando diciamo che l'estensione dell'ipoteca può esser ridotta a una parte soltanto dei beni origi-



nariamente gravati, si capisce che si può per es. l'ipoteca ridurre da tutto un immobile a mezzo immobile; ma se, supponiamo, gl'immobili sono due separati danti luogo a due ipoteche distinte, e si vuol restringere l'ipoteca a uno solo di questi, allora non ci troviamo più di fronte a un caso di riduzione, ma di estinzione dell'ipoteca, per il principio della specialità.

L'art. 2873 avverte che non è ammesso domandare la riduzione nei riguardi della quantità dei beni e nei riguardi della somma se la quantità dei beni o la somma è stata determinata per convenzione o per sentenza.

Tuttavia, se sono stati eseguiti pagamenti parziali, così da estinguere almeno un quinto del debito originario, si può chiedere una riduzione proporzionale per quanto riguarda la somma. Anche rispetto a questa ipoteca, di cui parla il primo comma, la riduzione è possibile limitatamente all'elemento somma.

L'ipoteca dell'alienante e la ipoteca dei conviventi non sono suscettibili di riduzione, perchè di tale ipoteca sono determinati a priori tutti gli elementi in base agli estremi e al valore dell'oggetto venduto e del conguaglio. Ma sono invece suscettibili di riduzione le altre ipoteche legali, come l'ipoteca sui beni del marito in favore della moglie per la dote e le ipoteche dello Stato sui beni dell'imputato.

La legge fissa dei limiti a che si possa domandare la riduzione: questi limiti sono determinati in rapporto al valore dei beni e all'ammontare del credito (sono dunque sempre questi stessi due elementi che entrano in gioco). Art. 2875: "Si reputa che il valore dei beni ecceda la cautela da somministrarsi, se tanto alla data dell'iscrizione dell'ipoteca, quanto posteriormente, supera di un terzo l'importo dei crediti iscritti, accresciuto degli accessori a norma dell'art. 2855". Art. 2876: "La riduzione si opera rispettando l'eccedenza del quinto per ciò che riguarda la somma del creditore e l'eccedenza del terzo per ciò che riguarda il valore della cautela".

L'art. 2878 è volto a enumerare i casi in cui l'ipoteca si estingue: è un articolo di conformazione puramente scolastica, perchè tutti questi casi son qui riportati solo per comodità del lettore, ma dovrebbero già risultare dal riferimento delle singole norme sulle ipoteche altrove considerate.



L'ipoteca si estingue, secondo l'art. 2878, con la cancellazione dell'iscrizione, con la mancata rinnovazione dell'iscrizione entro i venti anni, con l'estinguersi dell'obbligazione, col perimento del bene ipotecato (perchè col venir meno dell'immobile cessa ogni valore della garanzia che esso offriva), con la rinunzia del creditore (art. 2879), con lo spirare del termine cui l'ipoteca sia sottoposta o con il verificarsi della condizione risolutiva, con la pronunzia del provvedimento che trasferisce all'acquirente il diritto espropriato e ordina la cancellazione delle ipoteche (in seguito a vendita giudiziale promossa appunto dal creditore ipotecario per realizzare il suo diritto).

Si vede di qui che l'ipoteca può estinguersi per cause ad essa sola proprie, o per cause invece proprie dell'obbligazione garantita: queste ultime si estendono ad essa in virtù della sua accessorietà.

Aggiunge però l'art. 2880 che, riguardo ai beni acquistati da terzi, l'ipoteca si estingue per prescrizione "independentemente dal credito" col decorso di venti anni dalla data di trascrizione del titolo d'acquisto. Il creditore dovrà quindi stare bene attento, se vede l'immobile passare per alienazione in mano di terzi, ed evitare mediante interruzioni che la prescrizione si compia. Invece, finchè l'immobile rimane in proprietà di colui che ha dato l'ipoteca, il pericolo pel creditore è minore, poichè l'ipoteca vive finchè vive il credito e si estingue soltanto nel caso in cui non sia rinnovata l'iscrizione nel ventennio (e vedi art. 2881). Il credito è soggetto normalmente a prescrizione di dieci anni, ma questa può con facilità essere interrotta.

Sulla cancellazione dell'iscrizione abbiamo già accennato com'essa sia necessaria: può darsi invero che l'iscrizione resti ferma, non ostante che sia intervenuta una causa d'estinzione dell'ipoteca; il che è possibile ad es. quando il debitore, pur essendo interessato a ottenere la cancellazione, trascuri di richiederla.

La cancellazione si esegue mediante nota in margine (art. 2886 capov.). Non merita, naturalmente, soffermarsi sulle varie norme regolamentari.

Seguono qui le norme, cui ci riferimmo parlando delle facoltà concesse al terzo acquirente, in materia di giudizio di liberazione dell'immobile dalle ipoteche (vedi cod. proc. civ., art. 792 ss.).



Su un caso particolare di responsabilità del creditore ipotecario vedi art. 2899.

26. - Azione surrogatoria, revocatoria, sequestro conservativo.

L'ultimo capo (il V) del sesto libro riguarda i "mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale". Si tratta appunto di quella garanzia già da noi studiata che il creditore ha su tutti i beni del debitore per ottenere la soddisfazione del suo credito.

Questo capo è destinato quindi a disciplinare i poteri che la legge attribuisce al creditore (anche semplice chirografario) al fine di impedire che la responsabilità patrimoniale del debitore possa essere menomata per effetto di atti compiuti dal debitore medesimo. Collegati sotto questo profilo teleologico, osserva la relazione, sono regolati l'azione surrogatoria, la revocatoria o pauliana, e il sequestro conservativo: qualora non si voglia considerare come un mezzo conservativo a sé l'opposizione a pagamento.

