

Capitolo Quarto

La responsabilità del debitore e la garanzia del creditore

1. GENERALITÀ

La responsabilità patrimoniale si può definire come «*l'assoggettamento del patrimonio del debitore inadempiente al soddisfacimento forzoso delle ragioni del creditore*». In materia vigono due principi fondamentali:

- il debitore *risponde* dell'adempimento delle obbligazioni con **tutti i suoi beni presenti e futuri** cioè anche con quelli entrati nel suo patrimonio dopo l'assunzione dell'obbligo (v. art. 2740);
- inoltre, tutti i creditori hanno **uguale diritto** di essere soddisfatti sui beni del debitore (principio della *par condicio creditorum*), *salve le cause legittime di prelazione* (art. 2741) che consistono nel diritto di preferenza che la legge riconosce a determinati crediti (pegno, ipoteca e privilegi).

Infatti, la garanzia generica derivante dalla responsabilità patrimoniale del debitore può essere insufficiente ad assicurare al creditore la soddisfazione delle sue pretese soprattutto se il debitore contrae numerosi debiti e sottrae quei beni sui quali si fondava la fiducia del creditore. La legge, pertanto, predispone un sistema di **garanzie**, che si *accompagnano al credito e lo rafforzano*.

Il creditore, in pratica, può scegliere fra tre possibilità:

- *può vedere aumentato il numero* dei soggetti passivi, e quindi dei *patrimoni assoggettati*, attraverso *garanzie personali* offerte da terze persone (es.: *fideiussione*);
- può riservare al suo personale soddisfacimento, eliminando il concorso degli altri creditori, alcuni beni del debitore costituendo su di essi un diritto reale di garanzia (*pegno ed ipoteca*);
- può ottenere un anticipo di esecuzione della prestazione attraverso la *caparra*.

2. I PRIVILEGI (artt. 2741 e ss.)

Il privilegio è un *titolo di prelazione accordato dalla legge al creditore in considerazione della causa del credito* (art. 2745), e cioè in base all'importanza dell'interesse creditorio che deve trovare attuazione.

In particolare, il legislatore può essere indotto a riconoscere un privilegio al creditore:

- *per motivi di particolare considerazione sociale* (crediti per alimenti);
- *perché il credito deriva da spese fatte nell'interesse comune* (spese di esecuzione iniziate da uno dei creditori);
- *perché il credito concerne l'interesse dello Stato* (tributi).

Fonte dei privilegi è soltanto la **legge**: le parti non possono creare altri crediti privilegiati oltre quelli previsti dal legislatore.

I privilegi si distinguono in due categorie:

- 1) **privilegio generale**, che è solo mobiliare e può essere fatto valere sul ricavato della vendita coattiva eseguita su tutti i beni mobili del debitore;

- 2) **privilegio speciale**, che può essere mobiliare o immobiliare e grava soltanto su determinati beni del debitore: esso è, inoltre, solitamente assistito dal **diritto di seguito**, cioè può esercitarsi anche in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi posteriormente al suo sorgere.

3. I DIRITTI REALI DI GARANZIA: IL PEGNO E L'IPOTECA

Anche il pegno e l'ipoteca sono *cause legittime di prelazione*. In quanto diritti reali, però, essi presentano i seguenti requisiti:

- l'**immediatezza**: per la loro realizzazione non occorre la *cooperazione del debitore*;
- l'**assolutezza**: sono opponibili «*erga omnes*»;
- il **diritto di sequela**: nel senso che il creditore ha il potere di soddisfarsi sul bene *anche se la proprietà è stata trasferita ad altra persona*;
- **diritto di prelazione**: nel senso che il creditore ha diritto di essere preferito agli altri sul ricavato della vendita del bene oggetto di pegno o di ipoteca.

Sono **caratteristiche comuni** ai due diritti:

- l'**accessorietà**: se manca o si estingue l'obbligazione garantita, viene meno o si estingue anche la garanzia;
- la **specialità**: il pegno e l'ipoteca si costituiscono soltanto *su beni determinati*;
- l'**indivisibilità**: il diritto di pegno o di ipoteca si estende *sull'intero bene che ne è oggetto e sulle sue parti, a garanzia dell'intero credito e di ogni parte di esso* (per un'eccezione v. art. 1849) (TRABUCCHI).

Se la cosa data in garanzia *perisce* o si *deteriora*, il creditore può chiedere che gli sia prestata la *garanzia su altri beni* (cd. *supplemento di pegno e di ipoteca*) e, in mancanza, ha diritto al pagamento *immediato* del suo credito (art. 2743). È *vietato* il patto con cui si stabilisce che, ove il debitore sia *inadempiente*, la *proprietà* della cosa oggetto del pegno o dell'ipoteca *passi* al creditore, cd. «**divieto di patto commissorio**» (art. 2744).

Differenze

- Il **pegno** ha per oggetto *beni mobili*; l'**ipoteca** beni *immobili*, *diritti reali immobiliari* o beni *mobili registrati* e rendite dello Stato;
- con il *pegno* si trasferisce *materialmente* il bene al creditore, sottraendone il godimento al proprietario; invece, il bene oggetto di *ipoteca* rimane in godimento del proprietario.

