TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

III e IV settimana CIVILE
Seconda parte



TRACCE

I Compitino (o tema): Il possesso e la detenzione mediata nel contratto di locazione (35 righe al massimo)

II Compitino (o tema) : L'interversione del possesso (35 righe al massimo)

III Compitino (o tema): L'illecito concorrenziale nella contraffazione del Marchio. Criteri di risarcibilità (50 righe al massimo)

IV Compitino (o tema) : la divisione ordinaria e quella ereditaria. (50 righe al massimo)

V Tema: La vendita di cosa futura (e il relativo preliminare)

Sommario Generale

1.I diritti reali (p.1) . 2 Proprietà, possesso, detenzione (p.6). 3. Le azioni possessorie (p.9) 4. Modi di acquisto di proprietà (p.20). 5. L'acquisto a non domino (p. 28). 6. La doppia alienazione di quote societarie (p. 31) . 7. L'usucapione p. 33. 8. La Multiproprietà (p. 37) 9. La proprietà industriale e intellettuale (p. 46). 10. Il Marchio (p. 47). 11. La tutela penalistica del marchio (p.51). 12. La tutela civilistica del marchio (p.51). 13. Il Brevetto (p. 145) 14. La tutela civilistica della propietà industriale (p. 15). I diritti reali su cosa altrui (p.153).16. Superficie ed usufrutto (p.160). 17. L'enfiteusi 18. Le servitù prediali (p.168). 19. La comunione (p. 173). 20. La comunione e divisione ereditaria (p.189). 21. Il contratto prelimninare di compravendita (p.210). 22. La vendita di cosa futura (p. 214). 23. La trascrizione del contratto preliminare e la tutela dell'acquirente di immobili da costruire (p.132). 24. L'azione ex art. 2932 c.c. 25. Vendita di un bene con patto di riscatto (p.297) 26. Il comodato (p.308). 27. Il contratto di deposito e i depositi bancari (p.323). 28. Il contratto di mutuo p.328. 29. Il mutuo bancario (p.333). 30. La permuta (p.341).

Diritti reali

I diritti reali sono diritti che hanno ad oggetto una cosa e la seguono indipendentemente dal suo proprietario.

Caratteristiche dei diritti reali sono:

- **l'assolutezza, cioè possono essere fatti valere erga omnes, cioè davanti a tutti e non solo davanti all'alienante, l'immediatezza del potere sulla cosa, la tipicità, cioè sono stabiliti dalla legge, e la patrimonialità, perché il contenuto è prevalentemente economico.**
- **Nel nostro sistema giuridico sono a numero chiuso, e tra di essi spicca il diritto di proprietà, che rappresenta il diritto reale fondamentale, affiancato dai cosiddetti "diritti reali minori" (o "diritti reali su cosa altrui" o "diritti reali limitati"), che a loro volta si distinguono in:**

– Diritti reali di godimento che sono:

l'enfiteusi, il diritto di superficie, l'usufrutto, il diritto reale d'uso, il diritto reale di abitazione, le servitù (o servitù prediali);

-Diritti reali di garanzia che sono:

il pegno e l'ipoteca.

Ogni diritto reale consiste di uno o più poteri che il suo titolare può esercitare sul bene oggetto del diritto e che, nel loro insieme, formano il cosiddetto contenuto del diritto.

La proprietà è il diritto reale che consente la più ampia sfera di poteri che un soggetto possa esercitare su un bene, e a norma dell'articolo 832 del codice civile è' "il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e nei modi che la legge prevede".

Tra i limiti previsti dalla legge vi rientrano proprio gli altri diritti reali (cosiddetti minori, parziali, limitati) che possono comprimere solo essi, dato il numerus clausus degli stessi secondo l'insegnamento tradizionale, il diritto di proprietà.

Il diritto reale assoluto pieno di proprietà è tutelato dalla azione di rivendicazione (ex art. 948 c.c.) e da quella negatoria (ex art. 949 c.c.).

La proprietà inoltre, anche se imprescrittibile, è soggetta a usucapione.

Si può parlare di nuda proprietà solo in caso di usufrutto, che costituisce il diritto reale limitato più penetrante e compressivo delle facoltà proprietarie.

Con il diritto di proprietà possono coesistere, sulla stessa cosa, altri diritti, che appartengono a soggetti diversi dal proprietario e che assumono tradizionalmente il nome di diritti reali minori (iura in re aliena).

Rispetto alla proprietà gli altri diritti reali si presentano come diritti limitati o parziali, caratterizzati da un limitato contenuto che in alcuni casi si esaurisce in una sola facoltà.

Sono inoltre diritti su cosa altrui, perché si esercitano su cose delle quali un altro soggetto è proprietario, coesistono, sulla cosa, con l'altrui diritto di proprietà, il quale contenuto si viene a ridurre per permettere che la stessa cosa formi oggetto di altri diritti reali.

Possono coesistere su una stessa cosa più diritti reali e ciascuno di essi ha un proprio contenuto, diverso dal contenuto degli altri, possono essere a tempo o perpetui.

La natura di questi diritti come diritti reali si manifesta nel fatto che essi hanno ad oggetto la cosa e permangono, perché diritti sulla cosa, nonostante il mutamento della persona del proprietario.

Si usa dire che il diritto reale su cosa altrui ha diritto di seguito (o diritto di sequela), è un diritto sulla cosa opponibile a tutti i successivi proprietari, salvo che non abbiano acquistato la cosa a titolo originario usucapio libertatis.

Quando il diritto è costituito su un bene immobile, la sua opponibilità ai terzi acquirenti è subordinata all'avvenuta trascrizione nei registri immobiliari, il diritto non trascritto sarà tuttavia opponibile al terzo acquirente se menzionato nell'atto di trasferimento del bene, oggetto del trasferimento è in questo caso un bene gravato dal diritto reale altrui.

I diritti reali su cosa altrui godono, come la proprietà, di una difesa in giudizio assoluta, il titolare li può difendere da sé, attraverso l'azione confessoria contro chiunque ne contesti l'esercizio.

I diritti reali sono inoltre suscettibili di possesso e godono, in questo modo, di una protezione che non ha confronto con quella dei diritti personali di godimento, sono protetti non solo come diritti, ma anche come potere di fatto sulla cosa, difeso con le azioni possessorie e l'esercizio del potere di fatto sulla cosa consente l'acquisto del diritto per usucapione.

Quando un diritto reale sullo stesso bene spetta a più persone, si parla di comunione.

Inoltre i diritti reali limitati di godimento vanno distinti dai diritti personali di godimento (come il diritto del conduttore nella locazione o del comodatario nel contratto di comodato) che attribuiscono solo la detenzione della res e non il possesso della stessa, con una conseguente assenza delle azioni confessorie e non trascrivibilità dei titoli in virtù dei quali si gode del bene (esclusa la locazione ultranovennale)

L'azione di rivendica e di restituzione secondo la giurisprudenza di legittimità

Nota a sentenza Cass. Sez. Un. 28 marzo 2014

on una recente pronuncia Cass. sez. un. 28 marzo 2014, Rel. Bucciante, ha preso posizione con riguardo a due importanti questioni in materia di azione di rivendica ed azione di restituzione, relativamente alle quali si sono nel corso degli anni delineati, all'interno della giurisprudenza di legittimità, orientamenti contrastanti.

Come noto, azione di rivendica ed azione di restituzione, pur tendendo allo stesso risultato pratico rappresentato dal recupero della disponibilità materiale del bene, si distinguono, essenzialmente, sotto il profilo della causa petendi, in quanto la prima azione, che ha natura reale, presuppone il diritto di proprietà del bene in capo all'attore, mentre la seconda azione si fonda su una pretesa di carattere personale, in capo a colui che agisce, avente ad oggetto la restituzione della res.

Da tale diversità strutturale discendono, poi, come altrettanto risaputo, rilevanti differenze di disciplina, in ispecie sotto il profilo probatorio, poiché mentre nell'azione di rivendica l'attore è gravato dalla probatio diabolica relativa alla titolarità del diritto di proprietà, colui che agisce in restituzione può, invece, limitarsi a dimostrare l'avvenuta consegna del bene al convenuto sulla base di un titolo invalido o successivamente venuto meno (sui rapporti fra azione di rivendica ed azione di restituzione, v., in dottrina, S. Ferreri, Azioni petitorie, in Dig. disc. priv., sez. civ., II, Torino, 1988, 50 s.; A. Gambaro, La proprietà, in Trattato Cicu-Messineo, VIII, 2, Milano 1995, 874 ss.; A. Cicia, Sull'azione di rivendicazione e di restituzione, in Riv. giur. edilizia, 2005, 1147 ss.).

Tanto premesso, la prima questione affrontata dalla Cassazione nella pronuncia in esame ha riguardato la possibilità che le difese di carattere petitorio opposte dal convenuto rispetto ad un'azione di rilascio o consegna (acquisto per usucapione) trasformino in reale la domanda che sia stata proposta e mantenuta ferma dall'attore come personale.

A tale proposito, la S.C., dopo avere brevemente ricordato i due contrapposti orientamenti formatisi al riguardo, ha ritenuto di dovere seguire l'indirizzo – che sembra attualmente prevalere – secondo il quale le difese con cui il convenuto contesti la titolarità del bene in capo all'attore non sarebbero, di per sé sole, idonee a trasformare l'originaria azione personale di restituzione in azione di rivendica.

Un simile orientamento, infatti, non soltanto si rivela coerente con il principio dispositivo e con quello di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, i quali riservano alle parti la formulazione delle loro richieste, vietando al giudice di pronunciare al di fuori od oltre i limiti delle domande come effettivamente proposte, ma appare, altresì, in grado di evitare che l'attore venga gravato di un onere probatorio ben più pesante di quello cui il medesimo sarebbe tenuto alla stregua della domanda originariamente formulata (e, nel senso per cui lo «stravolgimento»

della posizione processuale dell'attore, che altrimenti ne deriverebbe, comporterebbe una evidente violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito, v., in particolare, Cass., 26 febbraio 2007, n. 4416).

Quanto statuito dai Giudici Supremi dovrebbe, peraltro, intendersi naturalmente lasciare ferma la possibilità, per l'attore stesso, di proporre l'azione di rivendica e quella di restituzione in via alternativa o subordinata, in quanto entrambe dirette alla medesima finalità di recupero della res, nonché eventualmente di modificare la domanda proposta in relazione alle difese del convenuto, nel rispetto delle preclusioni contemplate dal codice di rito (cfr., in proposito, F. Bottoni, Tutela della proprietà, cumulo di rimedi e tramonto dell'occupazione appropriativa, in Nuova giur. civ. comm., 2013, I, 736 s., e giurisprudenza ivi citata).

La S.C. ha, inoltre, precisato, nella pronuncia de qua, come rimanga comunque salvo il potere del giudice di qualificare esattamente la domanda attorea, anche in difformità da come prospettato dalla parte, ma avendo pur sempre riguardo alle vicende allegate dall'attore e alle richieste dal medesimo formulate (sul potere di qualificazione della domanda attorea ad opera del giudice nello specifico ambito di cui si tratta, cfr. G. Frus, L'azione di rilascio dell'immobile detenuto sine titulo, tra difficoltà di qualificazione da parte del giudice di merito, e dubbi sulla sindacabilità di tale qualificazione in sede di legittimità, in Giur. it., 2002, 735 ss.).

Ed è proprio un problema di esatta qualificazione della domanda quello sotteso alla seconda questione esaminata dai Giudici Supremi nella sentenza in parola, i quali si sono pronunciati, appunto, sulla esatta qualificazione della domanda di consegna o rilascio di un bene proposta nei confronti di colui che non adduca titolo alcuno a fondamento della disponibilità materiale del bene medesimo.

A tale riguardo, la S.C., dopo avere ricordato come, in base a numerose pronunce di legittimità, l'azione personale di restituzione potrebbe essere esperita, oltre che nelle ipotesi di invalidità o sopravvenuta inefficacia del titolo giustificativo della disponibilità materiale della cosa da parte del convenuto, altresì nel caso di mancanza assoluta ed originaria di qualsiasi titolo, ha ritenuto di dovere seguire il diverso orientamento – peraltro minoritario – secondo cui, nella situazione da ultimo prospettata, l'azione andrebbe, in realtà, qualificata come rei vindicatio.

A sostegno di siffatta qualificazione, i Giudici Supremi hanno evidenziato come l'azione personale di restituzione appaia propriamente diretta ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione di ritrasferire una cosa che era stata in precedenza consegnata dall'attore al convenuto, in virtù di negozi (quali, ad es., la locazione, il comodato, il deposito, etc.) che non presuppongono necessariamente nel tradens la qualità di proprietario, e come a volere, viceversa, reputare che la medesima azione sia esercitabile anche per ottenere la condanna alla consegna o al rilascio del bene nei confronti del mero detentore sine titulo, ne conseguirebbe la «sostanziale vanificazione» della

stessa azione di rivendica, con elusione del relativo rigoroso onere probatorio, il cui ambito di applicazione finirebbe per rimanere «praticamente azzerato».

Una simile delimitazione dell'ambito di operatività delle due azioni, rispettivamente, di rivendica e di restituzione appare sostanzialmente condivisa pure in dottrina, ove si è osservato come, al di fuori della configurabilità, in presenza dei relativi presupposti, di un'azione risarcitoria in forma specifica ex art. 2058 c.c. (sulla quale, v. C.M. Bianca, Diritto civile, 6, La proprietà, Milano, 1999, 412), «accordare un'azione di carattere personale all'attore che si limiti ad allegare il proprio diritto di proprietà e l'altrui occupazione sine titulo finirebbe per creare un'azione ibrida che obbligherebbe il convenuto al rilascio del bene sulla base della tutela di un diritto di proprietà che, paradossalmente, non ne richiederebbe la prova» (così F. Bottoni, Tutela della proprietà, cumulo di rimedi e tramonto dell'occupazione appropriativa, cit., 737; in senso critico rispetto all'indirizzo seguito sul punto dalla S.C. con la sentenza in esame, appare, peraltro, orientato A. di Biase, Occupazione abusiva di immobili e tutela giurisdizionale del proprietario: tra azioni reali ed azioni personali, in Giust. civ., 2012, 311 ss.).

Proprietà, possesso e detenzione

Di Marco Fazio

I concetti di proprietà, possesso e detenzione sono utilizzati spesso con troppa disinvoltura. Questo breve approfondimento vuole proporsi, da una parte, come uno strumento, utile per il cittadino, ai fini della distinzione giuridica che connota le tre situazioni ed inoltre, dall'altra, è rivolto agli studiosi del diritto, universitari ma anche e soprattutto giovani laureati, come un incentivo verso l'approfondimento di nozioni che si reputano scontate, quando invece lo sono solamente in apparenza.

Secondo il modestissimo parere di chi scrive è proprio la curiosità rispetto ai concetti più elementari, base del nostro ordinamento, che permetterà l'upgrade ad un livello di conoscenza più maturo e consapevole.

Venendo ora al tema di questa sintetica trattazione, occorre, in primo luogo, concentrarsi su un'importante verità e cioè che la proprietà rappresenti uno stato di diritto, mentre il possesso e la detenzione siano due stati di fatto.