I creditori hanno a loro disposizione i beni del debitore per trovare su questi la soddisfazione del loro diritto. Questi mezzi affiorano in varie parti del sistema della legge, ma qui, in questa sede, si discorre particolarmente di tre, che sono: l'azione surrogatoria, l'azione revocatoria, il sequestro conservativo.

L'azione surrogatoria (art. 2900) suppone che il debitore tenga un contegno per il quale diminuisce la garanzia del suo credito, cioè diminuisce i suoi beni, ma con un comportamento negativo: per trascuratezza si astiene dal compiere alcun atto, però con questo diminuisce il suo patrimonio, omettendo per es. atti positivi di conservazione o comunque atti necessari per una prudente amministrazione dei suoi beni.

Questo non è ammesso. Quando uno ha dei debiti, deve custodire il suo patrimonio non solo nell'interesse suo proprio, ma nell'interesse dei suoi creditori.

Se il debitore trascura di esercitare i suoi diritti o azioni, il creditore si surrognerà nell'esercizio di certuni dei diritti stessi e delle azioni. Potrà talvolta nell'esercizio dei diritti surrogarsi anche senza bisogno di



intervento giudiziale. Es. di casi di surrogatoria stabiliti dalla legge: artt. 974, 2939, 206, 2867/II, 1113 cod. civ., 511 c.p.c.

L'azione revocatoria (art. 2901) si suole chiamare anche "pauliana", per una certa connessione che ha con l'azione pauliana della fine del diritto romano, sebbene non sia la esatta riproduzione.

Il creditore può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio coi quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni, quando concorrano determinate condizioni: e cioè particolarmente è necessario, per potere esercitare la revocatoria, che si tratti di revocare atti compiuti dal debitore in frode ai creditori. Per es. può il creditore mediante l'azione di cui parlano ottenere (sempre in via giudiziale) che venga posta nel nulla nei suoi confronti una donazione che il debitore abbia compiuto dei suoi beni per non pagare i propri debiti.

Gli elementi in cui la tradizione ha ormai riassunto gli estremi dell'azione revocatoria, oltre all'esistenza del credito, sono: l'eventus damni e il consilium fraudis. Eventus damni: è il pregiudizio alle ragioni dei creditori, di cui parla l'art. 2901 in principio. Ciò per revocare un atto (revocare nel senso di esercitare la revocatoria) deve quest'atto essere tale da aver compromesso la situazione del creditore. Quindi si deve essere determinata quella situazione per cui i creditori non troveranno più sufficiente soddisfazione dei loro crediti. Quanto al consilium fraudis, i cui estremi sono specificati da caso a caso nei capoversi dello stesso art. 2901 (a seconda che l'alienazione sia a titolo gratuito o oneroso, ecc.), si tratta appunto dell'elemento soggettivo che per la revocatoria è richiesto: conoscenza del pregiudizio che si arrecava al creditore, o intuizione dolosa di provocarlo; in una parola, frode.

Questa azione la può esercitare anche il creditore sotto condizione e il creditore a termine, anzi questo ha un interesse ancora maggiore.

La locuzione "possono domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti" è il prodotto di molte discussioni e dev'essere meditata. Cosa vuol dire infatti azione "revocatoria"? Non si tratta di una revoca in senso proprio: se l'autore di un atto lo re-



voca e lo può revocare, l'atto stesso cessa di produrre i suoi effetti nei confronti di chiunque, non di alcune persone soltanto. Lo stesso dicasi dell'atto nullo o annullabile. L'azione revocatoria non porta ad annullare l'atto, e non è che dopo l'esercizio della revocatoria l'atto non esiste più: bensì non esiste più nei soli confronti di chi ha esercitato l'azione. Così si attua il fine della legge di salvaguardare gl'interessi del creditore, senza per il resto distruggere più del necessario i negozi giuridici.

Perciò inefficacia nei confronti solo del creditore che esercita la revocatoria vuol dire che il creditore, promossa l'azione revocatoria dinanzi al giudice e ottenuta la dichiarazione giudiziale d'inefficacia, può espropriare i beni, benchè alienati, perchè nei suoi confronti è come se ancora si trovassero nel patrimonio del debitore; e perciò essi beni sono suscettibili di azioni esecutive e anche conservative da parte del creditore da cui la revocatoria è stata esercitata (art. 2902).

Questo il meccanismo della revocatoria o pauliana E inefficacia, nei confronti del creditore, degli atti recanti a lui pregiudizio, vuol dire ancora che questi atti dovranno verso di lui esser dichiarati inefficaci solo nella misura in cui si ritengono pregiudizievoli alla garanzia del creditore: non per quella parte per cui appaiono inoffensivi.

Così se io domando la revoca di una donazione di cento ma per mantenere la mia garanzia basta integrare il patrimonio di cinquanta, evidentemente quel negozio di alienazione va dichiarato inefficace solo per quel cinquanta che interessa.

Su un altro punto si dibatteva la dottrina prima della riforma, riguardo all'anteriorità del credito. Si diceva che perchè io potessi domandare la revoca di un atto, dovevo essere creditore in una data anteriore a quella in cui è compiuta l'alienazione: se no come potevo io affermare di essere stato danneggiato da un atto di disposizione compiuto da colui che non era ancora mio debitore?

Qui si è preferito invece col nuovo codice accedere alla tendenza di accordare l'azione revocatoria anche a chi non era ancora creditore quando l'atto fraudolento venne posto in essere; ma con questa ri-



gorosa condizione: che l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicare il soddisfacimento (atto cioè dolosamente compiuto in vista di pregiudicare il soddisfacimento del debito che sto per contrarre); e che, trattandosi di atti a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole del pregiudizio e fosse partecipe della dolosa preordinazione.

Quindi, per revocare un negozio a titolo oneroso, bisogna dimostrare che consapevolezza nel diminuire le garanzie del debito c'era da parte del debitore e di colui che ha contratto con il debitore.