4. Segue: IL PEGNO

Il pegno è un **diritto reale di garanzia**, ossia un diritto concesso dal debitore (o da un terzo) su *cosa mobile* a garanzia di un *credito*. Esso si perfeziona solo con la consegna materiale della cosa.

Oggetto del pegno possono essere *i beni mobili* (eccetto quelli registrati), *le universalità di mobili*, *i crediti ed altri diritti aventi per oggetto beni mobili* (art. 2784) che siano *infungibili*.

Il diritto di pegno si costituisce con un **contratto reale** in quanto per la sua perfezione è necessaria la *consegna* della cosa. Esso comporta lo *spossessamento temporaneo* del proprietario (debitore o terzo datore di pegno) a

garanzia del pagamento del debito. La legge richiede che, quando il credito garantito superi la somma di € 2,58, il contratto di pegno sia stipulato in *forma scritta*.

Per effetto del pegno:

- *il possesso della cosa* passa al creditore, *ma non l'uso e la disponibilità* della stessa; per converso, il creditore ha l'obbligo di *custodire* la cosa;
- il creditore è tenuto a *restituire* la cosa solo quando il credito sia stato *interamente soddisfatto*;
- si verifica l'attribuzione al creditore del **diritto di prelazione**;
- il creditore può anche domandare al giudice *l'assegnazione in pagamento* del bene pignorato, fino alla *concorrenza* del credito.

Quando vengono consegnate in pegno *cose fungibili* (es.: denaro), si ha il cd. **pegno irregolare** (ne è esempio il *deposito cauzionale*). In tal caso, una volta adempiuta l'obbligazione garantita, il creditore deve restituire il «*tantundem eiusdem generis et qualitatis*». In caso di *inadempimento*, invece, il creditore può far proprie le cose o la somma consegnatagli.

Si discute in dottrina circa la possibilità di costituire un *pegno su cosa futura*. La perplessità nasce dalla considerazione che la cosa non potrebbe essere consegnata fino alla sua venuta in essere. Vari sono stati i tentativi di superare questo ostacolo: la teoria più accreditata vede nella vicenda una fattispecie a formazione progressiva che si perfeziona solo con la consegna della cosa, sulla base dell'accordo già raggiunto con la conclusione del contratto, il quale, prima della consegna, produce solo effetti obbligatori con conseguente impossibilità di avvalersi della tutela reale (GAZZONI).

Non vi è, invece, uniformità di vedute relativamente all'ammissibilità, nel nostro ordinamento, della figura del cd. *pegno rotativo*. Generalmente riconosciuto dalla giurisprudenza, esso si configurerebbe quando nella costituzione della garanzia le parti prevedono la possibilità di sostituire i beni originariamente costituiti in garanzia senza che questa sostituzione dia vita ad una novazione del rapporto, a condizione che la sostituzione risulti da atto avente data certa, che avvenga la consegna del bene e che il bene dato in sostituzione non abbia valore superiore a quello sostituito. In senso contrario all'ammissibilità di questa figura si sostiene che le ipotesi legali di rotatività del pegno costituiscono una disciplina speciale (GAZZONI).

5. Segue: L'IPOTECA

È un **diritto reale di garanzia**, concesso dal debitore (o da un terzo) *su un bene*, che attribuisce al creditore il *potere di espropriare il bene* e di essere soddisfatto con *preferenza* sul prezzo ricavato.

Possono essere oggetto di ipoteca: i beni *immobili* con le loro pertinenze; i beni *mobili registrati* (navi, aeromobili, autoveicoli); l'*usufrutto*, il *diritto di superficie*, il *diritto dell'enfiteuta* e quello del *concedente sul fondo enfiteutico*; le *rendite dello Stato*.

Anche la *quota di un bene indiviso* può essere oggetto di ipoteca.

Il *diritto di ipoteca* si *costituisce* mediante **iscrizione** (*pubblicità costitutiva*) nell'apposito registro presso l'ufficio dei *Registri Immobiliari* del luogo ove si trova il bene. Tale iscrizione ha *carattere costitutivo*, nel senso che la volontà delle parti, le legge o la sentenza attribuiscono al titolare il diritto ad ottenere l'iscrizione, ma solo in seguito a questa il diritto viene ad esistenza.

In relazione al titolo si distingue:

- l'**ipoteca legale** (art. 2817). Si ha quando è la legge che attribuisce ad alcuni creditori, in considerazione della causa del credito o della qualità o posizione assunta dal creditore stesso, *il diritto ad ottenere* l'iscrizione ipotecaria, *senza il concorso della volontà del debitore*. L'art. 2817 elenca *tassativamente* le ipotesi di ipoteca legale;
- l'**ipoteca giudiziale** (artt. 2818-2820). Chi ha ottenuto una *sentenza di condanna al pagamento* di una somma o all'adempimento di un'altra obbligazione o al risarcimento dei danni *ha titolo per iscrivere* ipoteca, anche se la sentenza non ha forza esecutiva o è sottoposta a impugnazione;
- l'**ipoteca volontaria** (artt. 2821-2826). Nasce da *contratto* o da *dichiarazione unilaterale di volontà* da parte del concedente. È prescritta la forma scritta «*ad substantiam*».