Il nostro Codice Civile, infatti, all'art. 832 contempla espressamente la proprietà come il diritto, principe tra quelli reali, che attribuisce al suo titolare una signoria piena ed esclusiva sul bene che ne è oggetto. La proprietà è quindi un vero e proprio diritto soggettivo, che permette al suo titolare di esercitare una posizione giuridicamente di vantaggio rispetto alla generalità dei consociati. Questo è fortemente in linea con la caratteristica dei diritti reali come assoluti, rispetto ai quali il soggetto passivo del rapporto giuridico si troverà in una situazione di dovere e non di obbligo, come colui sul quale gravi un'obbligazione.

Il diritto di proprietà non solo è riconosciuto come tale dalla Legge Civile, ma è ancor prima tutelato dalla Costituzione all'art. 42, laddove, al II comma, si dice che: "La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti".

L'importanza della proprietà, quale diritto fondamentale per la società, è desumibile dalla previsione di cui all'art. 948 C.C., III terzo comma, in base al quale l'azione di rivendicazione è imprescrittibile: se ne deduce che lo stesso diritto non può essere soggetto a prescrizione, in quanto la piena disponibilità del bene in termini di gestione e godimento si può manifestare legittimamente anche attraverso il non uso.

Una volta chiarita la natura giuridica della proprietà, è bene chiarire che cosa siano in concreto il possesso e la detenzione e, in questo senso, l'art. 1140 del Codice Civile è fondamentale per avviare la discussione: "il possesso è il potere di fatto sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa".

Possesso e detenzione sono concordemente definiti dalla dottrina come stati di fatto giuridicamente tutelati, in quanto, anche se non integranti la fattispecie del diritto soggettivo, questo non vuol dire che non siano produttivi di effetti e protetti dall'ordinamento. In particolare, la tutela delle situazioni possessorie è offerta dall'azione di spoglio o di reintegrazione, dall'azione di manutenzione e dalle denunce di nuova opera e di danno temuto (le cosiddette azioni nunciative).

Per citare un effetto importante, invece, è noto come il possesso prolungato nel tempo costituisca valido titolo per l'acquisto del diritto di proprietà: si parla propriamente di usucapione o di prescrizione acquisitiva.

Perché si possa discutere di possesso, piuttosto che di detenzione, è necessaria la presenza di due requisiti, uno oggettivo e un altro soggettivo: il primo altro non è che l'oggetto materiale, il corpus, sul quale viene esercitata la situazione possessoria; il secondo requisito, invece è rappresentato da ciò che i latini chiamavano animus, cioè l'intenzione con la quale la cosa viene tenuta.

Ora, ai fini della distinzione, mentre l'elemento oggettivo resta sostanzialmente invariato, ciò che muta è l'elemento soggettivo. Il possessore è colui che tiene la cosa presso di sé come se ne fosse il proprietario (e nella maggior parte dei casi lo è veramente), o comunque come se avesse la titolarità di un diritto reale gravante su di essa, il detentore, invece, tiene la cosa presso di sé, ma riconoscendo che il suo rapporto con essa è limitato dall'altrui diritto.

È importante ricordare che perché si integri la fattispecie del possesso non è necessaria la relazione di fatto con la cosa, che invece è determinante perché si possa parlare di detenzione. Se per esempio andassi in libreria e comprassi un libro, la

proprietà, il possesso e la detenzione di questo coinciderebbero tutte nella mia persona: sarei proprietario del libro perché lo avrei acquistato, ne avrei il possesso perché la disponibilità del bene acquistato rientrerebbe nella mia sfera di controllo e ne avrei parimenti la detenzione perché materialmente l'oggetto sarebbe con me.

Un ulteriore esempio può essere d'aiuto. Supponiamo che Tizio sia proprietario di un'auto d'epoca che tiene parcheggiata nel garage di casa sua. Finché egli rimane in casa vale, per le stesse ragioni, il discorso fatto nell'esempio precedente. Se lui, però, partisse per un viaggio, il discorso cambierebbe: Tizio resterebbe proprietario dell'auto, non ne sarebbe più detentore (perché non ha materialmente la macchina con sé) ma continuerebbe ad esserne possessore. Questo perché egli avrebbe ugualmente la disponibilità del bene, nonostante la lontananza; se decidesse di vendere l'auto potrebbe farlo benissimo anche mentre si trova altrove in vacanza.

Le due ipotesi considerate fanno riferimento al cosiddetto possesso legittimo, dove cioè la situazione di fatto coincide con quella di diritto: io ho il possesso del libro ma ne sono anche il proprietario e così Tizio per quanto riguarda la sua auto d'epoca.

Il possesso, però, può anche essere illegittimo. Ciò accade quando si realizzi una situazione diametralmente opposta, si pensi all'esempio classico del ladro possessore di una moto rubata.

L'articolo 1140, II comma del Codice Civile conclude: "Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa".

L'ultima ipotesi di possesso che è fondamentale conoscere è quella di possesso mediato che è, per intenderci, quella tipicamente realizzata dalla stipula di un contratto di locazione: il proprietario locatore dell'immobile ne ha il giuridico possesso, tuttavia la materiale disponibilità del bene è in capo al locatario conduttore che ne gode secondo la ratio del contratto di locazione.

La detenzione è dunque il rapporto materiale con la cosa che può manifestarsi secondo una duplice natura: può essere qualificata da un titolo che la giustifichi, come un contratto, rifacendoci all'esempio di poc'anzi, oppure può essere non qualificata, per motivi di semplice cortesia, servizio o lavoro.

Nel primo caso, al detentore qualificato è riconosciuta una tutela maggiore, testimoniata dal fatto che la legge gli riconosca la legittimazione attiva, da condividere con il proprietario possessore, nell'azione di spoglio; questo perché la detenzione qualificata "ha titolo in un diritto personale di godimento del bene o in altro titolo che attribuisce un potere di gestione della cosa in nome altrui" Nel secondo, al detentore non qualificato non spetta alcuna protezione, dato che "semplicemente mantiene la res a disposizione del possessore, che ne può ordinare la restituzione in qualunque momento".

Concludo questa mia breve riflessione con un paio di quesiti, a cui da ultimo la dottrina si è proposta di rispondere e su cui, purtroppo, non esiste ancora alcuna pronuncia giurisprudenziale: alla luce di quanto abbiamo appena detto in tema di possesso e detenzione, può esistere, al pari del possesso mediato, anche una detenzione mediata? Come, cioè, deve essere qualificata la situazione di colui che sia locatario di un appartamento e decidesse, ad un certo punto, di sublocarlo? Se il conduttore sublocatario venisse privato della materiale disponibilità dell'immobile, chi sarebbe legittimato nell'azione di spoglio?

Le azioni possessorie

di Paolo Gallo [1]

[1]

SOMMARIO: 1. Le azioni possessorie. – 2. I rimedi. – 3. L'azione di reintegrazione. – 4. L'elemento oggettivo dello spoglio. – 5. L'elemento soggettivo dello spoglio. – 6. I legittimati attivi e passivi all'azione. – 7. Tutela possessoria e pubblica amministrazione. – 8. Lo spoglio tramite ufficiale giudiziario. – 9. L'eccezione feci sed iure feci. – 10. Le cause di giustificazione. – 11. I termini. – 12. L'azione di manutenzione. – 13. Spese e miglioramenti. – 14. Il procedimento possessorio. – 15. Le azioni di nuova opera e di danno temuto.

1. Le azioni possessorie

La peculiarità del possesso consiste ed emerge nella sua interezza proprio sotto il profilo della tutela [2]. Il possessore può infatti esperire varie azioni a tutela del suo potere di fatto, a prescindere da indagini circa la sua legittimazione.

[1] Queste pagine corrispondono al capitolo finale della recente monografia Beni,proprietà e diritti reali,che ad opera di specialisti della materia costituisce esauriente ricostruzione sistematica della normativa, al tempo stesso esauriente quanto alla rappresentazione degli orientamenti della giurisprudenza. E per una aggiornata rassegna e ampio commento degli orientamenti della giurisprudenza in materia di diritti reali è uscita adesso la nuova edizione di Casi e questioni di diritto.privato. Proprietà e diritti reali indirizzata prevalentemente agli interessi degli operatori pratici del diritto

[2] R. SACCO, Il possesso, La denuncia di nuova opera e di danno temuto, in Trattato di diritto civile, diretto da G. Grosso-F. Santoro Passarelli, Milano, 1960; MONTEL, Il possesso, in Trattato di diritto civile, diretto da F. Vassalli, II ed., Torino, 1962; LEVONI, rassegna di giurisprudenza sulle azioni possessorie, Milano, 1976; GENTILE, Il possesso, in Giur. sistematica di dir. civ. e comm., diretto da W. Bigiavi, II ed., Torino, 1977; LEVONI, La tutela del possesso, vol. I, Milano, 1979, vol. II, Milano, 1982; MASI, Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto, in Trattato di diritto civile, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, p. 425 ss.; DE MARTINO, Possesso. Denuncia di nuova opera e di danno temuto, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, V ed., Bologna-Roma, 1984; P. GALLO, Possesso. Sintesi di informazione, in Riv. dir. civ., 1986, II, p. 323; CABELLA PISU, Azioni possessorie, in Dig. IV ed., sez. civ., vol. II, Torino, 1988, p. 55; R. SACCO, Il possesso, in Trattato di diritto civile, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Torino, 1988; P. GALLO, Possesso. Sintesi di informazione, in Riv. dir. civ., 1989, II, p. 429.

Le azioni a tutela del possesso vengono qualificate possessorie, in contrapposizione a quelle petitorie esperibili a tutela di diritti reali (rivendicazione, azione negatoria, azione confessoria).

Mentre infatti le azioni petitorie presuppongono la prova della titolarità del diritto, spesso lunga e difficoltosa, le azioni possessorie si basano sul fatto stesso del possesso o su quello dell'avvenuto spoglio. Esse sono pertanto notevolmente più snelle, con la conseguenza che lo stesso proprietario potrà preferirle alla rivendicazione al fine di recuperare il bene. Si consideri tuttavia come nella prassi l'intento del legislatore sia di fatto frustrato da una miriade di intoppi processuali; non è così infrequente che l'intero procedimento, se si calcolano i tempi delle varie fasi nelle quali si articola, possa durare anche più di dieci anni, con buona pace delle esigenze di rapidità e snellezza volute dal legislatore.

In realtà le azioni possessorie in molti casi sono null'altro che un rimedio, usufruibile dallo stesso proprietario, per tutelare i propri beni; in molti casi esse tendono in altre parole ad apparire come un mero doppione di altri rimedi, come per esempio la rivendicazione, o i provvedimenti cautelari finalizzati ad ottenere una tutela urgente.Si consideri ancora che nel nostro ordinamento esistono strumenti alternativi di tutela urgente, come per esempio il rimedio di cui all'art. 700 c.p.c. .

In queste condizioni non è sicuramente chiaro perché la prassi italiana, ed in primis gli avvocati, continuino a privilegiare la tutela possessoria, sempre meno rapida, ad altri rimedi cautelari, come per esempio l'art. 700 c.p.c.; tanto più che in Francia ed in Germania è netta la tendenza a preferire i rimedi cautelari urgenti, sicuramente più moderni, razionali ed efficienti di quelli tradizionali a tutela del possesso, non fosse altro perché non esperibili indiscriminatamente ma solo in presenza di fumus boni iuris.

In queste condizioni vi è sicuramente spazio per riconsiderare l'intero settore della tutela urgente ed interdettale; bisognerebbe in altre parole avere il coraggio di riformare ex novo l'intero settore dei rimedi interdittali tramite nuove forme di azioni di applicazione generale, come per esempio l'art. 700 c.p.c., idonee a consentire una tutela veramente rapida ed urgente delle situazioni di appartenenza, a prescindere dai cavilli e dalle distinzioni più o meno arbitrarie che si sono sedimentate nel corso della storia in materia di azioni possessorie.

2. I rimedi

Il legislatore delinea tre differenti azioni in materia di tutela possessoria, a seconda del tipo di lesione posta in essere:

- l'azione di reintegrazione in presenza di uno spoglio violento o clandestino (art. 1168, c. 1°, c.c.);
- l'azione di manutenzione in presenza di molestie e turbative (art. 1170, c. 1°, c.c.);

- nonché ancora l'azione di manutenzione con finalità recuperatorie in caso di spoglio non violento o clandestino (spoglio semplice) (art. 1170, c. 2°, c.c.).

3. L'azione di reintegrazione

Ai sensi dell'art. 1168, c. 1°, c.c., chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso può, entro l'anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso la reintegrazione del possesso medesimo.

Ovviamente l'azione è proponibile anche nei confronti del proprietario che abbia cercato di farsi giustizia da solo appropriandosi del suo bene. L'autotutela non è infatti in linea di principio consentita, salvo il caso in cui la reazione sia concomitante all'offesa e ad essa proporzionata (vim vi repellere licet, legittima difesa). Il possessore da parte sua, dopo aver provato il suo possesso nonché l'avvenuto spoglio, non è altresì tenuto a giustificare il suo potere di fatto (possideo quia possideo).

Ai fini dell'esercizio delle azioni possessorie non è necessario che il possesso abbia gli stessi requisiti di quello utile per l'usucapione, in tema di reintegra del possesso di una servitù di passaggio non è così necessario che esistano (come è invece richiesto per l'usucapione) opere visibili e permanenti destinate all'esercizio del passaggio .

L'azione di reintegrazione o di spoglio è pertanto esperibile nel caso in cui si sia stati privati del possesso. L'art. 1168, c. 1°, c.c. precisa che deve essersi trattato di uno spoglio violento o clandestino. In realtà la giurisprudenza da lunga data ha attenuato il requisito della violenza dello spoglio. A questi fini non occorre pertanto che lo spoglio sia avvenuto con le armi, con la forza fisica o con minacce, ma è sufficiente che sia avvenuto senza o contro la volontà effettiva o anche soltanto presunta del possessore Secondo la giurisprudenza non occorre che si tratti di violenza fisica, ma è sufficiente una mera violenza morale, vale a dire una minaccia .

Questo comporta ovviamente un'attenuazione delle ragioni originarie per cui era prevista la tutela del possesso. Tendono in altre parole ad attenuarsi i profili attinenti alla tutela dell'ordine pubblico ed in loro vece emerge sempre più la rilevanza del possesso quale forma minore di appartenenza. Il possesso tende cioè ad essere tutelato in quanto tale, a prescindere dalla violenza o clandestinità dello spoglio. In virtù di questa interpretazione, praticamente abrogante del requisito della violenza, la giurisprudenza ravvisa in buona sostanza la violenza nel fatto stesso dello spoglio. Per definizione non vi può infatti essere spoglio se la privazione del possesso non avviene contro la volontà del possessore. Si consideri ancora che in virtù di questa interpretazione viene meno la distinzione tra spoglio violento (art. 1168, c. 1°, c.c.), e spoglio semplice (art. 1170, c. 3°, c.c.). Ai sensi dell'art. 1170, c. 3°, c.c. chi ha subito uno spoglio non violento o clandestino (spoglio semplice) può

chiedere di essere rimesso nel possesso, se ricorrono le condizioni previste dalla legge per la proponibilità dell'azione di manutenzione. Si tratta peraltro di una norma che assai raramente ha trovato applicazione da parte della giurisprudenza .