Non è soggetto a revoca un debito scaduto.

Io ho pagato un debito ad uno dei miei molti creditori e con questo ho rovinato gli altri che non ho pagato. Ho forse compiuto un atto che deve essere revocato? No. Se ho pagato un debito scaduto, ho pagato bene e perciò questo pagamento non è impugnabile.

Queste norme sulla revocatoria vanno però integrate con la procedura fallimentare. La procedura fallimentare dice che quando un debitore commerciante è in stato di insolvenza, non può compiere degli atti con i quali modifica la situazione di un creditore a danno degli altri. Deve mantenere una situazione di perfetta parità tra tutti i suoi creditori. Quindi egli deve, in stato di insolvenza, chiedere la procedura fallimentare, e non può pagare, a differenza del debitore civile di cui all'art. 2901, un creditore a preferenza degli altri.

Infine, riguardo all'efficacia (civile, non fallimentare) della revocatoria verso i terzi, aggiunge l'art. 2901 che "l'inefficacia dell'atto non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione".

Qui si allude a coloro che hanno a lor volta acquistato in un trapasso successivo da colui che ha derivato il suo diritto dal debitore. Dunque il debitore dona a Tizio in pregiudizio dei creditori. Tizio subito vende a un terzo. Contro questo terzo i creditori non possono più esercitare la revocatoria, se esso terzo avendo acquistato a titolo oneroso è in buona fede. Solamente, deve il terzo trascrivere in tempo il suo acquisto, prima che il creditore che promuove la revocatoria trascriva la domanda giudiziale (la quale se trascritta diverrebbe opponibile contro ogni terzo). Ricordiamo infatti nella materia già vista della trascrizione l'art. 2652, n. 5: va tra-



scritta "la domanda di revoca degli atti soggetti a trascrizione che siano stati compiuti in pregiudizio dei creditori.- La sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda".

Dunque se è stata fatta la trascrizione di questa domanda, tutti coloro che acquistano dopo, acquistano male.

Veniamo, per ultimo, al sequestro conservativo (art. 2905).

2905  
Il sequestro conservativo presenta una innovazione così come è regolato nel nuovo codice rispetto all'antico. Nel codice anteriore il sequestro conservativo non era ammesso che rispetto a cose mobili; invece qui è scomparsa questa limitazione. Quindi qualunque bene del debitore può essere assoggettato a questa misura cautelare.

Si tratta di togliere al debitore il possesso della cosa in quanto la permanenza del possesso della cosa, sia mobile o immobile, presso il debitore potrebbe correre dei rischi. Effetto del sequestro è quello di trasportare il possesso della cosa dal debitore ad un amministratore "sequestratario". Inoltre (art. 2906) "non hanno effetto in pregiudizio del creditore sequestrante le alienazioni e gli altri atti che hanno per oggetto la cosa sequestrata, in conformità delle regole stabilite per il pignoramento". In altre parole si ha qui un vincolo d'indisponibilità, mediante inefficacia (relativa al creditore sequestrante) degli atti di alienazione ecc., come nel caso testè visto dell'esercizio della revocatoria e come nel pignoramento. Ossia il bene sequestrato è indisponibile a tutela delle ragioni del sequestrante. Se il debitore lo aliena lo stesso, tale alienazione di fronte al sequestrante è come non esistesse. Il creditore cioè che ha esercitato il sequestro potrà egualmente far valere le sue ragioni sulla cosa sequestrata, ed espropriarla esattamente come se appartenesse ancora al suo debitore.

Poichè il sequestro potrebbe avere per oggetto anche un credito del debitore, il capoverso dello stesso articolo 2906 stabilisce in tal caso analoga inefficacia relativa per il pagamento di questo credito (pagamento fatto dopo che il sequestro è avvenuto): "Non ha parimenti effetto in pregiudizio del creditore opponente il pagamento eseguito dal debitore, qualora l'opposizione sia stata proposta nei casi e con le forme stabilite dalla legge". Questa è ciò che si chiama l'opposizione a pagamento. Il pregiudizio richiesto ai danni del creditore apparente è lo stesso che abbiám visto nella revocatoria.



27. - Della tutela giurisdizionale dei diritti ed esecuzione forzata in forma specifica.

Il titolo IV contiene norme generali sulla tutela giurisdizionale e poi un complesso di norme relative alla esecuzione forzata dei diritti, cioè all'attuazione dei diritti attraverso il ministero del giudice.

Le norme generali sono molto schematiche e sintetiche; in fondo sono le norme da cui prende le mosse tutto l'istituto del diritto processuale; sono i punti di rianodo del diritto processuale con il diritto sostanziale.

E' detto nell'art. 2907 che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda delle parti e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o denuncia. 2907

Questa norma ha il suo corrispondente nel codice processuale in quella disposizione che pone il cosiddetto principio della domanda, laddove si dice che il giudice è stimolato dalla domanda e non può esplicare la sua azione se non su domanda delle parti, salvo i casi in cui è regolarmente previsto che la sua azione possa procedere di ufficio o su istanza del pubblico ministero.

La tutela giurisdizionale dei diritti nel campo professionale è attuata su domanda delle associazioni regolarmente riconosciute: ciò è detto nel capoverso dell'art. 2907 e si collega alle vicende legislative che saranno riservate a tutto l'ordinamento in materia di lavoro.

L'art. 2908 si riferisce a quei casi in cui talune sentenze possono avere effetto costitutivo: "nei casi previsti dalla legge l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa". 2908

Anche qui si pone un principio fondamentale. La forma tipica di esercizio dell'attività giurisdizionale è quella di accertare l'esistenza nei modi di legge di un determinato rapporto giuridico e di fare seguire, eventualmente, la condanna, quando questo provvedimento di condanna sia richiesto e quando sia conforme alla struttura del rapporto di cui si tratta.