È escluso, come fonte, il *testamento* per evitare che il debitore alteri la situazione dei suoi creditori in epoca successiva alla sua morte.

L'*ordine (o grado) di preferenza* fra varie ipoteche iscritte sullo *stesso bene* è determinato dalla *data dell'iscrizione*. Ogni iscrizione riceve, infatti, un numero d'ordine, che determina il cd. **grado dell'ipoteca**. È ammessa la *cessione di grado* tra i creditori ipotecari, purché essa non leda gli eventuali altri creditori ipotecari.

Il *diritto di ipoteca è imprescrittibile*, ma l'*effetto dell'iscrizione è limitato a venti anni* e, pertanto, deve essere *rinnovata* prima della scadenza del termine, in caso contrario, l'ipoteca si considera di nuova iscrizione e perde il grado che aveva precedentemente.

L'ipoteca si estingue o per estinzione del credito garantito o per cause proprie (es. perimento del bene oggetto di ipoteca); a seguito dell'estinzione per ottenere la liberazione del bene occorre procedere alla cancellazione dell'ipoteca.

6. LE GARANZIE PERSONALI O SEMPLICI

Sono quelle garanzie che consistono nella **costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio** (*accessorio all'obbligazione principale*) fra lo stesso *creditore* e un altro *debitore* che si aggiunge, *col suo patrimonio*, a rafforzare la *garanzia* del creditore.

A) La fideiussione (artt. 1936-1957)

È il *contratto* col quale un terzo (fideiussore) si *obbliga personalmente* verso il creditore, *garantendo l'adempimento* dell'*obbligazione altrui*.

Il debitore è, solitamente, estraneo al contratto: la fideiussione è, anzi, efficace anche se il debitore non ne sia a conoscenza; trattasi di un'*obbligazione accessoria* che può essere prestata anche per un'*obbligazione futura* (art. 1938).

Debitore e fideiussore sono responsabili in solido nei confronti del creditore (art. 1944). Le parti possono però convenire che il fideiussore sia tenuto ad adempiere solo dopo l'*escussione* del debitore (cd. **beneficio di escussione**).

Il fideiussore che ha pagato si *surroga nei diritti del creditore* (art. 1949). Può inoltre *agire in regresso* contro il debitore per ottenere il rimborso di ciò che ha pagato (art. 1950).

Differenze

La caratteristica del **contratto autonomo di garanzia** (mediante il quale un soggetto — generalmente una banca — assume l'impegno di pagare una somma determinata ad un creditore), è l'assoluta *autonomia* dell'obbligazione di garanzia rispetto a quella principale (in ciò si distingue dalla **fideiussione** dove, invece, l'obbligazione del fideiussore è *accessoria*), tanto che la semplice richiesta del garantito impone alla banca di eseguire la prestazione *senza poter opporre alcuna eccezione* relativa alla validità del rapporto di garanzia.

Abbiamo visto come, ai sensi dell'art. 1938, la fideiussione possa essere prestata anche per un'*obbligazione futura o condizionale*: si ritiene che condizione di validità sia l'esistenza di un rapporto di fatto tra le parti dal quale risulti probabile il sorgere di un credito.

Particolare tipo di fideiussione per obbligazioni future è la cd. **fideiussione omnibus** che si ha quando un soggetto si obbliga a garantire (per lo più nei confronti di una banca) l'adempimento di ogni obbligazione già sorta o che sorgerà a carico di un altro soggetto senza la previsione né di limiti di durata né di limiti quantitativi.

B) L'avallo (artt. 35-37 L. camb. e artt. 28-30 L. ass. banc.)

L'avallo è una **dichiarazione cambiaria**, con la quale taluno garantisce il pagamento della cambiale per uno degli obbligati cambiari (il traente, l'emittente o un girante). Essa quindi rappresenta un'*obbligazione cambiaria di garanzia*. A differenza della fideiussione l'avallo è una garanzia **autonoma**, nel senso che è valido *indipendentemente* dalla validità dell'obbligazione garantita.

C) Mandato di credito (art. 1958)

È il contratto con il quale una persona si obbliga verso un'altra, che le ha conferito l'incarico, a far credito ad un terzo in nome e per conto proprio.

Chi ha dato l'incarico risponde come fideiussore del debito futuro (art. 1958). L'istituto, in realtà, non è un mandato, perché chi riceve l'incarico deve compiere un atto giuridico *per conto proprio* (la cd. «*apertura di credito*»), e non *per conto* di chi tale incarico ha conferito.

7. ALTRE FORME DI GARANZIA

A) La clausola penale (artt. 1382-1384)

È un *patto accessorio* che ha la funzione primaria di *determinare preventivamente i danni* e, quindi, *circoscrivere il risarcimento nei limiti della penale pattuita* (salvo la risarcibilità di ulteriori danni, se convenuta). Essa rappresenta, altresì, *una specie di pena per l'inadempimento*, in quanto è dovuta *indipendentemente dalla prova dell'esistenza del danno* (agevolando il creditore, che, pertanto, non deve *dimostrare* il pregiudizio subito). Il creditore può scegliere tra il pagamento della penale e l'esecuzione coattiva della prestazione principale, ma non può domandare entrambe.