La reintegrazione consente di reagire non solo nei casi di spoglio violento, ma anche clandestino. Si discute a questo proposito in che senso debba essere inteso il concetto di clandestinità. Clandestinità in senso oggettivo, significa che nessuno nelle condizioni del possessore avrebbe potuto rendersi conto dello spoglio; clandestinità in senso soggettivo fa viceversa riferimento alla mera ignoranza relativa del soggetto spossessato. Secondo la giurisprudenza il concetto di clandestinità deve peraltro essere stabilito esclusivamente in rapporto al soggetto passivo dello spoglio, è pertanto clandestino lo spoglio commesso all'insaputa del possessore o del detentore, che ne venga a conoscenza in un momento successivo, quando esso sia stato realizzato con atti che non siano venuti a conoscenza dello spogliato .

4. L'elemento oggettivo dello spoglio

Il legislatore non definisce in modo esplicito il concetto di spoglio; occorre pertanto ricostruire il concetto facendo riferimento al vocabolario comune. La rilevanza della definizione emerge ove si consideri che il legislatore distingue tra spoglio e semplice molestia, **escludendo che il detentore possa agire in manutenzione (art. 1168, c. 2°, c.c.).** Rigorosamente parlando il concetto di spoglio implica quello di privazione del possesso. Si ha in altre parole spoglio ogniqualvolta il possessore viene privato del suo possesso . In realtà la dottrina ha ormai da tempo notato una costante tendenza da parte della giurisprudenza ad espandere sempre più il concetto di spoglio a scapito di quello di semplice molestia del possesso, al fine di legittimare anche i detentori a reagire in presenza di molestie del loro possesso .

In questo modo si rischia però di stravolgere i principi, nonché l'assetto di interessi voluto dal legislatore. Secondo la giurisprudenza lo spoglio implica la sottrazione o la privazione del possesso, la restrizione o riduzione delle facoltà inerenti al potere della vittima ; in altri casi si parla di innovazione che comporta un più limitato esercizio del potere, o ancora di privazione durevole del potere di fatto.

La giurisprudenza ravvisa altresì lo spoglio quando l'aggressione implica un mutamento di destinazione economica della cosa; secondo altri giudicati ancora mentre lo spoglio incide direttamente sulla cosa, la turbativa si rivolge contro l'attività di godimento rendendola più disagevole.

La giurisprudenza insiste molto sul carattere attuale e duraturo dello spoglio, anche se non necessariamente lo spoglio deve essere permanente o irreversibile. In dottrina ha dato luogo a discussione se ai fini dello spoglio è sufficiente il semplice spossessamento , o se viceversa si richiede altresì l'acquisto del possesso da parte dello spogliante. Si pensi per esempio ai casi in cui vengono distrutti oggetti altrui, o

liberati animali domestici, senza che però il responsabile se ne impossessi.Tra queste due soluzioni pare sicuramente preferibile la prima, dato che anche nei casi in cui non vi è impossessamento può sussistere una responsabilità di carattere risarcitorio in capo a chi ha effettuato lo spoglio .

Lo spoglio può essere effettuato anche dal detentore in caso di interversione del possesso; secondo la giurisprudenza il rifiuto di restituire alla scadenza del rapporto non implica però sempre necessariamente spoglio. Ai fini dello spoglio può peraltro essere sufficiente anche molto meno, come per esempio l'abbattimento di un muro al fine di rendere comunicante l'appartamento con altro adiacente .Si consideri ancora il caso in cui il detentore trasferisce a terzi il bene.

5. L'elemento soggettivo dello spoglio

Tradizionalmente ai fini dell'esperibilità dei rimedi possessori si richiede oltre all'elemento oggettivo della fattispecie, anche la prova dell'elemento soggettivo, vale a dire dell'animus spogliandi o turbandi Questa ricostruzione tradizionale risulterebbe confortata altresì da esigenze di armonia, dato che anche il possesso consta di due elementi, uno oggettivo, il corpus, ed uno soggettivo, l'animus.

Si tratta di una soluzione peraltro non incontrastata, la quale è stata avversata da parte della dottrina, la quale ha fatto rilevare da un lato come si tratti di un requisito praeter legale, vale a dire non espressamente previsto da parte del legislatore, e dall'altro lato di un requisito sostanzialmente inutile in quanto ripetitivo di aspetti già insiti nell'elemento oggettivo dello spoglio [3]. Da parte sua la giurisprudenza è costante nell'affermare la necessità della prova dell'animus, sia nell'azione di spoglio che in quella di manutenzione .

Quando però si tratta di precisare in cosa consista l'animus, la giurisprudenza per lo più afferma che l'elemento soggettivo o animus turbandi è insito nel fatto stesso di privare del godimento della cosa il possessore o il detentore, contro la volontà espressa o tacita del medesimo .

Ma se così stanno le cose risulta evidente che l'animus spoliandi viene in buona sostanza a coincidere con la consapevolezza di agire contro la volontà presunta o tacita del possessore, già richiesta dalla giurisprudenza in sostituzione del requisito della violenza dello spoglio. Con il che risulta sempre più evidente come da un lato la giurisprudenza abbia in buona sostanza eliminato il requisito legale della violenza

[3] [28] DEJANA, Un requisito non richiesto per lo spoglio: l'animus spoliandi, in Giur. compl. Cass. civ., 1946, II, 1, p. 139; FUNAIOLI, A proposito di animus spoliandi e natura giuridica dello spoglio, in Giust. civ., 1951, p. 16; CORMIO, Se sia necessario l'animus spoliandi per far valere l'azione di reintegrazione, in Nuovo dir., 1956, p. 22; DE MARTINO, op. cit., p. 130; MASI, op. cit., p. 464; in posizione sostanzialmente critica si veda altresì R. SACCO, op. cit., p. 243 ss., secondo il quale sono ben pochi i casi in cui può risultare opportuno ricorrere al requisito dell'animus.

e lo abbia sostituito con il requisito preter legale dell'animus, inteso come semplice consapevolezza e volontarietà di privare il possessore del suo potere di fatto In alcuni casi la giurisprudenza si spinge oltre e richiede ai fini dell'animus addirittura la prova del dolo o della colpa. Prevale peraltro l'impostazione in base alla quale la presenza dell'animus prescinde dalla prova rigorosa del dolo o della colpa , viceversa richiesta in conformità ai principi generali ove si dovesse giungere ad una pronuncia risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Sarebbe però eccessivo giungere alla conclusione della completa irrilevanza dell'animus. In realtà chiarificatore può essere l'esame dei casi in cui la giurisprudenza esclude l'esistenza dell'animus, e come conseguenza ulteriore dello spoglio o della turbativa. L'animus è escluso quando l'immissione nel possesso derivi da un atto di imperio della p.a., il fondo sia incolto , o ancora vi sia il consenso espresso o tacito del possessore. Non esclude viceversa l'animus il convincimento di aver agito nell'esercizio di un proprio diritto .

6. I legittimati attivi e passivi all'azione

L'azione di reintegrazione compete al possessore (art. 1168, c. 1°, c.c.). Ai sensi dell'art. 1168, c. 2°, c.c. legittimato attivo all'azione è altresì il detentore, purché non si tratti di detenzione per ragioni di servizio o di ospitalità. Il che significa che il conduttore può esperire l'azione di spoglio nei confronti dello stesso proprietario di casa che di fatto gli impedisca di accedere all'immobile sostituendo la chiave della serratura, o in altri modi.

La giurisprudenza per converso esclude l'esperibilità delle azioni possessorie da parte del proprietario di casa nei confronti degli inquilini che rifiutino di lasciar libero l'immobile alla scadenza. La mancata restituzione non integra infatti gli estremi dello spoglio, dato che non implica un mutamento della situazione di fatto. Ne consegue pertanto che il proprietario di casa dovrà necessariamente instaurare un giudizio di natura petitoria al fine di consentire l'accertamento del suo diritto alla restituzione

Legittimato passivo è l'autore dello spoglio, in conformità ad una legittimazione personale tipica dei rimedi delittuali (art. 1168, c. 1°, c.c.). L'art. 1169 c.c. corregge però immediatamente il tiro asserendo che la reintegrazione può essere domandata anche contro chi è nel possesso in virtù di un acquisto a titolo particolare, fatto con la conoscenza dell'avvenuto spoglio. In questo caso legittimato passivo non è più l'autore dell'illecito, ma chi in concreto ha la disponibilità materiale del bene, in conformità ad uno schema tipico dei rimedi a tutela delle forme di appartenenza. L'azione non è viceversa esperibile nei confronti di un acquirente di buona fede, salva la possibilità di chiedere il risarcimento del danno a chi ha effettuato lo spoglio, nonché agire in rivendicazione nei confronti dell'acquirente, sempreché quest'ultimo non abbia acquistato la proprietà del bene.

Resta aperta tutta una serie di problemi. Il legislatore non ha infatti precisato se l'azione sia ancora esperibile o meno nei confronti dell'autore dello spoglio nel caso in cui non risulti più possibile la restituzione, per distruzione o trasferimento a terzi. In base ad un'opinione dottrinale ormai risalente, nei casi di distruzione o trasferimento del bene, venendo meno la possibilità di una restituzione materiale, occorreva escludere la legittimazione passiva dell'autore materiale dello spoglio.

Sebbene questa soluzione abbia avuto un certo riscontro in giurisprudenza , in seguito si è sempre più consolidata, sia in dottrina [4] che in giurisprudenza [5]l'opinione che la distruzione o il trasferimento del bene non fa venir meno la legittimazione passiva dell'autore dello spoglio, vista la sua responsabilità per i danni inferti.

Ne consegue che legittimato attivo è non solo l'autore materiale dello spoglio, ma anche quello morale, ancorché non abbia mai ottenuto la disponibilità materiale della cosa ; parimenti, sempre in conformità ad una logica tipicamente delittuale, nel caso in cui vi siano più autori materiali o morali dello spoglio l'azione può essere intentata indifferentemente contro ciascuno di essi, senza necessità della partecipazione al giudizio degli altri . Non esiste in atre parole un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra più autori di uno spoglio o di una turbativa .

7. Tutela possessoria e pubblica amministrazione

Regole particolari trovano applicazione nei confronti della pubblica amministrazione. In termini del tutto generali la giurisprudenza esclude l'esperibilità dei rimedi possessori nei confronti della pubblica amministrazione quando agisca sulla base di un atto amministrativo [6]; l'azione non può essere intentata neppure da un'altra pubblica amministrazione .

I rimedi possessori sono viceversa esperibili nel caso in cui la p.a. ha agito iure privatorum [7]

---

[4] DEJANA, Azione di spoglio contro il locatore e rapporti tra lo spogliato ed un secondo locatario, in Foro it., 1947, I, c. 94; ID., In tema di legittimazione passiva all'azione di spoglio, in Giur. compl. Cass. civ., 1947, III, p. 60; SACCO, op. cit., p. 334.

[5] Cass. 21 febbraio 1981, n. 1053; Cass. 19 febbraio 1981, n. 1034; Cass. 15 novembre 1982, n. 6103; Cass. 18 febbraio 1983, n. 1251; Cass. 24 gennaio 1985, n. 317; Cass. 7 aprile 1987, n. 3356; Cass. 13 aprile 1988, n. 2914; Cass. 5 giugno 1990, n. 5389; Cass. 23 marzo 1995, n. 3377; Cass. 10 aprile 1996, n. 3303; Cass. 16 febbraio 1996, n. 1211.

[6] Cass., Sez. Un., 16 novembre 1991, n. 12303; Cass., Sez. Un., 24 novembre 1992, n. 12515; LEO, Sulla proponibilità delle azioni possessorie nei confronti della p.a., in SSE, 1976, p. 44; ANGELETTI, Aspetti problematici della discriminazione tra giurisdizioni e stato amministrativo, Milano, 1980, p. 101 ss.

7 Cass., Sez. Un., 29 maggio 1992, n. 6477; Cass., Sez. Un., 26 agosto 1993, n. 9005; Cass., Sez. Un., 14 aprile 1993, n. 4380; Cass., Sez. Un., 7 novembre 1994, n. 9206; Cass., Sez. Un., 7 novembre 1994, n. 9208; Cass., Sez. Un., 27 ottobre 1995, n. 11170; Cass., Sez. Un., 25 gennaio 1995, n. 891; Cass., Sez. Un., 17 febbraio 1995, n. 1713.

La pubblica amministrazione può invece esperire senza limitazioni i rimedi possessori contro i privati, oppure avvalersi a sua discrezione della forza pubblica (art. 823, c. 2°, c.c.) [8].

8. Lo spoglio tramite ufficiale giudiziario

Nel caso in cui taluno venga privato del possesso da un ufficiale giudiziario nel legittimo esercizio delle sue funzioni, non è ovviamente possibile avvalersi delle azioni possessorie. Nel caso in cui l'ufficiale giudiziario abbia operato sulla base di un titolo esecutivo illegittimo, occorrerà farne accertare l'illegittimità, nonché sollecitare l'emanazione di un provvedimento di contenuto opposto in virtù del quale riottenere il proprio bene.

Può però anche capitare che l'ufficiale giudiziario abbia agito in virtù di un titolo non esecutivo, nei confronti di soggetti diversi da quelli indicati nel provvedimento, o ancora con riferimento a beni differenti rispetto a quelli previsti. Nei casi di questo genere possono avere ingresso le azioni possessorie con finalità di carattere recuperatorio . A questi fini la giurisprudenza è solita richiedere la prova del dolo in capo a chi ha sollecitato l'intervento dell'ufficiale giudiziario .

9. L'eccezione feci sed iure feci

In base a quanto stabilisce in termini del tutto generali l'art. 705 c.p.c. finché dura il giudizio possessorio non è esperire il rimedio petitorio. Da questo principio gli interpreti hanno desunto l'ulteriore regola in virtù della quale in sede possessoria non è consentito che il convenuto cerchi di giustificarsi adducendo il suo diritto (feci sed iure feci) . L'eccezione feci sed iure feci è viceversa consentita nel caso in cui il convenuto eccepisca di aver agito in conformità ad una situazione di possesso o di compossesso . Nei casi di questo genere la giurisprudenza consente altresì che venga prodotto il titolo di acquisto, ancorché al solo fine di colorare la situazione possessoria e di chiarirne i limiti (ad colorandam possessionem) .

10. Le cause di giustificazione

Il soggetto convenuto in un giudizio possessorio è altresì legittimato a difendersi invocando le comuni cause di giustificazione previste sia in sede civile che penale, vale a dire la legittima difesa, lo stato di necessità, e così via . Si pensi per esempio ad una persona che sottragga una pistola o un coltello ad un rapinatore, catturi un cane pericoloso, e così via.

[8] [55] Cass. 24 gennaio 1984, n. 580; Cass. 5 giugno 1987, n. 4906; Cass. 5 dicembre 1988, n. 6583; Cass. 24 marzo 1995, n. 3434.

11. I termini

L'esperibilità delle azioni possessorie è soggetta ad un termine annuale di decadenza (artt. 1168, c. 1°; 1170, c. 1°, c.c.).