Ci sono però dei casi in cui la tutela si applica in



dipendentemente da ogni condanna: per es., in materia di filiazione. Così le sentenze di mero accertamento.

Ci sono altresì delle condanne che precedono l'accertamento, anziché aversi l'accertamento prima e la condanna dopo. Cioè ci sono dei titoli che rispondono a situazioni tali per cui la legge ritiene che il fine della giustizia si applica pienamente facendo precedere la condanna, seguita da accertamenti nel solo caso di opposizione: così nel procedimento che prende il nome di ingiunzionale o monitorio.

Nella cosiddetta sentenza costitutiva l'attività giurisdizionale si svolge con funzioni e con effetti del tutto diversi. Ci sono dei rapporti giuridici per il compimento dei quali la legge richiede un intervento della autorità giudiziaria; cioè non possono le parti attuare di per sé stesse quel determinato effetto. Si ritiene qui che l'intervento dell'autorità giudiziaria dia maggior garanzia.

Prendiamo la materia delle servitù. La servitù si può stabilire convenzionalmente attraverso contratto, il quale allora è titolo sufficiente per la costituzione delle servitù. Ma ci sono delle ipotesi in cui è la legge stessa che consente al proprietario di un fondo di ottenere dal proprietario dell'altro fondo la servitù, anche senza bisogno della volontà contrattuale di lui. Se in questi casi la costituzione non avviene per consenso delle parti, interviene l'autorità giudiziaria a costituire essa la servitù, tutelando quindi l'interesse che la legge coll'accordare la servitù legale intende in ogni caso garantire.

Anche nell'attuazione di questa funzione un certo quale accertamento è la premessa necessaria perché il giudice possa riconoscere esistenti in concreto gli estremi per poter accordare la servitù. Ma dopo questa premessa l'autorità giudiziaria svolge un'attività la quale è da riaccostare alla attività normale che svolgono le parti. La sentenza si sostituisce in pieno e produce gli effetti di un negozio giuridico.

Queste sono le cosiddette sentenze costitutive, categoria con cui si accoglie nel codice largo frutto delle più recenti elaborazioni dottrinarie.

Nell'art. 2909 si accenna la materia della cosa giudicata. L'argomento è inquadrato qui come principio generale, in questa sede della tutela giurisdizionale dei



diritti, assai più opportunamente che per l'addietro. Infatti nel vecchio codice, come già accennammo, della cosa giudicata si trattava sotto un profilo alquanto curioso, in materia di presunzioni, considerando la cosa giudicata (cioè la sentenza dopo che non è più normalmente impugnabile) come una presunzione iuris et de iure. Assai più propria è dunque la collocazione in questa sede, dove la cosa giudicata è considerata nella pienezza dei suoi effetti accertativi di un rapporto controverso (vedi negozi di accertamento). Accertamento quindi giudiziale di qualcosa che era dubbio. Perciò la tutela giurisdizionale assicura l'attuazione del diritto.

S'intende qui parlare della cosa giudicata in senso sostanziale: cioè degli effetti sostanziali della cosa giudicata. Quanto alla cosa giudicata in senso formale, è demandato naturalmente al cod. proc. civ. stabilire quando e in presenza di quali estremi essa si formi. Si osservi poi che la materia dell'art. 2909 non è ulteriormente regolata, come forse sarebbe stato desiderabile, e non brilla quindi per completezza, ma si limita a sfiorare l'argomento.

Il capo II riguarda l'esecuzione forzata. È l'altro momento in cui si attua la tutela giurisdizionale. Prima si accerta e si giudica e condanna; poi la condanna deve trovare la sua esecuzione. Anche l'esecuzione della condanna - qualora non avvenga spontaneamente - spetta all'autorità giudiziaria. Nei rapporti di cui ci occupiamo si tratta evidentemente, per potere aver l'esecuzione forzata, di una condanna ad una prestazione patrimoniale. Quindi esecuzione sul patrimonio. O il debitore adempie al suo obbligo, o altrimenti bisogna prendere a forza per ordine del giudice e opera materiale dell'usciera una parte dei suoi beni, onde trovare su questi la soddisfazione di colui a favore del quale la condanna è eseguita.

L'espropriazione è appunto l'operazione per la quale si convertono in denaro alcuni beni del debitore e si attribuisce questo valore a soddisfazione del creditore.

Rinviamo, per le singole norme particolari, alla lettura del codice (art. 2910 e segg.).

Si parla, nella sezione I del capo II, di espropria



zione, intendendosi con questo termine il complesso di quelle procedure esecutive mediante cui invece dell'adempimento si tende a togliere a forza al patrimonio del debitore la proprietà di un bene (surrogato dell'adempimento). La seconda specie di esecuzione forzata accanto all'espropriazione è l'esecuzione in forma specifica. Se ne occupa la sezione II dello stesso capo, e ne parleremo appresso.

Si osservi subito che l'esecuzione forzata si può compiere contro il debitore o contro terzi ( per es. in base a revocatoria, o se il terzo è garante; vedi i vari casi di pignoramento presso terzi e norme di procedura).

Vari problemi si connettono all'esecuzione forzata, della quale abbiamo già delineato in modo sommario il funzionamento pratico. Ci basti ora integrare il discorso con qualche nozione di carattere generale.

Cosa si realizza propriamente coll'esecuzione? Qual'è la sua natura giuridica? Domandarsi questo non è che riguardare un aspetto del problema della finalità e natura del processo in genere. Ecco le principali opinioni correnti in proposito: v'è chi considera il processo come strumento destinato all'attuazione del diritto soggettivo che - supponiamo - non è stato adempiuto (onde l'esecuzione forzata si sostituisce come surrogato all'adempimento); o si considera invece il processo, in una concezione più larga, come mezzo d'attuazione del diritto oggettivo (così per es. in quanto coll'inadempimento si ravvisi esser violato non tanto il mero diritto soggettivo del singolo ma l'ordinamento giuridico obiettivo in generale). Altri definisce il processo come strumento per l'applicazione di sanzioni; altri ancora, qual mezzo per la composizione delle liti (Carnelutti).