Diversa dalla penale per *inadempimento* è quella prevista per il semplice *ritardo*, che ha la funzione di stimolare il debitore alla *puntualità nell'adempimento*.

B) La caparra (artt. 1385-1386)

Esclusivamente nei *contratti a prestazioni corrispettive*, per rafforzare il diritto del creditore al risarcimento del danno in caso di inadempimento, le parti possono convenire che una *consegna* nelle mani dell'altra una *caparra*, ossia una somma di *denaro* o una quantità di *cose fungibili*.

Si distingue tra:

- caparra **confirmatoria** (art. 1385): è una somma di danaro o una quantità di cose fungibili che, al *momento* della *costituzione* del rapporto obbligatorio, *una parte dà all'altra*, quale conferma dell'adempimento, di cui segna quasi un'anticipata e parziale esecuzione;
- caparra **penitenziale** (art. 1386): è la somma che una parte *dà all'altra* al momento della conclusione del contratto e rappresenta il *corrispettivo per l'attribuzione della facoltà di recesso* dalla obbligazione contrattuale.

Una volta versata la caparra, i *contraenti* si riservano la *scelta* tra l'adempimento ed il recesso. Il recesso si attua per volontà unilaterale: il recedente *perde* l'importo *dato* a titolo di caparra *penitenziale*, o deve *restituire* il doppio di quella ricevuta.

C) Anticresi (artt. 1960-1964)

È il contratto con il quale il debitore, o un terzo per lui, **si obbliga** a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché questi ne percepisca i frutti imputandoli prima agli interessi, se dovuti, poi al capitale.

Netta è la differenza tra l'anticresi e l'ipoteca. Infatti, nonostante entrambe abbiano ad oggetto beni immobili, l'*ipoteca* attribuisce al creditore un *diritto reale* sul bene immobile, mentre l'*anticresi* attribuisce al creditore un semplice *diritto di credito*.

L'anticresi dura finché il creditore sia stato interamente soddisfatto, salvo che sia stata stabilita una diversa durata. In ogni caso, l'*anticresi* non può avere una durata superiore a dieci anni.

È richiesta la forma scritta *ad substantiam*.

D) La cessione dei beni ai creditori (artt. 1977-1986)

È un *contratto* con cui il *debitore incarica tutti o alcuni creditori di liquidare tutte o parte delle sue attività e di ripartirne tra di loro il ricavato, in soddisfacimento dei rispettivi crediti* (art. 1977).

Il contratto di cessione va fatto per *iscritto*, a pena di nullità (art. 1978), e deve essere *trascritto* se ha per oggetto immobili o mobili registrati (art. 2649).

Esso produce *effetti limitati ai soggetti che vi partecipano*.

Il debitore cedente conserva il diritto di vigilare la gestione e di avere un rendiconto finale.

8. I MEZZI DI CONSERVAZIONE DELLA GARANZIA PATRIMONIALE

Il patrimonio del debitore funge da garanzia generica alla sua pretesa: il creditore, pertanto, ha tutto l'interesse a che il patrimonio del debitore non subisca diminuzioni che pregiudichino la solvibilità del debitore.

A tale scopo la legge appresta, in favore del creditore, *mezzi diretti a conservare la garanzia patrimoniale*.

A) L'azione surrogatoria (art. 2900)

L'azione surrogatoria consente al creditore di **sostituirsi** al debitore inerte nella gestione dei suoi beni, esercitando i diritti o le azioni a lui spettanti verso i terzi (*utendo iuribus*).

L'istituto ha natura cautelare ed è uno strumento diretto ad assicurare la futura realizzazione del diritto.

Presupposto dell'azione è che il debitore *trascuri i suoi interessi* patrimoniali (per negligenza o per dolo), arrecando così un **pregiudizio** al creditore nel senso di mettere in pericolo il suo soddisfacimento.

Oggetto dell'azione è la *sostituzione* del creditore in *singoli atti* a diretto vantaggio del debitore.

La sostituzione del creditore è consentita solo per l'esercizio di **diritti patrimoniali**, esclusi quelli che devono essere esercitati necessariamente dal titolare (es.: *credito alimentare*).

Differenze

Dei risultati della **azione surrogatoria** potranno giovare, a differenza di quanto avviene in tema di **revocatoria**, anche altri eventuali creditori del debitore inerte, pur non avendo costoro esercitato l'azione surrogatoria, grazie all'attivo recuperato al patrimonio del debitore.

B) L'azione revocatoria (o pauliana) (artt. 2901-2904)

È l'azione concessa al creditore a salvaguardia dell'integrità del patrimonio del debitore, nel presupposto che quest'ultimo compia atti con i quali si *spogli dei propri beni*, sottraendosi, così, all'espropriazione del creditore.