Problematico è semmai capire a partire da quale momento effettuare il computo del termine. Il problema si pone specie nel caso in cui la lesione consista di più atti reiterati nel tempo. Nei casi di questo genere la giurisprudenza è costante nell'affermare che l'anno utile per l'esperimento delle azioni possessorie, nel caso di turbativa o di spoglio posti in essere con più atti, decorre dal primo, quando i successivi atti siano strettamente collegati o connessi, si da configurare la progressiva estrinsecazione della stessa azione lesiva; mentre decorre da ciascuno di detti atti successivi, quando essi presentino connotati autonomi in modo da concretare uno spoglio o turbativa a sé stante.

12. L'azione di manutenzione

Ai sensi dell'art. 1170, c. 1°, c.c. chi è stato molestato nel possesso di un immobile, di un diritto reale sopra un immobile o di una universalità di mobili può, entro l'anno dalla turbativa, chiedere la manutenzione del possesso medesimo.

L'azione è esperibile entro un anno dalla turbativa.

Legittimato attivo all'azione non è però qualunque possessore come nel caso dell'azione di reintegrazione, ma solo il possessore di un immobile, di un diritto reale sopra un immobile o di una universalità di mobili.

L'azione non compete pertanto al possessore di beni mobili.

Parimenti essa non compete al semplice detentore. Ne consegue che l'inquilino in caso di turbative non potrà cercare di tutelarsi in virtù di tale azione.

Il legislatore richiede inoltre che si tratti di un possesso qualificato dalla durata e dal modo d'acquisto. In particolare l'azione è data solo se il possesso dura da oltre un anno, continuo e non interrotto, e non è stato acquistato violentemente o clandestinamente (art. 1170, c. 2°, c.c.).

Qualora il possesso sia stato acquistato in modo violento o clandestino, l'azione può nondimeno esercitarsi, decorso un anno dal giorno in cui la violenza o la clandestinità è cessata. L'azione di manutenzione è quindi sicuramente espressione di una logica differente rispetto a quella sottesa all'azione di reintegrazione. Mentre l'azione di reintegrazione, per lo meno nella sua configurazione originaria, è in primo luogo finalizzata a tutelare l'ordine pubblico, l'azione di manutenzione è posta a tutela di una situazione possessoria qualificata la quale assurge quasi al rango di una forma cadetta di appartenenza.

Ai sensi dell'art. 1170, c. 3°, c.c. l'azione di manutenzione è altresì esperibile con finalità recuperatorie in caso di spoglio non violento o clandestino. Tenendo peraltro conto dell'estrema ampiezza con cui la giurisprudenza intende i requisiti della violenza e della clandestinità ai sensi dell'art. 1168, c. 1°, c.c., l'ambito d'applicazione di questa norma risulta assai ristretto.

Centrale ai fini dell'individuazione del campo d'applicazione della norma in questione è chiarire il concetto di molestia. Tradizionalmente le molestie vengono distinte in molestie di fatto e di diritto. Molestia di fatto è qualsiasi limitazione o turbativa della sfera del possesso altrui , o ancora qualsiasi atto che modifichi o tenda a modificare il possesso o lo stato del possesso . Si pensi per esempio all'esercizio di fatto di una servitù di passaggio, alla violazione delle distanze legali nelle costruzioni, alla sopraelevazione di un edificio oltre i limiti consentiti, alle immissioni eccedenti la normale tollerabilità, alla violazione dello spazio aereo, o ancora a qualsiasi altra turbativa nei rapporti di vicinato. In realtà si tratta di concetti sostanzialmente empirici, tanto più che a monte resta il delicato problema da un lato di distinguere il concetto di spoglio da quello più limitato di turbativa, e dall'altro quello di distinguere le turbative vere e proprie dalle ingerenze lecite.

Per quel che riguarda la distinzione tra spoglio e turbativa ogni tentativo di rigore risulta frustrato dalle applicazioni giurisprudenziali da sempre favorevoli ad estendere sempre più la nozione di spoglio a scapito di quella di semplice turbativa. Per quel che riguarda il secondo aspetto utile può essere viceversa instaurare un parallelismo tra lesione della proprietà e lesione del possesso; in questa prospettiva non è possibile ravvisare una molestia se l'ingerenza sarebbe lecita anche sotto il profilo del corrispondente diritto di proprietà. Non costituisce così molestia una ingerenza esplicata ad un'altezza tale da non costituire lesione neppure del corrispondente diritto di proprietà .

Ancora più controverso è il discorso relativo alle molestie di diritto. Tradizionalmente per molestie di diritto si intendono gli atti giudiziali o stragiudiziali con i quali si contesta l'altrui possesso. Si pensi per esempio alla notifica con cui il conduttore fa sapere al locatore di voler tenere la cosa come propria; all'ingiunzione rivolta al vicino di non sopraelevare; o ancora alla diffida con cui si contesta l'altrui diritto al possesso, e così via . Parte della dottrina ha peraltro contestato l'opportunità della distinzione tra molestie di fatto e di diritto. Si è considerato come la distinzione non trovi corrispondenza in materia di spoglio, dove non si distingue tra spoglio di fatto e di diritto, e come in realtà i casi di molestia di diritto o costituiscono veri e propri casi di spoglio, o tentativi di spoglio .

13. Spese e miglioramenti

Il legislatore ha disciplinato accuratamente i diritti del possessore soccombente in sede di revindica in ordine alle spese, ai miglioramenti ed alle addizioni (artt. 1149, 1150, 1152 c.c.). Il legislatore tace viceversa in ordine al medesimo ordine di

problemi che può porsi tra attore e convenuto nell'ambito del giudizio possessorio. Non vi è però alcun dubbio che, così come nel giudizio possessorio può avere ingresso l'azione risarcitoria (art. 2043 c.c.), parimenti occorre consentire l'azione in arricchimento (art. 2041 c.c.) .

14. Il procedimento possessorio

Ai sensi dell'art. 705, c. 1°, c.p.c. il convenuto nel giudizio possessorio non può proporre giudizio petitorio, finché il primo giudizio non sia definito e la decisione non sia stata eseguita. Il che significa che il proprietario dovrà attendere con pazienza la conclusione del giudizio possessorio, restituire la cosa e successivamente agire in rivendicazione. **Il principio di separazione tra giudizio possessorio e petitorio è stato peraltro recentemente attenuato da parte della Corte costituzionale, la quale con la sent. 3 febbraio 1992, n. 25 ha dichiarato illegittimo l'art. 705, c. 1°, c.p.c. nella parte in cui subordina la proponibilità del giudizio petitorio alla conclusione di quello possessorio ed alla esecuzione della relativa decisione, nel caso in cui ne derivi o possa derivarne un pregiudizio irreparabile per il convenuto**.

Il divieto del cumulo tra possessorio e petitorio è altresì derogato dall'art. 704 c.p.c., il quale riserva al giudice del petitorio ogni domanda che reagisce a lesioni del possesso che si sono verificate nel corso del procedimento petitorio stesso. A questi fini è però essenziale la concomitanza delle lesioni possessorie con il giudizio petitorio

Problemi sorgono nel caso in cui l'attore effettui un errore sotto il profilo della qualificazione dell'azione; qualifichi per esempio l'azione di spoglio, mentre in realtà è di manutenzione e viceversa. Nel caso in cui l'attore abbia qualificato l'azione come di spoglio, mentre in realtà si tratta di mera turbativa, il giudice è legittimato a riqualificare correttamente come di manutenzione l'azione proposta . Nel più è infatti contenuto il meno, con la conseguenza che l'art. 112 c.p.c. non risulta violato.

Non è invece consentito l'opposto, vale a dire qualificare come di spoglio un'azione di manutenzione. Ai fini dell'esecuzione del giudicato non rileva se la configurazione dei luoghi, come per esempio l'ubicazione della servitù di passaggio, è leggermente diversa rispetto a quella prospettata dal ricorrente .A prescindere dagli esiti del processo, l'esercizio delle azioni possessorie esplica un effetto interruttivo del decorso dei termini per l'usucapione . **Le azioni possessorie non sono compromettibili ad arbitri, in quanto appartengono alla competenza inderogabile dei giudici ordinari** In conformità ai principi generali, il provvedimento che definisce la controversia deve provvedere in tema di spese giudiziali .

Attualmente il giudizio possessorio risulta sdoppiato in due fasi, di cui la prima culmina con l'adozione di un'ordinanza contenente un interdetto cautelare o

provvisorio, destinato ad anticipare provvisoriamente una soluzione, che sarà poi confermata o rovesciata nella sentenza finale.

15. Le azioni di nuova opera e di danno temuto

Le azioni di nuova opera e di danno temuto (artt. 1171, 1172 c.c.) sono esperibili in via preventiva al fine di scongiurare la possibilità di un danno. Esse sono esperibili dal proprietario, dal titolare di un diritto reale di godimento e dal possessore. Entrambi i procedimenti si articolano in due fasi: una prima fase cautelare ed urgente, finalizzata a consentire al giudice di adottare i provvedimenti necessari a scongiurare il pericolo di danno; ed una seconda fase, consistente in un normale giudizio di merito, finalizzato ad accertare il fondamento della pretesa.

A) La denunzia di nuova opera può essere effettuata ogniqualvolta si ha ragione di temere che da una nuova opera, da altri intrapresa sul proprio fondo, sia per derivare danno alla cosa che forma l'oggetto del proprio diritto o possesso. Il giudice può vietare la continuazione dell'opera, oppure consentirla, disponendo se del caso le opportune cautele; nel primo caso per il risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell'opera, qualora l'opposizione risulti infondata nella decisione del merito; nel secondo caso per la demolizione dell'opera e per il risarcimento del danno, ove il denunziate ottenga sentenza favorevole (art. 1171 c.c.).

Gli elementi costitutivi della fattispecie sono dunque tre: a) una condotta umana , b) un'opera, c) il timore di un danno. La condotta deve essere illecita, vale a dire lesiva della proprietà o del possesso dell'attore. Non è richiesta viceversa la prova del dolo o della colpa; l'inibitoria opera su basi rigorosamente oggettive. Il discorso può però mutare se si innesta una pretesa risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c. La richiesta del provvedimento cautelare è ovviamente consentita soltanto nel caso in cui l'opera non sia ancora ultimata; dopo l'ultimazione dell'opera si procederà a trattare direttamente il merito.

I requisiti suddetti, mancato decorso di un anno dall'inizio dell'opera e mancata ultimazione della stessa, debbono però sussistere esclusivamente in relazione alla prima fase cautelare del procedimento; ne consegue che, nella successiva fase di merito, il riscontro della carenza di tali presupposti, può spiegare rilievo esclusivamente al fine della revoca dei provvedimenti cautelari eventualmente concessi, ma non comporta di per sé improponibilità della domanda .

L'opera deve comportare ragionevole timore di danno; ragionevole timore non significa necessariamente danno certo o danno attuale [80]; ne consegue l'esperibilità del rimedio anche in relazione ad un manufatto, che pur non essendo attualmente lesivo del diritto altrui, possa essere temuto come fonte di futuro danno per i carattere che l'opera potrebbe assumere qualora fosse condotta a termine .Il proprietario di un immobile in caso di inosservanza da parte del vicino delle distanze minime nelle costruzioni, ha peraltro facoltà di esperire non solo l'azione di denuncia

di nuova opera, ma anche quella possessoria o direttamente quella petitoria, fondata sulla violazione del diritto di proprietà.

L'azione di danno temuto può essere esperita anche da parte del possessore di un bene demaniale; secondo la giurisprudenza l'art. 145, c. 2°, c.c. deve infatti essere inteso nel senso dell'attribuzione della tutela possessoria nei termini più ampi .

B) La denunzia di danno temuto può essere fatta ogniqualvolta si ha ragione di temere che da qualsiasi edificio, albero o altra cosa sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo alla cosa che forma l'oggetto del proprio diritto o possesso; l'azione si riferisce quindi al pericolo proveniente da un qualche cosa di già esistente, come per esempio un edificio che minacci di crollare. L'azione non è viceversa ovviamente esperibile nel caso in cui il pericolo sia rappresentato da una persona.

In termini del tutto generali è possibile asserire che mentre l'azione di denuncia di nuova opera presuppone un facere, vale a dire l'inizio di una nuova opera, l'azione di danno temuto presuppone un non facere, vale a dire l'inosservanza dell'obbligo di rimuovere un pericolo .

Anche in questo caso l'azione presuppone l'illiceità del comportamento in questione , non viceversa il dolo o la colpa del convenuto. In ogni caso è però richiesto che il pericolo interessi direttamente il denunciante e non solo in modo generico i terzi .

Anche in questo caso l'autorità giudiziaria può disporre le necessarie misure cautelari, per ovviare al pericolo, come per esempio l'abbattimento o il transennamento dell'edificio pericolante (art. 1172 c.c.).

Modi di acquisto della proprieta'

I Modi d'acquisto della proprietà sono i fatti giuridici che hanno per effetto l'acquisto della proprietà di una cosa. Essi sono previsti dal codice all'art. 922 con un'elencazione esemplificativa. Ai modi d'acquisto fa riferimento anche l'art. 42 co. 2 Cost., che riserva alla legge il compito di determinarli, allo scopo di assicurare la funzione sociale della proprietà e di renderla accessibile a tutti.

Tradizionalmente si distingue tra:

a) modi d'acquisto a titolo originario: l'acquisto della proprietà non dipende dal diritto di un precedente titolare (ad es., il pescatore diventa proprietario dei pesci caduti nella rete), ma nasce direttamente nel patrimonio dell'attuale titolare (MESSINEO).

L'acquisto a titolo originario non si ha solo quando il diritto di proprietà su un bene sorge per la prima volta in capo a un soggetto (come nell'esempio precedente), ma ricorre ogni volta che l'acquisto della proprietà non deriva dal diritto del precedente

titolare ma prevale anche su questo (esempio: usucapione, acquisto di beni mobili in base all'art. 1153);

b) modi d'acquisto a titolo derivativo: l'acquisto del diritto di proprietà presuppone il suo trasferimento dal precedente proprietario, esso cioè dipende dall'esistenza del diritto del dante causa (ad es., compravendita).

Questa distinzione ha rilevanza giuridica in quanto l'acquisto a titolo derivativo è soggetto all'applicazione di due principi generali:

— nessuno può trasferire ad altri maggiori diritti di quanti egli stesso abbia (nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet): l'avente causa acquista il diritto solo se il dante causa ne era titolare e l'acquisto è gravato dai diritti reali parziali eventualmente esistenti sulla cosa;

— la risoluzione o la dichiarazione di nullità che colpisce l'acquisto del dante causa si ripercuote sul patrimonio dell'avente causa, facendo venire meno il suo acquisto (resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis).

Al contrario, nell'acquisto a titolo originario, si estingue il diritto del precedente proprietario e si estinguono i diritti reali e le garanzie reali esistenti sul bene (GALGANO).

Modi di acquisto a titolo derivativo sono i contratti traslativi della proprietà, i trasferimenti coattivi (ad es., l'espropriazione), la successione mortis causa (TRABUCCHI).