Da taluno non si è mancato però già di osservare che a chi ben guardi tutte queste teorie non sono così inconciliabili come potrebbero sembrare a prima vista: infatti vi è sempre nel processo un conflitto giuridico (lite in senso lato), per cui l'attuazione giudiziale del diritto comunque concepita implica fondamentalmente una composizione di tale conflitto, ossia non è attuazione propriamente pacifica ma si compie piuttosto superando quell'ostacolo alla realizzazione del diritto che è costituito dalla resistenza della controparte (che difende il suo interesse). Insomma mediante il processo si compone l'urto degli interessi attuandosi



grazie alla pubblica autorità il diritto o precetto giuridico, ed applicandosi le sanzioni stabilite dalla legge. Se così è, appare evidente il distacco concettuale tra le due fasi del processo di accertamento e del processo di esecuzione: nel processo di accertamento l'ostacolo è costituito da ciò, che la situazione di diritto è controversa dalla parte avversaria; invece il processo di esecuzione, posto quanto sopra, è quello rivolto ad attuare il diritto oggettivo, vincendo l'ostacolo consistente non semplicemente nel negare la pretesa alla maniera che avviene nel processo chiamato di accertamento o cognizione, ma consistente nell'opporre ad essa pretesa (o non togliere di mezzo, se già esiste) una resistenza materiale o di fatto. Vale a dire nel processo di esecuzione si compie forzatamente contro l'avversaria, ossia superando qualsiasi resistenza di lui anche colla forza pubblica, l'attuazione concreta del diritto (es. consegna della cosa ecc.).

Accertamento ed esecuzione hanno dunque, avverte la dottrina, finalità differenti ma complementari, e solo considerando questi due aspetti nel loro insieme si può avere completa la visione unitaria della funzione giurisdizionale.

A parte i casi eccezionali in cui malgrado la progressiva pubblicizzazione del processo (1) esistono ancor oggi entro determinati limiti forme di autotutela privata (cfr., come esempio di autotutela, anche nel processo di cognizione, l'arbitrato), a parte ciò è da notare che normalmente il processo di esecuzione presuppone sempre un avvenuto accertamento; anzi, di solito, un accertamento definitivo. Così è non solo quando si ha un precedente e distinto giudizio di accertamento, preordinato all'esecuzione (es. esecuzione per attuazione di una pronunciata sentenza di condanna, la quale è appunto il preordinato titolo esecutivo); ma si può avere dipendenza dell'esecuzione dall'accertamento anche in quel particolare processo che prende il nome di accertamento esecutivo: accertamento cioè in sede di esecuzioni. Il che avviene quando pur essendosi esibito il titolo esecutivo richiesto (art. 474 ss. cod. proc. civ.: titolo esecutivo cioè da cui precisamente risulta accertato il diritto di esperire l'azione), tuttavia gli avversari interessati cercano di paralizzare o discutere l'efficacia del titolo facendo opposizione (art. 615

---

(1) Es. di tale pubblicizzazione è la crescente tendenza antiindividualistica alla liquidazione concorsuale.



ss. cod. proc. civ.) e instaurando così ancora un piccolo giudizio preliminare.

L'azione contro l'azione esecutiva del creditore procedente può essere spontanea o provocata, e può essere proposta dallo stesso debitore, da creditori concorrenti o da un terzo che affermi diritti propri incompatibili con quelli che l'esecuzione vorrebbe far valere (terzo rivendicante, o terzo pignorato che neghi per es. di esser debitore di colui che è esecutato, o neghi comunque di poter esser colpito dall'esecuzione). Le opposizioni possono essere, facciamo il caso, per nullità formali del titolo esecutivo esibito, ma possono essere anche opposizioni di merito (es. se si mette in dubbio addirittura l'esistenza del credito, ossia l'esistenza del rapporto giuridico sostanziale: vedi però la particolare astrattezza dall'accertamento del diritto sostanziale nel caso della cambiale, ecc.).

Naturalmente, se l'esecuzione dunque è preceduta di solito da un accertamento, non è detto invece che all'accertamento l'esecuzione forzata debba per forza seguire: ed è anzi ormai unanimemente riconosciuta come regola l'ammissibilità delle azioni di mero accertamento. L'accertamento può anche, talora, sospendere l'esecuzione per ordine del giudice (art. 624 c.p.c.).

La dottrina generalmente si è di preferenza occupata del processo di accertamento, più che di quello di esecuzione. Comunque dal punto di vista dei chiarimenti forniti dalla dottrina è bene sottolineare qual caratteristica strutturale dell'esecuzione forzata che in essa non tanto si ha sempre, quanto può sempre aver si impiego di forza.

Infine rileviamo che le forme dell'esecuzione, a differenza del processo di accertamento, tendono ad essere assai spesso diverse a seconda del rapporto sostanziale da attuare. Le forme del giudizio di cognizione di solito sono sempre le stesse, sia che si controversa un diritto reale o di obbligazione o uno status ecc.: il procedimento ordinario è la regola per tutti i diritti. Viceversa l'esecuzione forzata conosce una pluralità di forme differenti da caso a caso: processo di espropriazione, processo di rilascio, ecc.