Presupposti dell'azione *revocatoria* sono:

- a) un **atto di disposizione** *inter vivos*, tale da incidere *attualmente o in futuro* sul patrimonio del debitore;
- b) «**eventus damni**»: la *diminuzione* o il pericolo di diminuzione del *patrimonio* del debitore, che si risolve nel pregiudizio delle ragioni del creditore;
- c) **frode** («*consilium fraudis*»): la consapevolezza del debitore di arrecare, con il proprio atto, un pregiudizio al creditore.

Se l'atto di disposizione è a titolo *oneroso* occorrerà dimostrare anche la «*participatio fraudis*» del terzo, ossia la consapevolezza anche da parte del terzo del pregiudizio arrecato al creditore.

L'azione *revocatoria*, se è accolta dal giudice, *non invalida* l'atto compiuto dal debitore, *ma* lo rende *inefficace* soltanto nei confronti del creditore che ha promosso l'azione.

Si parla al riguardo di «**inefficacia relativa**», perché il bene non rientra a far parte del patrimonio del debitore, ma l'alienazione è considerata priva di effetto solo nei confronti del creditore che ha esercitato l'azione: solo tale creditore, infatti (e non anche gli altri), può promuovere le azioni conservative ed esecutive sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato (art. 2902).

Il termine di prescrizione dell'azione revocatoria è di *cinque anni* dalla data dell'atto.

C) Il sequestro conservativo (artt. 2905-2906)

Il sequestro conservativo ha lo scopo di impedire la disposizione del bene da parte del debitore (art. 2905).

È una **misura cautelare**, preventiva (che il creditore può chiedere quando ha fondato motivo di temere la perdita delle garanzie per il proprio credito) che si attua nelle stesse forme del pignoramento; è diverso però il *titolo* (il sequestrante non acquista ragioni preferenziali sul bene) e lo *scopo* (misura cautelare generica).

D) Il diritto di ritenzione

Il diritto di ritenzione rientra tra quelle forme di autotutela consentite dall'ordinamento quali mezzi indiretti per influire sul debitore al fine di ottenere l'adempimento.

In particolare esso consiste nel diritto del creditore di rifiutare la consegna di una cosa da lui detenuta e di proprietà del debitore fin quando quest'ultimo non adempia la sua obbligazione.

Il diritto di ritenzione è previsto nei soli casi espressamente previsti dalla legge (artt. 748, 1502, 1606 etc.).

M

Mandato [CONTRATTO DI] artt. 1703 ss. c.c.

Con il contratto di (—) una parte (*mandatario*) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra parte (*mandante*).

È un contratto *consensuale, bilaterale, ad effetti obbligatori, di natura personale*; può essere a *titolo gratuito*, ma nel silenzio delle parti si presume *oneroso*.

Differenze

Il **mandato** va distinto dalla **procura** [vedi →] che pure è presente nel (—) con rappresentanza. Il primo infatti, è un *contratto* mediante il quale il mandante attribuisce il potere ed il mandatario assume l'obbligo di compiere atti giuridici; la procura, invece, è un *atto unilaterale* che conferisce, con efficacia verso terzi, il potere di agire, in nome e per conto del *dominus negotii*.

Mandato di credito artt. 1958, 1959 c.c.

Il (—) (*mandatum de pecunia credenda*) è il contratto con cui un soggetto (A) si obbliga verso un altro (B) a *far credito* ad un terzo (C): il soggetto (B) che ha richiesto all'altro (A) di far credito risponde come *fideiussore* [vedi → *Fideiussione*] di un *debito futuro* (quello che sarà assunto da C).

Nonostante il nome, questo contratto non deve essere confuso con il **mandato** [vedi →], in quanto il *mandatario*, nella stipula del negozio di concessione del credito, agisce in nome e per conto proprio, non in nome o per conto del *mandante*.

Mantenimento diretto artt. 155quinquies

c.c., L. 8-2-2006, n. 54

In seguito all'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto dell'*affidamento condiviso* [vedi →] (L. 54/2006), la potestà genitoriale sarà esercitata, per le questioni più importanti, da entrambi i genitori (cd. *Potestà bigenitoriale*). Il (—) è la logica conseguenza di questa nuova forma di affidamento: i genitori saranno chiamati entrambi a contribuire *direttamente* al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito. L'assegno di mantenimento viene così ad assumere un ruolo secondario, finalizzato al rispetto del principio di proporzionalità, che dovrà basarsi sulle esigenze dei figli, il tenore di vita da loro goduto in costanza di

matrimonio, i tempi di permanenza presso ciascun genitore, le risorse economiche di entrambi i genitori, il costo economico dei compiti domestici e di cura che sono stati presi in carico da ciascun genitore.

Manutenzione [AZIONE DI] art. 1170 c.c.

È diretta a tutelare i *possessori* (non i detentori) contro le molestie o le turbative, di fatto o di diritto, che altri arrechino al bene o al diritto reale sul medesimo; essa è altresì concessa contro lo spoglio non violento o non clandestino (cd. *spoglio semplice*).