1 I singoli modi di acquisto a titolo originario:

- l'occupazione
- L'invenzione (artt. 927-933)
- L'accessione
- L'acquisizione sanante contesa tra Corte costituzionale, Sezioni Unite e Corte europea dei diritti dell'uomo
- Ipotesi di accessione di immobile a immobile
- Unione, commistione e specificazione
- L'accessione nella comunione legale tra coniugi

I singoli modi di acquisto a titolo originario**: l'occupazione**

Innanzitutto vengono in considerazione i modi di acquisto di cose mobili per le quali non è individuabile alcun soggetto che possa vantare il possesso o la detenzione (cose vacuae possessionis). L'occupazione (artt. 923-926) è la presa di possesso delle cose mobili che non sono di proprietà di alcuno (gli immobili vacanti, invece, sono di

proprietà dello Stato e, pertanto, l'occupazione non può avere ad oggetto beni immobili). Tali sono:

— le cose mobili che non sono mai state di proprietà di alcuno (res nullius);

— le cose abbandonate (res derelictae).

L'art. 923 enumerava tra le res nullius anche gli animali che formano oggetto di caccia o di pesca, ma la L. 157/1992 ha disposto che la fauna selvatica costituisce patrimonio indisponibile dello Stato; pertanto l'occupazione di animali oggetto di caccia costituisce occupazione di res alicuius, non più di res nullius.

Per aversi occupazione sono necessari:

— l'impossessamento del bene;

— l'intenzione di farlo proprio (animus occupandi).

In ordine al rilievo da riconoscere all'animus occupandi si discute intorno alla natura giuridica dell'occupazione:

— alcuni (SANTORO-PASSARELLI, TRABUCCHI) la considerano un negozio di attuazione, ritenendo essenziale tale elemento soggettivo;

— altri (MESSINEO), invece, la considerano un mero atto giuridico, ritenendo sufficiente la mera volontarietà del comportamento e non anche la volontà dell'effetto che questo produce.

L'invenzione (artt. 927-933)

Invenzione, in senso giuridico, è il ritrovamento delle cose smarrite che devono essere consegnate al proprietario o, se questi è ignoto, al Sindaco del luogo ove vengono rinvenute. Si noti, però, che:

— se, dopo un anno dalla consegna della cosa, il proprietario non si è presentato a ritirarla, il diritto di proprietà su di essa spetta al ritrovatore;

— se il proprietario si presenta, deve al ritrovatore un premio (premium inventionis), che è pari al 10% del valore della cosa stessa.

Una forma particolare di invenzione riguarda il tesoro, cioè le cose mobili di pregio, nascoste o sotterrate, di cui nessuno può provare di essere proprietario.

Il tesoro appartiene:

— al proprietario del fondo in cui si trova, se rinvenuto da costui;

— per metà al proprietario del fondo e per metà al ritrovatore, se viene ritrovato per caso, nel fondo altrui.

Il tesoro è un retaggio di tempi antichi e ha scarsa rilevanza pratica. Ciò dipende soprattutto dal fatto che proprio i casi più rilevanti, quelli che si riferiscono a cose d'interesse storico, archeologico, artistico etc., appartengono sempre al patrimonio indisponibile dello Stato, comunque e da chiunque siano stati ritrovati, e sono di conseguenza sottratti alla disciplina del tesoro, applicandosi ad essi la normativa della legislazione speciale (artt. 826, 839), come confermato dal combinato disposto degli artt. 10 e 91 del D.Lgs. 42/2004 (T.U. beni culturali e paesaggistici). Il primo articolo citato dà un'elencazione dei beni considerati culturali, il secondo dispone che tali beni appartengono allo Stato e, a seconda che siano immobili o mobili, fanno parte del demanio o del patrimonio indisponibile (artt. 822 e 826).

L'accessione

L'accessione è il fenomeno che si verifica quando il proprietario del suolo diventa titolare di qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo, da chiunque realizzata. Intesa in questo senso, l'accessione è disciplinata, oltre che dall'art. 934, anche dagli artt. 935-938. Tuttavia, una parte della dottrina utilizza il termine accessione per indicare un fenomeno più ampio, che comprende anche l'unione e la commistione (art. 939), l'alluvione (art. 941) e l'avulsione (art. 944) (v. infra). In questo senso, l'accessione non riguarda più soltanto le opere realizzate sul fondo, ma esprime l'idea secondo cui, quando due cose appartenenti a diversi proprietari sono unite e la loro separazione non potrebbe farsi senza grave danno, il proprietario della cosa principale acquista la proprietà della cosa accessoria (accessorium sequitur principale).

In particolare l'art. 934 regola l'ipotesi di accessione di un bene (edificio, piantagione o altra costruzione) al bene immobile per eccellenza, il suolo, sancendo (secondo il principio generale) che qualunque piantagione, costruzione o opera che venga materialmente unita al suolo (bene immobile) per unione organica o per opera dell'uomo accede al suolo e diventa proprietà del proprietario di questo, secondo il principio quod solo inaedificatur solo cedit.

L'acquisto della proprietà sull'opera non avviene solo a titolo originario ma anche automaticamente e in ciò l'accessione si distingue dall'occupazione e dalla invenzione dove, invece, rileva l'elemento volontaristico (animus occupandi nella occupazione; volontà di restituire il bene nell'invenzione).

Un'evidente deroga al principio dell'accessione è costituita dal diritto reale di superficie (art. 952), sempre che l'esistenza di tale diritto risulti da un titolo avente forma scritta (art. 1350 n. 2) e che sia stato trascritto (art. 2643 n. 2).

Ricevono poi una disciplina particolare:

- le opere fatte dal proprietario del suolo con materiali altrui (art. 935);
- le opere fatte da un terzo con materiali propri (art. 936);
- le opere fatte da un terzo con materiali altrui (art. 937).

Una particolare ipotesi di accessione di immobile a immobile è regolata dall'art. 938 (cd. accessione invertita) che si ha quando il proprietario di un edificio occupa in buona fede, nella costruzione dello stesso, una parte del fondo attiguo di proprietà altrui. In questo caso, invece di applicarsi la regola generale quod inaedificatur solo cedit (in base alla quale il proprietario del suolo «invaso» dovrebbe acquistare la proprietà sulla costruzione), si inverte la situazione per cui è il proprietario della costruzione ad acquistare (non automaticamente ma in seguito a una sentenza costitutiva del giudice) la proprietà del suolo. Presupposti dell'accessione invertita sono, oltre alla buona fede del costruttore (la quale non può essere presunta ma deve essere da lui dimostrata), anche la consapevolezza e la non opposizione, entro tre mesi, del vicino.

L'acquisizione sanante contesa tra Corte costituzionale, Sezioni Unite e Corte europea dei diritti dell'uomo

L'art. 34 D.L. 98/2011, convertito in L. 111/2011, ha introdotto, con l'art. 42bis D.P.R. 327/2001, una nuova disciplina dell'occupazione senza titolo di beni per scopi di interesse pubblico, che ha sostituito quella già contenuta nell'art. 43 D.P.R. 327/2001, dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 293/2010.

L'art. 42bis D.P.R. 327/2001 stabilisce che l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di pubblico interesse, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre, valutati gli interessi in conflitto, che esso sia acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale subito (quest'ultimo forfettariamente liquidato nella misura del 10% del valore venale del bene). Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui è sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio.

L'atto è notificato al proprietario, comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute, ovvero del loro deposito, ed è soggetto a trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari a cura dell'amministrazione procedente. Tale disciplina si applica anche ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore, e anche se c'è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato. La necessità di interpretare il diritto interno in conformità con il principio enunciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui l'espropriazione deve sempre avvenire in «buona e debita forma» comporta che l'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica, non danno

luogo in via automatica all'acquisto dell'area da parte della p.a., sicché il privato ha diritto di chiederne la restituzione, salvo che decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno per equivalente (Cass. S.U. 735/2015).

È quindi esclusa l'automatica acquisizione del bene a seguito della sua irreversibile trasformazione, in tutti i casi in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia mancante o carente dei termini o sia annullata o il decreto di esproprio non sia emesso o sia annullato. La realizzazione dell'opera pubblica si configura come mero fatto inidoneo a costituire un valido titolo d'acquisto da parte della p.a.

All'Amministrazione interessata resta l'alternativa fra valersi dello speciale potere di acquisizione del terreno di cui all'art. 42bis, quale «legale via d'uscita» per i casi di occupazione sine titulo, e l'obbligo di disporre la restituzione del terreno ai legittimi titolari, demolendo quanto realizzato e disponendo la riduzione in pristino (Cons. Stato 2559/2013).

I dubbi di legittimità dell'art. 42bis, ventilati da Cass. 441/2014, sono stati respinti da Corte cost. 71/2015, secondo la quale l'istituto dell'acquisizione sanante non comporta un trattamento privilegiato per la p.a., responsabile di un illecito, né pone il privato in una situazione deteriore rispetto a quella di chi subisce un'espropriazione ordinaria ed è rispettoso del principio del giusto procedimento, poiché può essere disposta solo per soddisfare attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico e determina l'acquisto del bene da parte della P.A: non in via automatica ma soltanto al momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione.

In particolare la Corte costituzionale ha affermato che l'adozione del provvedimento acquisitivo presuppone una valutazione comparata degli interessi in conflitto, compresi quelli del privato, e l'assenza di ragionevoli alternative all'adozione del provvedimento acquisitivo va intesa in senso pregnante, in stretta correlazione con le eccezionali ragioni di interesse pubblico richiamate dalla disposizione in esame, da considerare in comparazione con gli interessi del privato proprietario. Non si tratta soltanto di valutare genericamente una eccessiva difficoltà od onerosità delle alternative a disposizione dell'amministrazione, secondo il principio generale ex art. 2058 c.c.: l'adozione dell'atto acquisitivo è consentita esclusivamente allorché costituisca l'extrema ratio per la soddisfazione di «attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico», come recita l'art. 42bis T.U. espropriazioni.

Dunque, solo quando siano stati escluse, all'esito di una effettiva comparazione con i contrapposti interessi privati, altre opzioni, compresa la cessione volontaria mediante atto di compravendita, e non sia ragionevolmente possibile la restituzione, totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino, al privato illecitamente inciso nel suo diritto di proprietà. Del resto, aggiunge la Corte costituzionale, al privato è comunque garantito il diritto di partecipare al procedimento e di far valere l'esistenza dei ragionevoli alternative all'adozione dell'annunciato provvedimento acquisitivo, prima fra tutte la restituzione del bene.

Infine, la Corte ha confermato la compatibilità dell'art. 42bis con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), secondo cui «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

È indubbio, tuttavia, che l'acquisizione sanante ponga un problema alla luce del principio di legalità tutelato dalla Convenzione, perché il principio di legalità non si accontenta della mera esistenza di una norma di legge ma impone che le leggi non siano contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza e di ragionevolezza intrinseca, anche ai fini dell'esercizio della tutela giurisdizionale, con la garanzia della proprietà privata, posta altresì da vincoli derivanti da obblighi internazionali, con il principio di legalità dell'azione amministrativa nonché con il principio di parità delle parti davanti al giudice. La legalizzazione dell'illegale non è, pertanto, consentita neppure a una norma di legge.

Ipotesi di accessione di immobile a immobile

È relativa a situazioni in cui la proprietà di un fondo, posto, in genere, lungo le rive dei fiumi o dei torrenti, si amplia sino a ricomprendere in sé altre porzioni di territorio formatesi in conseguenza dei fenomeni naturali. Ricorre nelle ipotesi di:

1) alluvione, cioè insensibile e progressivo incremento portato dalle acque ad un fondo: il proprietario del fondo acquista la proprietà di tali incrementi di terreno;

2) avulsione, cioè distacco da un fondo, per opera di fiumi o torrenti, di una parte di terreno che si unisce ad altro fondo: il proprietario del fondo accresciuto ne acquista la proprietà, ma è tenuto ad indennizzare il proprietario che ha subito la diminuzione;

3) alveo abbandonato, che si ha quando un fiume, formandosi un nuovo letto, abbandona il letto precedente: in tal caso l'alveo abbandonato appartiene al demanio;

4) isola formata nel fiume, che appartiene al demanio pubblico.

Si tratta di una serie di casi relativi ad incrementi fluviali e a mutamenti del letto di fiumi, che ci tramanda il diritto romano e che in gran parte presentano ancora l'antica disciplina.

Unione, commistione e specificazione

L'unione o commistione si verifica quando due o più cose mobili appartenenti a diversi proprietari, vengono ad unirsi in modo tale da formare un sol tutto e non è possibile separarle senza danno. La proprietà della cosa così ottenuta diventa comune in proporzione del valore delle cose spettanti a ciascun proprietario; se, però, una delle cose può considerarsi principale, o vale molto di più delle altre, il suo proprietario acquista la proprietà del tutto, con l'obbligo di corrispondere agli altri proprietari il valore delle altre cose. La specificazione ha una sua particolare giustificazione socio-economica in quanto prevede un conflitto, non tra due proprietà, ma tra proprietà e lavoro, che è risolto in modo particolare. La specificazione si ha quando si crea, mediante il lavoro, una nuova cosa con materia appartenente ad altri (es.: con legno altrui ci si costruisce una barca). In tal caso il codice vigente (a differenza del precedente che invece dava prevalenza alla proprietà) dà valore all'elemento del lavoro: il fondamento dell'acquisto della proprietà è dato dal lavoro umano. Pertanto, la proprietà della cosa così ottenuta:

— spetta, di regola, a colui che ha compiuto il lavoro (cd. specificatore) (previo pagamento del valore della materia);

— spetta, invece, al proprietario della materia, soltanto se il valore di essa è di molto superiore al valore della mano d'opera (previo pagamento del prezzo di quest'ultima).

Unione, commistione e specificazione sono tipiche figure di accessione di mobile a mobile.

L'accessione nella comunione legale tra coniugi

Secondo l'orientamento prevalente, nel regime di comunione legale, la costruzione realizzata durante il matrimonio da entrambi i coniugi, sul suolo di proprietà personale ed esclusiva di uno di essi, appartiene esclusivamente a quest'ultimo in virtù delle disposizioni generali in materia di accessione e, pertanto, non costituisce oggetto della comunione legale, ai sensi dell'art. 177, comma 1, lett. b). In tale ipotesi, la tutela del coniuge non proprietario del suolo, opera non sul piano del diritto reale (nel senso che in mancanza di un titolo o di una norma non può vantare alcun diritto di comproprietà, anche superficiaria, sulla costruzione), ma sul piano

obbligatorio, nel senso che a costui compete un diritto di credito relativo alla metà del valore dei materiali e della manodopera impiegati nella costruzione (Cass. S.U. 651/1996). Un diverso orientamento afferma, invece, che l'art. 177, lett. a), secondo cui gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio costituiscono oggetto di comunione, è una norma che si pone in un rapporto di specialità con l'art. 934, e quindi prevale su quest'ultima, perché rispetto a questa ha, come elemento specializzante, il rapporto di coniugio esistente tra il proprietario del suolo e chi con il medesimo proprietario concorre alla realizzazione su tale suolo di una costruzione. Costituisce, pertanto, oggetto di comunione legale la costruzione del fabbricato realizzato in costanza di matrimonio su terreno di esclusiva proprietà di uno dei coniugi (Trib. Massa 3-3-1994).

Modi di acquisto a titolo derivativo

I modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo sono:

1) contratti traslativi di proprietà (ad es., compravendita);

2) trasferimenti coattivi (ad es., espropriazione);

3) successione a titolo di eredità o di legato.