S'intende che la dipendenza testè accennata dell'esecuzione dall'accertamento, in quanto appunto per



regola l'esecuzione presuppone compiuto un accertamento anteriore, non toglie l'autonomia del processo esecutivo dal diritto sostanziale, nel senso che può talora eccezionalmente compiersi un'esecuzione senza che il diritto soggettivo sostanziale vi sia (es. esproprio in base a sentenza provvisoriamente esecutiva che poi venga riformata); può il diritto sostanziale esservi, ma compiere l'esecuzione un'altra persona, non titolare di quel diritto (sostituzione processuale: es. il creditore che agisce esecutivamente in surrogatoria); o può altresì taluno avere il diritto sostanziale e non l'azione esecutiva (es. quando la deducibilità del diritto in giudizio spetti soltanto al sostituto processuale: esplicito in questo senso era l'ex art. 1399 c.c.).

Più ancora, appaiono autonomi rispetto al diritto sostanziale e schiettamente processuali per natura i vari diritti a provvedimenti intermedi, o facoltà che spettano alla parte, nello svolgersi del processo (così diritto di compiere il precetto, il pignoramento, ecc.).

Lo svolgimento dell'esecuzione, di cui già abbiamo visto qualcosa di sfuggita, come già abbiamo parlato delle procedure concorsuali, consta in termini sommarissimi e schematici di questi successivi atti: notificazione, fatta all'avversario, del titolo esecutivo e del precetto (che è l'intimazione formale di adempiere, con minaccia di seguire altrimenti le vie di realizzazione forzata del diritto); pignoramento oppure rilascio - il pignoramento è da considerare come vero atto di apprensione dei beni, da destinarsi, direttamente o convertiti in denaro, alla soddisfazione del creditore: il pignoramento d'immobili si compie mediante la trascrizione del precetto; il pignoramento presso terzi consiste in una semplice ingiunzione, fatta al terzo detentore o debitore, di non disporre senza ordine del giudice delle cose detenute o delle somme dovute); segue alla fase del pignoramento secondo le norme del codice di procedura il trasferimento forzato, mediante vendita o assegnazione diretta di uno dei beni espropriati in proprietà a soddisfazione di chi aveva il credito, ossia del creditore procedente, e nei limiti del credito stesso; la vendita si compie su autorizzazione del giudice e in base a stima dei beni e conduce all'aggiudicazione se la vendita è all'incanto, l'assegnazione può essere di beni o di crediti e in quest'ultimo caso sarà interessante vedere se sia fatta pro soluto (ossia a saldo delle ragioni dell'assegnatario, indipendentemente dal fatto che il credito assegna-



to riesca poi effettivamente a essere riscosso o rimanga invece incapiante) o pro solvendo (e cioè salvo riuscita dell'esazione: cfr. art. 555 cod. proc. civ.); poi se vi è stata vendita forzata e non assegnazione si fa luogo al riparto su domanda di collocazione dei creditori quando di essi vi sia pluralità; ultima viene la fase della consegna del ricavo mediante ordine dell'autorità giudiziaria (mandato di pagamento o nota di collocazione). Tutta questa materia è disciplinata nel libro III cod. proc. civ.

Tra le fasi dell'esecuzione sin qui indicate, si noti quindi che il pignoramento è di solito l'atto con cui la vera procedura di espropriazione s'inizia, sia per i mobili che per gli immobili; mentre coi vecchi codici si parlava di pignoramento soltanto mobiliare.

Quanto agli effetti non puramente processuali, la conseguenza del pignoramento (di cui art. 482 e 491 del codice di rito) è dunque di rendere indisponibili i beni del debitore colpiti da tale atto, si che questi successivamente non può venderli, donarli ecc., e se eventualmente malgrado il divieto compia lo stesso qualche atto di disposizione, esso atto è inefficace relativamente, cioè non erga omnes ma nei confronti del solo creditore precedente (art. 2913): ciò come nel caso esaminato della revocatoria, del sequestro conservativo ecc. L'atto di pignoramento va poi trascritto per gli effetti richiamati nell'art. 2693.

211) Riguardo agli effetti sostanziali della vendita forzata (art. 2919 ss.), va notato che al terzo aggiudicatario si trasferiscono bensì i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione, salvi gli effetti del possesso di buona fede, ossia salvi i diritti che in base a possesso di buona fede siano stati acquistati da terzi (i quali diritti per regola rimangono a chi li ha conseguiti, non vengono pregiudicati dalla vendita forzata, e quindi sono opponibili all'aggiudicatario non meno che al debitore esecutato ed a qualsiasi altro). Non sono però opponibili all'acquirente, avverte l'art. 2919, i diritti acquistati da terzi sulla cosa, se i diritti stessi non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione.

E' questa una rigorosa conferma del principio generale "nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet". Quando i diritti del terzo non siano opponibili al creditore precedente e quindi all'aggiudicatario, lo si



ricava in complesso dagli artt. 2913-2916, e particolarmente dal 2915 (cfr. qui art. 2812 per il creditore ipotecario).

C'interessa ricordare a proposito delle ipoteche l'art. 2916, che riguardo alla distribuzione delle somme ricavate dall'esecuzione stabilisce non potersi tener conto delle ipoteche iscritte dopo il pignoramento. Cioè se dopo per es. la trascrizione del precetto immobiliare io iscrivo a mio favore un'ipoteca su beni dell'espropriato (beni soggetti alla procedura di espropriazione), io non posso far valere la mia ipoteca in sede di distribuzione, ossia non ho diritto a esser pagato come creditore ipotecario, perchè ho preso l'iscrizione troppo tardi.

Non vi è luogo, nella vendita forzata, a garanzia per vizi o per lesione (2922).

Per le locazioni concluse dall'espropriato, l'art. 2923 accentua la regola particolarmente incoraggiata nel nuovo codice per cui "emptio non tollit locatum": regola cioè a favore dell'inquilino, intesa a impedire che questi si trovi improvvisamente in mezzo alla strada per il venir meno del diritto nel locatore, che colla vendita perde la proprietà.