Matrimonio artt. 29-30 Cost.; artt. 79-148 c.c.;

L. 1-12-1970, n. 898; L. 19-5-1975, n. 151; artt. 26 ss. L. 31-5-1995, n. 218

È, secondo l'ordinamento giuridico vigente, l'*atto* che ha per *effetto* la *costituzione* dello *stato coniugale* e per *causa* la *comunione di vita spirituale e materiale* tra i coniugi.

Il (—) è un *negozio giuridico* bilaterale che si perfeziona con il consenso dei nubendi, da cui sorge un rapporto di natura *prevalentemente* personale.

I **requisiti** per contrarre (—) sono:

- il raggiungimento dell'*età minima*, che è di 18 anni, sia per l'uomo che per la donna; tuttavia, con *decreto del Tribunale per i minorenni* tale età può essere abbassata a 16 anni compiuti, solo per *gravi motivi* ed a condizione che il giudice abbia accertato la maturità psichica e fisica del minore;
- *la capacità di intendere e di volere*, per cui l'interdetto giudiziale non può contrarre (—). Può inoltre essere impugnato il (—) contratto da colui che, pur non essendo interdetto, si provi essere stato, per qualunque causa, incapace d'intendere o di volere al momento della celebrazione di esso;
- *la mancanza di un vincolo matrimoniale precedente* (cd. *libertà di status*), salvo che il precedente (—) sia stato sciolto, sia nullo o sia stato annullato;
- *la mancanza di determinati vincoli di parentela o affinità* tra gli sposi;
- *la mancanza del cd. impedimentum criminis*: è vietato, cioè, il (—) tra chi è stato condannato per omicidio consumato o tentato ed il coniuge della persona offesa dal delitto;
- *il decorso del tempo* che va sotto il nome di *lutto vedovile* [vedi →]: la donna che vuol passare a nuove nozze non può farlo se non siano trascorsi almeno *trecento giorni* (*tem-*

pus lugendi) dall'annullamento, scioglimento, o cessazione degli effetti civili del precedente (—). Tale divieto tende ad impedire la cd. *commixtio sanguinis* [vedi →] cioè la possibilità che nascano figli generati nel primo (—) dopo le successive nozze.

I più importanti **Doveri dei coniugi** sono:

- *la coabitazione*;
- *la fedeltà*, obbligo la cui inosservanza è priva di ogni rilevanza penale, potendo essere presa in considerazione solo nella causa di separazione dei coniugi;
- *l'assistenza, morale e materiale*;
- *la contribuzione ai bisogni della famiglia*, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro.

• **Invalidità del (—)** artt. 117-129bis c.c.

Si realizza allorché manchino i *requisiti* richiesti dalla legge per il (—) oppure questo sia inficiato da altri specifici vizi.

Problematica in materia è la distinzione tra *nullità* ed *annullabilità*, anche perché il legislatore usa il termine nullità anche per casi in cui, invece, il (—) è solo annullabile, in quanto l'impugnativa è concessa soltanto ad alcuni soggetti (es.: artt. 126 e 139 c.c.).

In alcuni casi, poi, l'inosservanza di un requisito richiesto dalla legge non determina l'invalidità del (—), ma solo la sua **irregolarità**. Ciò avviene nei casi di:

- inosservanza del divieto di nozze prima che sia trascorso il periodo di *lutto vedovile* (art. 89 c.c.);
- violazione delle norme sulla *pubblicazione del (—)* (artt. 93-101 c.c.);
- *altre violazioni* di legge (artt. 134 e ss. c.c.).

Il (—) è, infine, *inesistente* quando nella fattispecie manchi anche quel minimo di elementi necessari perché si possa identificare in essa un (—). Ciò avviene, ad esempio, quando:

- *manca la celebrazione*;
- *manca il consenso degli sposi*.

Matrimonio putativo artt. 128 ss. c.c.

Di regola l'*annullamento del matrimonio* [vedi → *Matrimonio*] ha *effetto retroattivo*. In caso di annullamento, pertanto, i coniugi riacquistano *ex tunc* il loro stato di libertà. La legge, però, non può ignorare il fatto che il matrimonio abbia creato di fatto una comunità familiare, né può disinteressarsi della posizione giuridica dei figli nati dall'unione invalida. È per questo che essa considera valido il matrimonio in taluni casi per

i quali si parla, appunto, di (—) (cioè matrimonio che i coniugi reputavano valido).

Miglioramenti artt. 535, 748, 975, 985, 1150, 1502, 1592, 2040, 2152, 2756, 2811, 2864 c.c.

Attività diretta ad aumentare l'utilità ed il valore della cosa, compiuta da chi la detiene o possiede senza esserne il proprietario.

Essi determinano il sorgere di un'*obbligazione* [vedi →] in capo al proprietario avente ad oggetto un indennizzo a favore dell'autore.

L'entità dell'indennizzo è diversamente disciplinata nelle varie ipotesi di (—).

Modus (o Onere) artt. 647, 648, 671, 793, 794 c.c.

Il (—) è, insieme alla *condizione* ed al *termine*, un elemento accidentale del negozio giuridico, potendo essere indifferentemente apposto o meno al negozio.

È un *elemento accessorio* dei *negozi gratuiti* (testamento, donazione) e costituisce un *peso* imposto ai destinatari di essi. Es.: ti dono un immobile con l'obbligo di costruire un ospedale. In caso di inadempimento del (—), è esperibile l'azione di risoluzione.