L'acquisto a non domino

In diritto, l'espressione acquisto a non domino (cioè alla lettera, in latino, "da chi non è padrone, proprietario") indica, genericamente, una situazione nella quale un soggetto acquista un diritto di proprietà su di un bene che proviene da un soggetto non qualificabile come titolare del diritto stesso. L'espressione in parola andrebbe riferita a una categoria di fattispecie acquisitive del diritto, eterogenee tra loro e connotate da una propria specifica disciplina giuridica. Il concetto di acquisto a non domino comprende, oltre all'acquisto dal non proprietario, anche l'acquisto di un diritto che non esiste.

Queste ipotesi sono accomunate dalla situazione descritta sopra, cioè la provenienza del diritto di proprietà da un soggetto non titolare dello stesso. Questa sfasatura avviene o perché il disponente non dominus non ha mai acquisito il diritto oppure perché è diventato dominus successivamente, perché ad esempio, il suo titolo di acquisto è stato posto nel nulla con effetti retroattivi.

Al fine di garantire la speditezza dei traffici giuridici, la legge tutela prevalentemente l'acquirente, che, a determinate condizioni, acquisisce il bene.

Il proprietario reale, viceversa, si può rivalere sul proprietario apparente.

Come modo di acquisto della proprietà a titolo originario, l'acquisto a non domino è regolato dagli articoli 1153 e seguenti del codice civile.

Colui al quale è alienata una cosa mobile da chi non ne è proprietario ne acquista la proprietà attraverso il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà.

Perché l'acquisto a non domino sia pienamente valido, il titolo attraverso il quale il diritto passa dall'alienante all'acquirente deve essere astrattamente idoneo, esso cioè deve essere in sé e per sé valido, garantendo la titolarità del disponente.

Altro requisito delle fattispecie acquisitive a non domino è la necessità, ai fini della protezione giuridica, della buona fede dell'acquirente.

L'acquisto del diritto che segue in capo all'avente causa a non domino ne tutela l'affidamento e la situazione di apparenza che si viene a creare in relazione a casi normativamente previsti.

La buona fede conosce dei limiti dove il bene oggetto del diritto sia sottoposto a una registrazione (es. immobili, mobili). Se si possa applicare la regola possesso vale titolo (per i beni mobili non registrati), il possesso acquisisce carattere di requisito.

Si utilizza tradizionalmente l'espressione possesso vale titolo per indicare il fatto che il possesso qualificato supplisce la mancanza di un titolo valido di trasferimento.

Il trasferimento della proprietà in questo caso non si può attuare a titolo derivativo (nessuno può trasferire un bene che non è suo). In questi casi l'acquisto della proprietà avviene a titolo originario, attraverso il possesso, purché il possessore sia in buona fede, cioè ignori che il suo dante causa non era proprietario e sussista un titolo (che deve essere un contratto valido, improduttivo dell'effetto traslativo della proprietà solo perché l'alienante non è proprietario). La norma è posta a favore dell'acquirente, non dell'alienante, e il primo, se preferisce, può rinunciare a giovarsene e chiedere la risoluzione del contratto (ex art. 1479 c.c.).

L'acquisto a non domino determina l'estinzione dei diritti minori che gravavano sulla cosa, a meno che l'acquirente fosse a conoscenza della loro esistenza o ne potesse venire a conoscenza con un minimo di diligenza. L'importanza di questo modo di acquisto della proprietà sta nella sicurezza che attribuisce al compratore di cosa mobile, al quale per essere sicuro di aver comprato bene, è sufficiente conseguire in buona fede il possesso della cosa. L'interesse del terzo proprietario è diretto a soccombere di fronte a un interesse valutato come di ordine superiore.

L'interesse a una sicura, ampia e rapida circolazione dei beni mobili.

Nello stesso modo si acquistano, oltre alla proprietà, altri diritti reali su cose mobili e il pegno. Non si può acquistare attraverso il possesso la proprietà su universalità di beni mobili (non diretti alla circolazione) né quella dei beni mobili iscritti in pubblici registri. Quando manca almeno una delle due condizioni menzionate, la buona fede e il titolo idoneo, l'acquisto della proprietà può ancora avvenire per usucapione, cioè attraverso il possesso prolungato nel tempo, rispettivamente dieci o venti anni. Le

fattispecie basate sul possesso potrebbero essere considerate come a titolo originario.

Le altre dovrebbero essere definite come modalità acquisitive a titolo derivativo, dovendosi individuare il fondamentale requisito fondante di esse nell'atto di disposizione del non dominus, vale a dire nel titolo astrattamente idoneo. Questa opinione non dipende dalla fondamentale considerazione dell'indiscutibile presenza, nei casi di acquisto a non domino, proprio dell'atto di disposizione posto in essere dal soggetto non titolare del diritto alienato.

Se questo è l'unico elemento che insieme alla buona fede del subacquirente, si pone come imprescindibile, è forse praticabile una ricostruzione unitaria delle ipotesi che sia basata su di esso. Si potrebbe prospettare in questo senso un tertium genus di modalità acquisitive del diritto, che partecipi in qualche misura alle caratteristiche degli acquisti a titolo originario, e in un'altra di quelli a titolo derivativo. Quello che conta è la rilevanza giocata dall'atto di disposizione. Esso non viene considerato come atto negoziale, produttivo di effetti riferibili alla volontà delle parti, ma come semplice fatto, come semplice elemento di una fattispecie acquisitiva complessa.

Per questo motivo, se si dovesse forzatamente insistere per qualificare espressamente le fattispecie acquisitive a non domino nell'alveo delle due categorie tradizionali sarebbe difficile negarne la natura originaria. Un titolo astrattamente idoneo, è un titolo non viziato, valido, se si fa eccezione al vizio di non provenire dal soggetto titolare del diritto.

Non si deve trattare di un atto viziato da nullità o da annullabilità.

L'efficacia sanante della fattispecie acquisitiva nella quale consiste l'acquisto a non domino esplica la propria forza esclusivamente sotto il profilo dell'assenza in capo al disponente della titolarità del diritto e non sotto l'aspetto di una sanatoria di altri vizi.

L'espressione "acquisto a non domino " indica una fattispecie acquisitiva complessa, caratterizzata dall'efficacia attributiva del diritto in capo all'acquirente nonostante il difetto di legittimazione nell'alienante, in relazione alla quale il titolo formato dal non dominus e la buona fede dell'acquirente sono gli elementi particolari ed essenziali.

Il dante causa è autore rispetto all'acquirente esclusivamente in senso formale, non sostanziale, lo impedisce il principio " nemo plus juris in aliud transferre potest quam ipse abet " Oltre agli elementi costanti, come il titolo astrattamente idoneo e la buona fede, esistono elementi che possono essere considerati variabili rispetto alle singole fattispecie acquisitive:

— Il possesso.
— La trascrizione del titolo.

— L'eventuale decorso del tempo.

Una autorevole dottrina ha ritenuto di fare riferimento al possesso come elemento di distinzione tra i vari casi, distinguendo le fattispecie acquisitive a non domino fondate sul possesso da quelle che non dipendono da esso. La differenziazione sembra più che altro derivare dall'apprezzamento della specie del conflitto che viene disciplinato. In relazione a questo aspetto si deve ricordare la nozione di "conflitti verticali" e di "conflitti orizzontali".

La doppia alienazione di quote societarie

La Riforma del diritto societario innova radicalmente il trattamento della doppia alienazione di quota di società a responsabilità limitata a opera del medesimo venditore a favore di due diversi acquirenti. Prima della Riforma si era ritenuto principalmente che questo caso fosse regolato dal principio generale (prior in tempore potior in iure) in base al quale tra i due acquirenti prevale colui che per primo ha stipulato il contratto di acquisto.

In sostanza il doppio venditore con la prima vendita perde la legittimazione a disporre della quota, avendola già alienata, con il risultato che il secondo acquirente non può quindi acquistare nulla, avendo il secondo acquirente già effettuato l'acquisto della quota medesima. Anche dopo la legge 310/1993, in assenza di una norma specifica, non si è mai potuto ritenere che il Registro delle Imprese fosse dotato delle medesime peculiarità dei registri immobiliari ove la formalità eseguita per prima (anche se discendente da un atto stipulato posteriormente) prevale su quella eseguita dopo (articolo 2644 Codice Civile).

La Riforma predisposta dalla Commissione Vietti opera in questo campo una radicale innovazione: viene infatti introdotta la rivoluzionaria previsione che anche la pubblicità nel Registro delle imprese (analogamente a quella nei registri immobiliari) ha effetto dichiarativo per gli acquisti (e cioè di consentire la prevalenza di chi per primo effettua l'adempimento pubblicitario indipendentemente dalla priorità nella data di stipula del contratto traslativo), di modo che viene previsto che se la quota è alienata con successivi contratti a più persone quella che ne ha effettuato in buona fede l'iscrizione nel Registro delle Imprese è preferita alle altre anche se il suo titolo è di data posteriore (articolo 2470 terzo comma del Codice Civile). Questa regola di conflitto serve ovviamente anche a dirimere il contrasto, per esempio, tra un creditore che esegua un sequestro o che consegua un pegno e l'acquirente della piena proprietà di una partecipazione o di un diritto di usufrutto su di essa.

A dire il vero non vi è completa equiparazione del Registro delle Imprese al sistema della pubblicità immobiliare, ove la buona fede del secondo acquirente-primo trascrivente non conta (ai fini della prevalenza sul primo acquirente in quanto ben conta invece in tema di sua responsabilità per danni). Nel campo del trasferimento delle partecipazioni invece la prevalenza del primo trascrivente è corroborata da un

mix (tra le regole della pubblicità immobiliare e quelle di circolazione dei beni mobili e dei titoli di credito: articoli 2644, 1153 e 1155 Codice Civile) dato dalla più tempestiva esecuzione dell'onere pubblicitario e dalla sua condizione di buona fede.

Va detto che la buona fede è un requisito che deve sussistere in capo all'acquirente al momento dell'esecuzione della formalità pubblicitaria.

Quindi la regola in base alla quale è sufficiente che la buona fede vi sia al tempo dell'acquisto, nel senso che non rileva la mala fede sopravvenuta, va adattata al caso in esame ove va quindi detto che la mala fede sopravvenuta tra la data dell'acquisto e la data di iscrizione nel Registro delle Imprese pregiudica l'acquisto di chi abbia stipulato successivamente un altro contratto traslativo avente ad oggetto le medesime parti.

Resta comunque fermo che, come regola generale, la buona fede si è presunta (articolo 1147 terzo comma Codice Civile) e che quindi è onere probatorio del primo acquirente leso dagli altrui più tempestiva pubblicità di provare lo stato di mala fede della controparte per impedirne l'acquisto.

L'acquirente dal dante causa che non è titolare della quota può invocare l'acquisizione della titolarità della quota invocando l'applicabilità dell'articolo 1153 Codice Civile in tema di beni mobili registrati.

L'acquisto a non domino della quota di società a responsabilità limitata?

Il problema è che seppur la quota sia considerabile in termini di bene mobile non si può tuttavia da ciò giungere all'applicazione dell'articolo 1153 Codice Civile sull'acquisto dei beni mobili a non domino. Presupposto di quest'ultima norma, infatti, è quello che si tratti di un bene mobile non registrato nella cui circolazione ha dunque massimo rilievo (unitamente ad altri presupposti quali la buona fede e il titolo idoneo) la pubblicità che si determina con la consegna della cosa stessa dal non dominus all'avente causa a non domino. Ma ove un sistema pubblicitario invero sia predisposto appunto per supportare la trasmissione dei beni che in quel sistema siano registrati (e quindi ove il surrogato della pubblicità creata dalla consegna non possa dispiegare la propria valenza in quanto schiacciato sotto il peso della pubblicità legale predisposta dal legislatore) allora l'acquisto a non domino non si rende possibile.

Cosicché la quota si società a responsabilità limitata, che è bene mobile registrato al pari degli immobili e degli altri beni soggetti a registrazione ben si può acquistare a non domino, ma con gli effetti di cui all'articolo 1478 Codice Civile e cioè con l'effetto che l'acquirente può acquistare la titolarità del bene solo nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa.

L'USUCAPIONE a cura di Rita Sabelli

CONCETTI GENERALI

L'usucapione e' definita "il mezzo in virtu' del quale, per effetto del possesso protratto per un certo tempo e, talora, di altri requisiti, si produce l'acquisto dlla proprieta' o dei diritti reali di godimento". Il codice civile se ne occupa negli articoli dal 1158 al 1167. La si puo' anche definire quel passaggio di un diritto, in cui un soggetto -il proprietario "inerte"- perde la titolarita' di un bene mentre un altro soggetto -quello effettivamente in possesso del bene, che se ne occupa- contemporaneamente lo acquisisce. Non e' possibile acquisire un diritto diverso da quello esercitato: per esempio chi -senza titolo ma solo possedendo- esercitasse di fatto un diritto connotabile come affitto, non potrebbe usucapire un diritto di proprieta' sul bene. Possono venire usucapiti esclusivamente la proprieta' e i cosiddetti diritti reali di godimento, ovvero l'usufrutto, l' uso, l'abitazione, le servitu', etc.

Schematicamente parlando, i tempi necessari per l'usucapione sono:

- 20 anni di possesso continuato per i beni immobili[9];

- 10 anni dalla data di trascrizione per gli immobili acquistati in buona fede da chi non e' proprietario dell'immobile, in presenza pero' di un titolo idoneo a trasferire la proprieta' che sia stato debitamente trascritto. Stessa cosa anche per gli altri diritti reali di godimento gia' detti;

- 20 anni di possesso continuato per i beni mobili;

- 10 anni di possesso continuato per i beni mobili, relativamente alla proprieta' o altri diritti reali acquisiti in buona fede da chi non ne e' il proprietario, in presenza o meno di titolo idoneo. Se il possessore e' in mala fede occorre invece che passino 20 anni;

- 10 anni di possesso continuato per i beni mobili iscritti nei pubblici registri;

- 3 anni dalla trascrizione per i beni mobili iscritti nei pubblici registri acquistati in buona fede[10] da chi non ne e' proprietario, in presenza di un titolo idoneo a trasferire la proprieta' che sia stato debitamente trascritto.

L'acquisizione del diritto per usucapione avviene ex-lege, nel momento stesso in cui matura il termine previsto. Chi acquisisce il diritto puo' tuttavia promuovere un "giudizio di accertamento" dell'usucapione per ottenere definitivamente un titolo utile per la trascrizione. Sono esclusi dall'usucapione i diritti aventi per oggetto beni demaniali e del patrimonio dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali.

[9] - quella che si perfeziona in venti anni e' detta usucapione ordinaria. Le altre sono usucapioni brevi.

[10] -due parole sulla buona fede. Essa corrisponde all'ignoranza di ledere, con il proprio possesso, un diritto altrui, e deve esistere al momento in cui si acquista il possesso. Ovvio che tale "buona fede" dell'acquirente puo' essere contestata considerando la concreta possibilita' a carico di quest'ultimo di poter accertare (o comunque di poter nutrire consistenti dubbi), tramite verifica dei registri immobiliari, l'effettiva proprieta' in testa al suo alienante.