Circa i diritti dei terzi nell'assegnazione forzata vedi 2926, e sui diritti dell'assegnatario 2927-28.

A fianco di questi modi di realizzazione in via esecutiva del diritto, e cioè a fianco della possibilità di espropriazione, c'è un altro modo di realizzazione, che è quello dell'esecuzione in forma specifica (art. 2930). Questa via purtroppo rappresenta l'eccezione. Dare al creditore una somma di denaro come surrogato a soddisfazione del diritto che è rimasto inadempito, non è certo un sistema teoricamente perfetto di attuazione del diritto stesso. E' un sistema piuttosto creato per soddisfare alla meglio le esigenze della pratica. Ma anche se la legge non può per es. costringere materialmente il debitore a compiere l'atto dovuto se egli non vuole, tuttavia vi sono alcune ipotesi in cui si può egualmente ottenere in maniera perfetta, o quasi, che il creditore ottenga in via coattiva la realizzazione di quello stesso interesse che il diritto di credito avrebbe dovuto assicurargli. Sono questi i casi che il nuovo codice civile, innovando profondamente in una delicatissima materia, regola col nome di "esecuzione forzata in forma specifica".



2930 L'art. 2930 dice: "Se non è adempiuto l'obbligo di consegnare una cosa determinata, l'avente diritto può ottenere la consegna o il rilascio forzati a norma delle disposizioni del codice di procedura civile". Sono casi limitati di facoltà d'autotutela. Questo vale soprattutto per i diritti reali, che si realizzano mediante questa procedura di consegna o di rilascio della cosa: consegna per i mobili, rilascio per gli immobili.

2931 Altro caso: quando io per es. faccio un contratto con Tizio perchè costruisca un marciapiede o un muro di cinta al mio giardino, se il debitore si rende inadempiente io posso ottenere che altri compia l'opera a spese di lui (art. 2931): è un'esecuzione in forma specifica, perchè poco m'importa invero che sia il debitore od altri a costruire; quel che interesse è che l'esecuzione dell'opera ci sia.

2932 Particolarmente interessante è poi l'art. 2932 sulla esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Ci può essere un contratto preliminare con cui ci si obbliga a porre in essere un altro contratto. Per es., il caso della promessa di compra vendita, il cosiddetto compromesso. Oppure anche nell'ipoteca ci può essere il contratto preliminare con il quale ci si obbliga a consentire una ipoteca, la quale ipoteca non nasce poi se non mediante l'iscrizione. La giurisprudenza finora insegnava che quando non si era adempiuto una promessa di contrattare, la conseguenza era solo la condanna al risarcimento dei danni. Invece ora il disposto dell'art. 2932 stabilisce che se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso il titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Il magistrato cioè dichiara che il contratto è concluso ed allora la sentenza prende posto del contratto: esempio tipico di sentenza costitutiva.

Se si tratta di contratto bilaterale, ossia a obbligazioni di ambedue le parti, l'esecuzione specifica dell'una non può esser chiesta se l'altra parte dal canto suo non ha già adempiuto o offerto di adempiere.

2933 Se non è adempiuta un'obbligazione di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto (art. 2933): può essere distrutto, dice la legge, a meno che tale distruzione non possa recar pregiudizio all'economia nazionale; tuttavia naturalmente in tal caso sarà pur sempre dovuto il



risarcimento dei danni, da parte del debitore che contray venne all'obbligo di non fare.

## 28. Prescrizione e decadenza.

Ed eccoci all'ultimo titolo del codice.

Qui si parla di una causa generale di estinzione dei diritti; generale nel senso che agisce su tutti i diritti, tranne su quelli che sono espressamente eccettuati. E questa causa generale è la azione del tempo. Azione del tempo in corrispondenza di determinate circostanze e situazioni.

Indubbiamente il concetto di diritto soggettivo è strettamente collegato a quello di protezione d'un interesse; anzi, una definizione del diritto disse addirittura che il diritto è un interesse protetto. Dunque il disinteresse deve agire rispetto ai diritti. Non si accorda una protezione a chi questa protezione non mostra di desiderare.

D'altronde, questo non è che uno dei profili che nella prescrizione ha rilievo. Ma v'è un altro aspetto fondamentale dell'istituto, ed è questo: non si può dimenticare che un diritto, lungamente non esercitato, non è tenuto in evidenza e dà luogo ad incertezze; e nel codice giuridico ha un sommo pregio la certezza dei rapporti, la certezza delle situazioni. Quindi, questo istituto che segna la morte dei diritti non esercitati, adempie a questa funzione nel generale interesse di ristabilire la certezza nei rapporti giuridici (vedi anche quanto si è detto in principio sulla funzione di questi istituti nella sistematica generale del codice).

Quello che è importante tener presente, circa il funzionamento della prescrizione, è questo: la prescrizione è istituito posto per ragioni di ordine pubblico, e perciò le norme relative ad essa sono inderogabili (art. 2936), nè un interessato può validamente rinunciare a priori (preventivamente) alla prescrizione (art. 2937). Così se io assumo un debito non posso impegnarmi a pagarlo anche dopo che saranno passati i dieci anni della prescrizione del mio debito stesso.

Però, dopo che i dieci anni sono passati, la prescrizione agisce non automaticamente ma come eccezione in giudizio; nè può essere eccepita d'ufficio dal giudice (art. 2938). Ossia si ha estinzione del diritto prescritto in



questo senso, che l'estinzione può esser fatta valere per iniziativa dell'interessato: non altrimenti. Così se io vengo citato in giudizio perchè si vuole che io paghi un debito da me contratto quindici anni fa, io non ho che da invocare la prescrizione perchè la pretesa dell'attore cada nel nulla. Se però io non lo faccio, se non invoco io l'eccezione di prescrizione, dovrò esser condannato come se il diritto non fosse estinto (il che al principio della trascrizione come istituto di ordine pubblico è una grave eccezione: se infatti il principio dell'ordine pubblico fosse qui rigorosamente mantenuto, la prescrizione dovrebbe logicamente potersi rilevare anche d'ufficio).