Si ricordi che il (—), se **illecito o impossibile**, si considera non apposto, salvo che costituisca il solo motivo determinante del lascito, nel qual caso rende nullo l'intero atto.

Mora del creditore artt. 1206-1217 c.c.

Si ha (—) (o *mora credendi*) quando il creditore *rifiuti, senza legittimo motivo, di ricevere il pagamento* offertogli dal debitore, ovvero *ometta di compiere gli atti preparatori* per il ricevimento della prestazione (es.: mettere a disposizione dei locali per ricevere la merce).

Per ottenere la **costituzione in mora** del creditore, il debitore deve fare *offerta di adempiere* la prestazione al creditore, *in modo solenne*, cioè per mezzo di un *pubblico ufficiale* nei modi di legge.

La (—) produce i seguenti **effetti**:

- il *rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione* [vedi → *Impossibilità della prestazione*] resta a *carico del creditore*;
- il debitore deve essere *risarcito dei danni* derivanti dalla (—), nonché *rimborsato* dalle *spese sostenute* per la *custodia* e la *conservazione della cosa dovuta*;
- il debitore non è più tenuto a corrispondere gli *interessi* e i *frutti* della cosa, che non siano stati da lui percepiti.

La (—) *non estingue l'obbligazione*, con la conseguenza che il debitore, per ottenere la *liberazione* da essa, dovrà procedere al deposito della *res debita* nella forma di cui all'art. 1212 c.c., con la successiva *accettazione del creditore* o la *convalida giudiziale*.

Mora del debitore artt. 1218-1221 c.c.

La (—) (o *solvendi*) consiste in un *ritardo ingiustificato del debitore nell'adempiere*.

Perché si abbia (—) devono verificarsi i seguenti **presupposti**:

- *esigibilità del credito*, nel senso che deve essere scaduto il termine di adempimento dell'obbligazione o quello iniziale di efficacia del negozio, o essersi avverata la condizione sospensiva;
- *ritardo nell'adempimento*, imputabile al debitore.

Si ricordi che il debitore può essere costituito in (—) in *due modi diversi*. Si ha, infatti:

- **mora ex re**, nei casi in cui il debitore è in mora senza bisogno di alcuna attività del creditore, e cioè quando:
 - a) il debito deriva da *fatto illecito*;
 - b) il debitore ha dichiarato per *iscritto* di non voler eseguire l'obbligazione;
 - c) è scaduto il *termine* per l'adempimento, e la prestazione doveva essere eseguita al domicilio del creditore.
- **mora ex persona**, nei casi in cui è richiesta un'*intimazione formale ad adempiere* (per mezzo dell'ufficiale giudiziario o più semplicemente per iscritto senza bisogno di formule sacramentali), e cioè quando:
 - il debito è pagabile presso il debitore;
 - manchi il termine per l'adempimento ed il creditore non l'abbia fatto fissare dal giudice.

Motivo artt. 624-626, 787, 788, 1345 c.c.

Scopo individuale che determina le parti a compiere il negozio: tale carattere differenzia il (—) dalla *causa*, definita come la *funzione economico-sociale* che il negozio è *obiettivamente* capace di raggiungere; esso è normalmente irrilevante, tranne che in alcuni casi espressamente previsti dalla legge:

- l'art. 1345 c.c. sancisce la *illiceità* del contratto e, quindi, la sua *nullità* quando le parti si siano determinate a concluderlo esclusivamente per un (—) **illecito comune** ad *entrambe*;
- gli artt. 624, c. 2 e 787 c.c. sanciscono l'*annullabilità*, rispettivamente del *testamento* e

della *donazione*, se essi siano effetto di *errore* sul (—), questo risulti dall'atto e sia stato **il solo** ad averlo determinato;

- gli artt. 788 e 626 c.c. sanciscono rispettivamente la *nullità della donazione* e della *disposizione testamentaria per illiceità* del (—) quando esso risulta dall'atto ed è **l'unico** ad aver determinato il donante o il testatore.

Mutuo [CONTRATTO DI] artt. 1813 ss. c.c.

Nel contratto di (—) una parte (mutuante) consegna all'altra (mutuatario) una determinata *quantità di denaro* o di altre *cose fungibili*, e l'altra si obbliga a *restituire altrettante cose della stessa specie e qualità (tandundem eiusdem generis et qualitatis)*.

Il contratto di (—) ha quindi l'effetto di trasferire la proprietà della cosa al mutuatario (si configura cioè il cd. *prestito di consumazione*), ed è perciò un *contratto traslativo*; inoltre è un *contratto reale* (il semplice comune consenso non è sufficiente a perfezionarlo, ma occorre la materiale consegna del bene) e, qualora abbia ad oggetto una somma di denaro, *oneroso*, ossia (—) cd. *feneratizio*, da cui nasce per il mutuatario l'obbligo di pagare gli interessi sulla somma ricevuta.

Mutuo dissenso (o consenso) art. 1372 c.c.