UN CASO PARTICOLARE: usucapione speciale per i fondi rustici

Caso a se' e' quello relativo all'acquisto per usucapione del diritto di proprieta' su fondi rustici (e relativi immobili) posti nelle zone montane cosi' come definite dalla legge n. 1102/71, art.3 o nei Comuni "a basso reddito" . In questo caso sono sufficienti 15 anni di ininterrotto possesso a titolo di proprieta'.

Nel solito caso di acquisto da parte di terzo di buona fede da soggetto non proprietario, con atto regolarmente trascritto, sono sufficienti 5 anni dalla trascrizione -senza che l'usucapione venga interrotta- per confermare la regolarita' del trasferimento. Si discute sulla difficolta' che -trattandosi di fondi rustici- si puo' creare per la necessita' della trascrizione. Nel caso in cui venga venduto un fondo confinante con un altro la cui proprieta' sia stata usucapita, se il proprietario di quest'ultimo non ha fatto conoscere al vicino la sua posizione di proprietario, non puo' legittimamente pretendere di venirne informato per poter usufruire della prelazione prevista per i fondi rustici.

REQUISITI

I requisiti dell'usucapione sono:

- il decorso del tempo;

- il possesso, che deve essere continuo (non interrotto) e privo di vizi.

La continuita'

Perche' si possa avere usucapione il possesso deve manifestarsi permanentemente, senza interruzioni di alcun tipo. Allo stesso tempo ci dev'essere la totale inerzia dell'effettivo proprietario, che di fronte al manifestarsi di tale possesso deve rimanere indifferente e inattivo.

Per essere chiari, e' del tutto diverso il caso in cui il possesso venga meramente "tollerato" con spirito di accondiscendenza per ragioni di amicizia e/o buona vicinanza, quindi con una sorta di accordo (del tipo "ti consento di passare sul mio terreno").

Si puo' fare un esempio pratico evidenziando nel contempo la differenza tra "detenzione" di un bene e possesso dello stesso. Se un amico ci ha prestato la bicicletta essa e' in nostra detenzione, custodia, e cio' non puo' dare inizio ad alcun iter di usucapione. Se pero' noi decidiamo ad un certo punto di non restituirla e comunichiamo all'amico l'intenzione di entrarne in "possesso", da quel momento puo' partire l'iter dell'usucapione, con il tacito consenso dell'amico. Ovvio che qualora questi ci intimi di restituire la bicicletta, venga a riprendersela o ci invii una lettera dove puntualizza che dobbiamo renderla perche' sua, allora tutta la "procedura" di usucapione si annullera'.

Attenzione! Non basta solo che l'amico non chieda piu' la bicicletta indietro per TOT anni, e' necessario che lo faccia dopo essere stato informato della nostra intenzione di diventare "proprietari" della bicicletta. E' da rilevare che la prova della continuita' del possesso grava sul soggetto che intende far valere l'usucapione. E' una prova difficilissima da fornire, perche' si tratta di dimostrare il possesso continuato, giorno per giorno, per tutto l'arco di tempo richiesto.

L'interruzione si puo' avere perche' il diritto non viene esercitato per un certo periodo di tempo (minimo un anno), partendo dal giorno a cui si puo' far risalire la cessazione del possesso (interruzione naturale) oppure per effetto di atti giuridici intervenuti, tipicamente l'azione con la quale l'effettivo proprietario rivendica il proprio diritto (interruzione civile per "azione di rivendicazione"). Se quindi per almeno un anno il soggetto interessato ad usucapire il diritto non lo esercita, (a causa della perdita del possesso del bene, dell'abbandono dello stesso, dell'intervento di un terzo, di un evento naturale, etc.) si ha interruzione e tutto l'"iter" di usucapione viene annullato.

In tal caso il possesso puo' essere recuperato con un'azione specifica che consente di annullare l'interruzione ("azione di reintegrazione"), da farsi entro lo stesso termine di un anno. Si ha interruzione anche quando il possessore, con un atto, riconosce l'altrui diritto e quindi esprime la volonta' di attribuire all'effettivo titolare il diritto reale da lui esercitato.

E' bene precisare che l'interruzione civile delll'usucapione, proprio perche' essa e' una "prescrizione acquisitiva", segue le regole dell'interruzione della prescrizione. Essa non puo' quindi esser rilevata d'"ufficio" (da un giudice) ma deve essere opposta dalla parte interessata con uno specifico atto giudiziale (per esempio l'azione di rivendica del proprietario).

In particolare per le usucapioni che riguardano gli immobili la Cassazione si e' piu' volte espressa sancendo che l'interruzione puo' aversi -oltre che con un atto che comporti la perdita materiale del potere del possessore sulla cosa per almeno un anno-, con "atti giudiziali diretti ad ottenere la privazione del possesso nei confronti del possessore usucapiente". Occorre quindi la notifica di un atto di citazione a cui segua un'azione davanti al giudice. Non basta la notifica di una "semplice" diffida o messa in mora che risultino ignorate (Cassazione sentenza 9845/03).

Mancanza di vizi

L'azione di possesso che determina l'inizio dell'usucapione non puo' esprimersi in maniera violenta o clandestina. Si ha violenza quando il possesso e' iniziato contro la volonta' espressa dell'effettivo proprietario mediante uso di forza fisica (per esempio una rapina). La clandestinita' si ha invece quando la presa di possesso avviene con artifizi che la nascondano all'effettivo proprietario o in modo tale che quest'ultimo non possa accorgersene, per esempio perche' assente (per esempio il furto).

L'usucapione inizia a decorrere solo dal momento in cui violenza e coercizione -o, nel caso, clandestinita'- vengono a cessare.

Un altro importante requisito: si usucapisce solo il diritto esercitato

Come gia' accennato, non e' possibile esercitare un certo diritto reale ed acquisirne un altro. Esercitando per esempio un diritto reale di godimento (uso, usufrutto, etc.), non si potra' usucapire la proprieta'. Nel caso in cui questo diritto reale si tramuti in proprieta', l'usucapione del diritto di proprieta' inizia a decorrere da quando il diritto esercitato e' mutato, e si e' iniziato ad esercitare quest'ultimo.

L'usucapione dei beni in compossesso

Per usucapire un bene comune il possesso deve essere incompatibile con quello degli altri comproprietari. Per i beni in "compossesso", ai fini dell'usucapione, l'utilizzo esclusivo della cosa comune da parte del singolo compossessore non risulta sufficiente, essendo necessaria invece la dimostrazione concreta del possesso esclusivo sul bene comune, apertamente antitetico e chiaramente incompatibile con il possesso altrui, e l'onere della prova grava su colui il quale invoca l'avvenuta usucapione del bene comune. Questo il principio di diritto ribadito dalla Corte di Cassazione nella sentenza 16414, pubblicata il 4 luglio 2017. La Corte d'Appello di Roma, bocciando il sì del Tribunale a una richiesta di usucapione di un terreno avanzata da due dei "compossessori", spiegava che «il comproprietario può usucapire la quota degli altri comproprietari estendendo la propria signoria di fatto sulla res communis in termini di esclusività, ma che a tal fine non è sufficiente che gli altri partecipanti si siano limitati ad astenersi dall'uso della cosa, occorrendo, per converso, che il comproprietario usucapiente ne abbia goduto in modo inconciliabile con la possibilità di godimento altrui, in modo tale, cioè, da evidenziarne una inequivoca volontà di possedere uti dominus e non più uti condominus», circostanza, a dire della Corte territoriale, che non sarebbe emersa nel corso del giudizio. La Suprema corte ritiene corretta la decisione della Corte d'appello, atteso che la stessa si è uniformata al principio di diritto per cui in tema di compossesso, il godimento esclusivo della cosa comune da parte di uno dei compossessori non è, di per sé, idoneo a far ritenere lo stato di fatto così determinatosi funzionale all'esercizio del possesso per usucapione e non anche, invece, conseguenza di un atteggiamento di mera tolleranza da parte dell'altro compossessore. Risulta quindi necessario, a fini dell'usucapione, la manifestazione del dominio esclusivo attraverso un'attività durevole, apertamente contrastante e inoppugnabilmente incompatibile con il possesso altrui, gravando l'onere della relativa prova su colui che invochi l'avvenuta usucapione del bene (Cassazione, sentenze 19478/2007, 12775/2008 e 17512/2016. Nel caso concreto, afferma la Corte di Cassazione, non solo non è stata raggiunta questa prova, ma anche la scrittura privata intervenuta tra i comproprietari non dimostra che gli stessi abbiano inteso dismettere il loro diritto limitandosi, al contrario, a suddividere la spesa necessaria all'accatastamento del bene comune. Peraltro, l'assenza di manifestazione del dominio esclusivo impedisce anche

l'eventuale tutela possessoria da parte del comproprietario, atteso che «La disposizione dell' art. 1102, comma 2, c.c., secondo la quale il partecipante alla comunione non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso, impedisce al compossessore, che abbia utilizzato la cosa comune oltre i limiti della propria quota, non solo l'usucapione ma anche la tutela possessoria del potere di fatto esercitato fino a quando questo non si riveli incompatibile con l'altrui possesso. Le concrete modalità di godimento della cosa comune, desumibili dall'art. 1102 c.c., assurgono, dunque, a possibile contenuto di una posizione possessoria tutelabile contro tutte le attività con le quali uno dei compossessori comproprietari unilateralmente introduca una modificazione che sopprima o turbi il compossesso degli altri». (da Il Sole24Ore del 11/07/2017)

La Multiproprietà

di Michele Filippelli

La multiproprietà o time sharing, è il contratto di godimento a tempo parziale di un bene immobile con il quale un fornitore cede, a titolo oneroso, a un consumatore il diritto di utilizzare periodicamente uno o più immobili per un tempo determinato (CASELLI).

1.Natura giuridica

Al momento della stipula del contratto l'acquirente della multiproprietà, sceglie, tra i periodi dell'anno disponibili, quello di proprio gradimento, con queste ulteriori particolarità:

a) il prezzo varia da periodo a periodo;

b) durante il resto dell'anno i locali sono a disposizione di altre persone;

c) sulla stessa unità abitativa grava, quindi, una pluralità di diritti, tanto che si parla, con riferimento a tale istituto, di proprietà turnaria (CARLEO).

Sotto il profilo giuridico, la multiproprietà si colloca tra la locazione e la proprietà, e può manifestarsi in diverse forme presentando una durata variabile così come il valore economico varia in seguito alla posizione, stagione, dimensioni dell'immobile, comfort, ecc.

Nell'ordinamento giuridico italiano si acquista, in genere, un diritto su una porzione di immobile per un determinato periodo dell'anno, mentre nell'ordinamento anglosassone (time sharing) si acquista una porzione di tempo e la gestione delle quote viene affidata ad un trust. Esistono anche formule miste, come **la nouvelle propriètè** francese, in cui si acquista interamente l'immobile, ma è trasferito contemporaneamente il diritto di usufrutto decennale a una società di gestione, che l'utilizza per locare l'immobile ad altri.

2.Disciplina generale

Il contratto di multiproprietà, nell'arco di quest'ultimo ventennio, è stato protagonista di una profonda dinamicità normativa, evolvendosi e distinguendosi in forme e modalità sempre più nitide, incidendo, per l'effetto, radicalmente sulla struttura ed applicabilità del negozio de quo. La legislazione in Europa, a parte la specificità e peculiarità delle forme giuridiche in vigore nei diversi Paesi membri, trova una base comune nella direttiva 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26.10.1994, adottata dall'UE, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, che accorda alcuni diritti agli acquirenti di beni in multiproprietà applicabili in tutta l'U.E. al fine di fissare un regolamento uniforme per la tutela stessa dei consumatori.

La direttiva ha introdotto una normativa quadro destinata a vincolare i singoli legislatori europei nell'adozione di una regolamentazione interna atta a proteggere il consumatore nei rapporti negoziali aventi ad oggetto l'acquisto del diritto di godimento a tempo parziale.

Tre sono gli elementi fondanti della direttiva:

a) l'obbligo per il venditore di fornire tutte le informazioni tecniche e giuridiche, le più dettagliate possibile, inerenti l'operazione da perfezionare nella fase della sua trattativa;

b) la possibilità per l'acquirente di recedere, anche ad nutum, dal contratto;

c) il divieto per il venditore di esigere dall'acquirente somme di denaro a qualsiasi titolo fino alla scadenza del termine concesso per l'esercizio del diritto di recesso.

Il 13 febbraio 1999 entrava in vigore il decreto legislativo 9 novembre 1998 numero 427, attuativo della suindicata direttiva europea 94/47/CE.

Con il decreto attuativo veniva introdotta anche la nozione di contratto di multiproprietà.

All'articolo 1, lett. a, del D. Lgs. n. 427/1998, infatti, **si affermava che per tale si intendeva un contratto della durata di almeno tre anni con il quale, verso pagamento di un prezzo globale, veniva costituito o trasferito, o si prometteva di costituire o trasferire, direttamente o indirettamente, un diritto reale ovvero un altro diritto avente ad oggetto il godimento su uno o più beni immobili, per un periodo determinato o determinabile dell'anno non inferiore ad una settimana.**

Giova immediatamente segnalare che restava, dunque, dubbia la sorte di tutti quei contratti di durata inferiore ai tre anni.

L'aver, comunque, disciplinato un godimento temporale minimo del contratto, consentì di concludere accordi - avente ad oggetto il godimento a turnazione di beni immobili - , anche limitati nel tempo, che rientravano di diritto nella qualificazione di multiproprietà. Difficoltà ermeneutiche sorsero, all'evidenza, per quelle ipotesi di multiproprietà, oramai da tempo diffuse sul mercato, nelle quali era previsto un periodo di godimento dell'immobile inferiore alla settimana.

Sarebbe stato necessariamente compito, in un primo momento, della giurisprudenza e della dottrina, in sede di interpretazione, ed in un secondo momento di ulteriori interventi normativi, stabilire se ipotesi di contratto di tal fatta (con godimento limitato) fossero da ricomprendersi nella fattispecie regolata oppure no.

Ma andiamo con ordine.

All'art. 1, lett. b) del D. lgs. 9 novembre 1998, n. 427, viene fornita la definizione dei soggetti del rapporto: ossia il "venditore e l'acquirente".

Il venditore è la persona fisica o giuridica che nell'ambito della sua attività professionale costituisce, trasferisce o promette di costituire o di trasferire il diritto oggetto del contratto; a questi è equiparato, ai fini dell'applicazione del decreto, colui il quale, a qualsiasi titolo, promuove la costituzione, il trasferimento o la promessa di trasferimento del diritto oggetto del contratto. L'equiparazione in esame è evidentemente strumentale al fine di scongiurare che gli obblighi gravanti sul cedente vengano aggirati con la partecipazione di agenti immobiliari o promotori che si frappongono tra il venditore e l'acquirente. L'acquirente, invece, è la persona fisica, che non agisce nell'ambito della sua attività professionale, in favore della quale viene costituito, si trasferisce o si promette di costituire o di trasferire il diritto oggetto del contratto. L'art. 1, lett. d), D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427, fornisce poi la definizione di bene immobile, affermando essere tale "un immobile o parte di esso per uso di abitazione anche turistico - ricettivo su cui verte il diritto oggetto del contratto".