Non sono soggetti a prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge: sono i casi eccezionali in cui si è ritenuto non sussistessero quelle ragioni politiche le quali in generale consigliano di eliminare tutti i diritti che non sono assistiti da un vigilante interesse.

Già sappiamo cosa sono i diritti indisponibili. Nè rispetto ad essi la volontà del soggetto è determinante: non positivamente e neanche negativamente. E quindi la inerzia del soggetto non è ragione di estinzione. Per es. sono per lo più imprescrittibili i diritti familiari.

Veramente in questo codice si è avuta cura meticolosa di indicare di volta in volta quali diritti sono sottratti alla prescrizione (tipico è l'art. 1422). Altrimenti troppo ampia ed arbitraria tendeva a divenire la serie dei diritti ritenuti imprescrittibili dalla dottrina. Si noti incidentalmente che l'imprescrittibilità anche quando è espressamente sancita non produce poi un effetto molto ampio, perchè ha valore salvo l'acquisto altrui per usucapione.

Si dice poi che sono imprescrittibili i diritti facoltativi: in facultativis non datur praescriptio. Queste res merae facultatis in cui non si ha prescrizione non sono veri diritti a se stanti, ma semplici facoltà o poteri che nei diritti son contenuti. Per es. la proprietà (diritto particolarmente complesso) comprende infinite facoltà: di alzare muri, costruire fossi, coltivare piante sul proprio suolo, ecc. Tutte queste facoltà, s'intende, anche se per più di dieci anni non si esercitano non vengono per questo perdute.



Altri casi di diritti imprescrittibili: la petizione d'eredità (art. 533 capov.), la capacità di agire, la qualità di persona, il diritto di chiedere la divisione (artt. 743 e 1111), il diritto di proprietà e di superficie e l'azione di rivendica, ecc.

La prescrizione può essere sospesa o interrotta se intervengano determinate cause, le quali sono rispettivamente quelle menzionate negli articoli 2941 ss. e 2943 ss. Sospensione vuol dire che il termine che ha già incominciato a decorrere riprende a correre dopo la sospensione dallo stesso punto in cui era rimasto sospeso. Invece dopo l'interruzione il termine ricomincia a correre dal principio e la frazione di tempo già compiuta viene, agli effetti giuridici, come cancellata. Ossia quando si ha una sospensione della prescrizione, i due o più periodi prima e dopo la sospensione si sommano. Quando c'è un'interruzione va tutto perduto il tempo decorso e quindi si deve incominciare una nuova prescrizione.

Il concetto dell'interruzione e della sua efficacia si giustifica in quanto con essa appunto il titolare tronca il perdurare dell'inerzia e del disinteresse manifestato, e diviene invece attivo.

Il termine normale della prescrizione oggi è dieci anni (art. 2946). Poi ci sono prescrizioni più brevi per una quantità di rapporti singolarmente elencati nel codice.

Particolare interesse presentano le prescrizioni presuntive (art. 2954 ss.). Queste si chiamano così perché non determinano l'estinzione del diritto ma la fanno soltanto presumere. In questo caso, cioè, è sempre possibile dimostrare che non si è verificata la prescrizione e che il diritto è ancora in vita; ma se ciò non si dimostra e la prescrizione presuntiva non si controverte, l'estinzione del diritto vale come accertata.

Rimane da parlare ancora della decadenza.

Gli scrittori da molto tempo avevano posto accuratamente in luce la distinzione tra prescrizione e decadenza, cioè avevano ravvisato, nelle varie disposizioni in cui la decadenza è comminata, alcune singolarità per cui queste regole si distinguono dalle regole della prescrizione.

Si può dire in linea di massima che nella prescrizione il titolare di un diritto lo perde perché non lo esercita; invece nella decadenza si trova piuttosto que-



st'altra situazione: che non si acquista un diritto perchè entro un certo termine non si fa qualcosa che dalla legge è richiesto (cioè dalla legge è richiesto tassativamente, a pena di decadenza, che entro un certo termine si compiano certi atti se si vuole acquistare un determinato diritto).

Il legislatore ha ritenuto che questo concetto della decadenza meritasse di essere accolto nel codice, e vi ha destinato questo capo secondo dell'ultimo titolo del libro sulla tutela dei diritti. La presente legge che regola la decadenza è quindi un capo di particolarissimo interesse perchè anche in confronto dei codici stranieri regola per la prima volta organicamente la materia, e rappresenta un saggio notevole di disciplina di un istituto dai contorni non molto facili a determinare.

Quando il diritto deve esercitarsi entro un dato termine sotto pena di decadenza, non si applicano le norme relative alla interruzione della prescrizione; del pari non si applicano le norme che si riferiscono alla sospensione. Questa, che il legislatore pone, è una rilevante differenza pratica fra i due istituti.

Prima era assai difficile stabilire se in una determinata disposizione si aveva a che fare con la prescrizione o con la decadenza. Il che portava a gravi inconvenienti pratici. Adesso queste difficoltà sono notevolmente ridotte perchè il legislatore ha avuto una precisione di linguaggio la quale dovrebbe in ogni caso rendere palese se in una data disposizione si tratti piuttosto di prescrizione o di decadenza (esempi di decadenza espressamente definita come tale dal legislatore sono fra gli altri gli artt. 802, sulla domanda di revocazione per causa di ingratitudine; 1501, sul riscatto convenzionale in materia di compravendita; mentre un caso di prescrizione e uno di decadenza si posson vedere insieme nello stesso art. 1669 e nel suo capov., in materia di rovina e difetti di cose immobili nell'appalto).