Il contratto può essere sciolto solo per le cause ammesse dalla legge o per (—). Quest'ultimo si sostanzia in una *convenzione risolutoria* con la quale le parti estinguono un precedente vincolo contrattuale che non abbia ancora prodotto effetti traslativi.

N

Negatoria [AZIONE] art. 949 c.c.

È l'azione *con cui il titolare di un diritto di proprietà tende a far dichiarare l'inesistenza dei diritti affermati da altri sul bene* oggetto del proprio diritto, quando ha motivo di *temerne pregiudizio*, o a *far cessare le turbative o le molestie* che altri arrechi al medesimo.

Presupposto dell'(—) è, pertanto, l'affermazione, da parte di un terzo, di un *diritto reale limitato* sul bene (es.: una *servitù*, o un diritto di *usufrutto*), eventualmente accompagnata da *molestie o turbative di fatto*.

In base al principio di cui all'art. 832 c.c., per cui la proprietà si presume libera da pesi, nell'azione (—) l'onere della prova *incombe sul convenuto*, che deve dimostrare l'esistenza di quei diritti che egli afferma di vantare.

Negozio fiduciario

Ricorre quando un soggetto (il fiduciante) trasferisce un diritto ad un altro soggetto (fiduciario) con l'obbligo per quest'ultimo di esercitarlo per il soddisfacimento di determinati interessi del trasferente o di un terzo o comuni a lui ed al trasferente od al terzo.

Caratteristica peculiare del negozio fiduciario è l'*eccedenza della forma giuridica prescelta rispetto allo scopo perseguito*: ad esempio, si compie un atto di alienazione, ma in realtà si vuole far godere ad altri un beneficio (*fiducia cum amico*), o prestare una garanzia reale (*fiducia cum creditore*) [vedi → *Negozio indiretto*]. Il codice non disciplina la figura del negozio fiduciario, tuttavia si ritiene ammissibile la categoria in base al generale principio dell'autonomia negoziale, in particolare, si ritiene che il negozio fiduciario si strutturi come un negozio tipico, cui è apposto un *patto (pactum fiduciae) avente natura obbligatoria*, che limita gli effetti di questo.

Negozio di fondazione

Negozio unilaterale che non ha contenuto patrimoniale. Ha come contenuto la volontà del fondatore a che sorga la fondazione, può essere racchiuso sia in un atto (pubblico) tra vivi che in un testamento.

Negozio in frode alla legge art. 1344 c.c.

È quel contratto diretto ad eludere l'applicazione di una norma imperativa pur nel rispetto formale della legge.

In tali contratti, cioè, lo strumento prescelto è in sé lecito, ma serve ad *eludere l'applicazione di una norma imperativa* (art. 1344 c.c.). Esempio: si licenzia e si riassume più volte con un contratto a tempo determinato un lavoratore per impedire la nascita di un contratto di lavoro a tempo indeterminato; si stipula una vendita con patto di riscatto per nascondere un *patto commissorio* [vedi →].

Per siffatti negozi la legge sancisce la nullità e la ripetibilità della prestazione [vedi → *Indebito (Pagamento dell')*], salvo che il negozio sia *immorale*, ex art. 2035 c.c.

Differenze

Il **negozio in frode alla legge** si distingue dal:

- **negozio indiretto** [vedi →] e *negozio fiduciario* [vedi →], con i quali non sempre si perseguono finalità fraudolente, anche se spesso vengono utilizzati a tale scopo;
- **negozio simulato** [vedi → *Simulazione*], che è sostanzialmente non voluto, perché nel (—) gli effetti negoziali sono invece voluti, sebbene siano accompagnati ad una finalità anti-giuridica. Si può avere tuttavia anche una simulazione fraudolenta, cioè posta in essere per eludere norme imperative: in tal caso si avrà nullità sia del negozio simulato che di quello dissimulato;
- **negozio contrario alla legge**, attraverso il quale si mira *direttamente* a raggiungere un risultato vietato, in quanto con il (—) le parti intendono eludere la norma per ottenere *in via indiretta* un risultato equivalente a quello vietato;
- **negozio in frode ai creditori** che mira specificamente a danneggiare i creditori sottraendo ad essi la garanzia patrimoniale. Per esso la legge predispone il rimedio specifico dell'*azione revocatoria* [vedi → *Revocatoria (Azione)*].

Negozio giuridico

È (—) ogni atto giuridico consistente in una *manifestazione di volontà diretta alla produzione di effetti giuridici riconosciuti e garantiti dall'ordinamento*.

Relativamente al (—) si operano diverse classificazioni.

Negozio indiretto

Ipotesi di *manipolazione funzionale* dell'atto di autonomia privata, realizzata attraverso l'utilizzazione di un tipo negoziale per il conseguimento di *scopi ulteriori o diversi* da quelli tipicamente scaturenti dall'atto (es.: mediante la combinazione con altri negozi, ovvero l'apposizione di clausole).

Differenze

Il **negozio indiretto** si distingue dal **negozio simulato** [vedi → *Simulazione*] in quanto le parti *vogliono realmente* gli effetti giuridici del negozio, strumentali rispetto al fine perseguito.