Avendo riguardo alla tutela del consumatore, sub specie di obblighi di informazione e trasparenza, la normativa in esame prevede la consegna di un documento informativo ad ogni persona che richieda notizie o delucidazioni sul bene immobile.

Il venditore in particolare è tenuto a rendere informazioni complete circa i seguenti elementi:

a) il diritto oggetto del contratto, con specificazione della natura e delle condizioni di esercizio di tale diritto nello Stato in cui è situato l'immobile; se tali ultime condizioni sono soddisfatte o, in caso contrario, quali occorre soddisfare;

b) l'identità e il domicilio del venditore, con specificazione della sua qualità giuridica, l'identità e il domicilio del proprietario;

c) nel caso in cui l'immobile sia determinato, la descrizione dello stesso e la sua ubicazione; nel caso in cui invece l'immobile non sia ancora determinato bisogna fornire gli estremi della concessione edilizia e delle leggi regionali che regolano l'uso dell'immobile con destinazione turistico - ricettiva e, per gli immobili situati all'estero, gli estremi degli atti che garantiscano la loro conformità alle prescrizioni vigenti in materia, nonché lo stato di avanzamento dei lavori di costruzione dell'immobile e la data entro la quale è prevedibile il completamento degli stessi; inoltre è da aggiungere anche lo stato di avanzamento dei lavori relativi ai servizi, quali il collegamento alla rete di distribuzione di gas, elettricità, acqua e telefono ed infine, in caso di mancato completamento dell'immobile, le garanzia relative al rimborso dei pagamenti già effettuati e le modalità di applicazioni di queste garanzie;

d) i servizi comuni ai quali l'acquirente ha o avrà accesso, quali luce, acqua, manutenzione, raccolta di rifiuti con le relative condizioni di utilizzazione e le strutture comuni alle quali l'acquirente ha o avrà accesso, quali piscina, sauna ed altre con le relative condizioni di utilizzazione, con in aggiunta le norme applicabili in materia di manutenzione e riparazione dell'immobile, nonché in materia di amministrazione e gestione dello stesso;

e) il prezzo globale, comprensivo di iva, che l'acquirente verserà quale corrispettivo; la stima dell'importo delle spese, a carico dell'acquirente, per l'utilizzazione dei servizi e delle strutture comuni e la base di calcolo dell'importo degli oneri connessi all'occupazione dell'immobile da parte dell'acquirente, delle tasse e imposte, delle spese amministrative accessorie per la gestione, la manutenzione e la riparazione, nonché le eventuali spese di trascrizione del contratto;

f) le informazioni circa il diritto di recesso dal contratto con l'indicazione degli elementi identificativi della persona alla quale deve essere comunicato il recesso stesso, precisando le modalità della comunicazione e l'importo complessivo delle spese, specificando quelle che l'acquirente in caso di recesso è tenuto a rimborsare;

g) le modalità, infine, per ottenere ulteriori informazioni.

Il venditore non può apportare modifiche agli elementi del documento informativo, tranne che nel caso in cui le stesse non siano dovute a circostanze indipendenti dalla sua volontà; ma in tal caso le modifiche devono essere comunicate alla parte interessata prima della conclusione del contratto e inserite nel documento stesso, anche se, dopo la consegna del documento informativo, le parti possono accordarsi per modificare tale documento.

Per ciò che riguarda l'obbligo di consegna del documento informativo quest'ultimo trova la propria ratio nella necessità di approntare una disciplina specifica per la fase delle trattative che precedono la conclusione del contratto. A titolo esemplificativo, è per chi non veda, infatti, che l'inserimento dell'unità immobiliare in complessi dotati di infrastrutture condominiali articolate (aree verdi, impianti sportivi ecc.) impone al

consumatore/acquirente l'obbligo di sopportare una serie di costi aggiuntivi rispetto al pagamento del corrispettivo richiesto per l'acquisto del diritto; costi aggiuntivi che, generalmente, nella prassi, il potenziale acquirente non è grado di quantificare autonomamente.

Soltanto in esito ad una fase precontrattuale caratterizzata da informazioni esaustive e complete, l'acquirente potrà consapevolmente autodeterminarsi, soppesando i vantaggi ed i limiti del prodotto multiproprietà prescelto. In ragione di tali tutele del consumatore/acquirente deriva, dunque, l'esigenza di mettere a disposizione del cliente tutti quei dati che possono influenzare la valutazione relativa alla convenienza ed all'opportunità dell'acquisto; esigenza che viene soddisfatta con il riempimento di un prospetto informativo recante tutte le notizie necessarie per una scelta ponderata ed informata. Il prospetto informativo deve essere redatto per iscritto a pena di nullità nella lingua dello Stato in cui l'acquirente risiede o in quella di cui ha la cittadinanza.

La normativa in esame prevede inoltre quale ulteriore strumento di tutela a favore dell'acquirente il diritto di recesso. Viene infatti offerta al consumatore la possibilità di recedere dal contratto entro un tempo breve ma sufficiente per ponderare la peculiarità dell'acquisto effettuato. Il diritto di recesso inizialmente era consentito all'acquirente nel termine utile di 10 giorni (oggi è previsto, invece, un termine utile di 14 giorni per come disposto e modificato dalle disposizioni del D.Lgs. n. 79/2011 c.d. Codice del turismo del 21 giugno 2011), fatto salvo il tempo più lungo, di tre mesi o 12 mesi, concesso all'acquirente nell'ipotesi in cui il venditore sia stato inadempiente agli obblighi previsti. L'acquirente che si avvale del diritto di recesso non è obbligato al pagamento di alcuna penalità.

L'art. 7 del D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427, imponeva inoltre al venditore di prestare garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa solo se la costruzione dell'immobile non fosse stata completa. Per di più tale garanzia venne modificata, in senso riduttivo, all'atto della stesura finale del provvedimento, con la conseguenza che la fideiussione rimase obbligatoria soltanto nel caso che l'immobile non fosse pronto a garanzia dell'ultimazione dei lavori.

Sempre a tutela dell'acquirente, il D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427, prevedeva, infine, la nullità delle clausole contrattuali o dei patti aggiunti di rinuncia dell'acquirente ai diritti previsti dal decreto in questione o di limitazione di responsabilità previste dalla legge a carico del venditore.

*3.*La disciplina nel codice del consumo e nel codice del turismo

Con la promulgazione del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c. d. Codice del Consumo (abrogativo del D. Lgs. 9 novembre 1998 n. 427) e del recente D.Lgs. n. 79/2011, c.d. Codice del turismo, la disciplina sin qui esaminata è stata recepita con modifiche sostanziali agli articoli 69 e ss. Il D. Lgs. n. 427/1998, già modificato rispetto alla sua formulazione iniziale, prima dall'art. 4 della L. 135 del 29 marzo 2001, e dopo

dall'art. 10 della Legge 39 del 1° marzo 2002, è stato abrogato a seguito dell'entrata in vigore del Codice del consumo, abrogazione espressamente disposta dall'art. 146.

Le modifiche introdotte dal Codice del Consumo hanno avuto ad oggetto (oltre ad alcune correzioni formali) la definizione di acquirente (che richiama espressamente la nozione di "consumatore"), la disciplina del prezzo (che fa riferimento alla globalità degli esborsi che l'acquirente è chiamato a sopportare), la espressa salvaguardia nell'applicazione del Codice dei beni culturali e del paesaggio, nonché il coordinamento con le altre disposizioni del Codice contenenti disposizioni eventualmente più favorevoli al consumatore, così pervenendosi ad un risultato apprezzabile nella riconduzione della materia alla sistematicità della disciplina dei contratti del consumo.

L'entrata in vigore del D.Lgs. n. 79/2011, c.d. Codice del turismo, ha apportato delle novità alla preesistente disciplina contemplata dal Codice del consumo, adeguando il nostro ordinamento alla direttiva 2008/122/CE, per effetto della quale veniva sollecitato, agli Stati membri, un intervento mirato a colmare determinate lacune presenti all'interno degli ordinamenti giuridici al fine di armonizzare l'intero complesso normativo disponente la commercializzazione e la vendita della multiproprietà.

Tra le modificazioni al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, occorre preliminarmente evidenziare la sostituzione del dettato del titolo IV con il seguente: "Disposizioni relative ai singoli contratti. Capo I. Contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di vendita e di scambio".

In particolare, alle definizioni è dedicato l'articolo 69, che, a differenza della previgente normativa che lasciava inalterate le previsioni di cui al D. Lgs. n. 427/98, definisce il contratto di multiproprietà un contratto di durata superiore a un anno tramite il quale un consumatore acquisisce, a titolo oneroso, il diritto di godimento su uno o più alloggi per il pernottamento per più di un periodo di occupazione.

Di particolare interesse, a rafforzamento della tutela del consumatore, risulta l'art. 71 che, disciplinando le informazioni precontrattuali, prevede, in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta, che l'operatore fornisca al consumatore, in maniera chiara e comprensibile, informazioni accurate e sufficienti, con l'ausilio di un formulario informativo, a titolo gratuito su carta o supporto durevole di facile accessibilità al consumatore, redatte nella lingua italiana e in una delle lingue dello Stato dell'Unione europea in cui il consumatore risiede oppure di cui è cittadino, a scelta di quest'ultimo, purché si tratti di una lingua ufficiale della Unione europea.

L'articolo 72 indica i requisiti del contratto stabilendone la forma scritta ad substantiam in lingua italiana e tradotta nella lingua o una delle lingue dello Stato membro in cui risieda l'acquirente oppure, a scelta di quest'ultimo, nella lingua o in una delle lingue dello Stato di cui egli è cittadino, purché si tratti di lingue ufficiali dell'U.E.

Il codice prevede, inoltre, che il contratto di multiproprietà debba contenere espressamente l'identità e il domicilio dell'acquirente, la durata ed il termine del contratto, la clausola in cui si afferma che l'acquisto non comporta per l'acquirente altri oneri, obblighi o spese diversi da quelli stabiliti dal contratto ed infine, ovviamente, la data e il luogo di sottoscrizione del contratto.

L'articolo 73, recependo la disciplina del diritto di recesso riconosciuto all'acquirente/consumatore, dispone che lo ius poenitendi possa essere esercitato entro un periodo di 14 giorni naturali e consecutivi, a differenza delle precedente normativa che prevedeva un periodo massimo di giorni 10, dandone comunicazione alla persona indicata nel contratto o, in mancanza, al venditore a decorrere dalla conclusione del contratto definitivo o del contratto preliminare.

Il suddetto termine viene prorogato di 12 mesi e 14 giorni qualora il formulario di recesso separato, previsto dall'art.72, comma 4, non sia stato compilato dall'operatore e consegnato al consumatore per iscritto su carta o altro supporto durevole oppure di tre mesi e 14 giorni laddove le informazioni di cui all'art. 71 comma 1, non siano state fornite al consumatore per iscritto su carta o altro supporto durevole.

L'esercizio del diritto di recesso, ex art. 74, da un lato estingue l'obbligo tra le parti di eseguire il contratto, dall'altro libera il consumatore che lo esercita dal sostenere alcuna spesa, dal pagare alcuna penalità ed infine dall'essere obbligato a corrispondere una somma pari al valore dell'eventuale servizio reso prima del recesso.

Infine, il Codice del consumo, aggiornato alla normativa vigente disposta dal D. Lgs. n. 79/2011, agli artt. 75 e 81, vieta qualunque versamento di somme di denaro a titolo di acconto, prestazione di garanzie, l'accantonamento di denaro sotto forma di deposito bancario, il riconoscimento esplicito del debito od ogni altro onere da parte del consumatore in favore dell'operatore o di un terzo prima del decorso del termine per l'esercizio del diritto di recesso ed inasprisce, al contempo, la punizione rivolta all'operatore che contravviene alle norme indicate, per ogni singola violazione, individuata in una sanzione amministrativa pecuniaria da € 1.000,00 ad € 5.000,00, prevedendo ed applicando, inoltre, una pena accessoria all'operatore che abbia ripetutamente commesso una delle suddette violazioni, consistente nella sospensione dell'esercizio dell'attività da un minimo di 30 giorni ad un massimo di 6 mesi.

4.Giurisprudenza.

· Cass. Civ., sez. II, sentenza n. 6352 del 16 marzo 2010 ha statuito che deve ritenersi nullo, per indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto, il contratto preliminare che non specifichi nella sua concreta consistenza, ovvero in termini millesimali, il valore del diritto oggetto di trasferimento, risultando insufficiente l'impiego nella convenzione di espressioni generiche del tipo "quota di partecipazione indivisa", "la proprietà della quota millesimale" e "la proprietà della quota di partecipazione". Ciò sul presupposto che la quota di multiproprietà vada compiutamente individuata, essendo espressione concreta ed effettiva della partecipazione di ciascun comproprietario al godimento dell'unità abitativa, con inevitabili riflessi sul prezzo di vendita e sull'entità della partecipazione alle spese comuni.

· Trib. Parma, sentenza n. 995 del 7 luglio 2006 ha annullato per vizio di volontà il contratto di acquisto di una multiproprietà sottoscritto da due coniugi. Nella fattispecie la società venditrice aveva invitato la coppia in un prestigioso hotel e gli aveva illustrato e fatto sottoscrivere l'accettazione di un buono vacanza gratuito, rivelatosi una vera e propria proposta contrattuale. Il giorno dopo, alcuni rappresentanti della società proponente si recavano a casa della coppia per la sottoscrizione di un ulteriore modulo, in cui si indicava che l'eventuale recesso sarebbe costato 4.000 euro. Il Tribunale, pronunciando l'annullamento del contratto e la condanna della società venditrice alla restituzione delle somme versate dalla coppia compresi interessi e spese processuali, ha, in particolare, dichiarato che il recesso, per legge, non può essere condizionato da alcuna penalità, oltre tutto, nel caso di specie, di ammontare evidentemente spropositato.

· Trib. Firenze, sentenza n. 1481 del 2 aprile 2004 ha deciso che è assolutamente nullo il contratto di acquisto di un immobile in multiproprietà che l'acquirente è stato indotto a stipulare per effetto di false dichiarazioni della società venditrice, quando il contratto sia privo degli elementi prescritti dall'art. 3 del D.Lgs. n. 427/1998.

· Autorità garante per la concorrenza e il mercato, provv. n. 10319 del 28 gennaio 2002 ha affermato che, se l'atto di acquisto di un immobile in multiproprietà comprende la possibilità di scambiarlo con altri immobili che però non si trovano in località analoghe a quella prescelta, l'offerta è ingannevole; e di conseguenza ha vietato la diffusione di un messaggio pubblicitario di questo tipo. La delibera pronunciata dal Garante ha avuto origine dalla denuncia di un consumatore il quale aveva segnalato la presunta ingannevolezza, sulla base del D.Lgs. n. 74 del 25 gennaio 1992 (sulla pubblicità ingannevole e comparativa), del messaggio pubblicitario presentatogli da un incaricato di una società venditrice di multiproprietà, recatosi presso la sua abitazione. La visita era diretta a promuovere la vendita del diritto a usufruire per una settimana, in regime di multiproprietà, di un immobile che si trovava in un complesso turistico di Santo Domingo insieme alla possibilità, per l'acquirente, di scambiare l'utilizzazione del diritto sull'immobile

acquistato con quelli relativi ad alloggi residenziali ubicati in numerose altre località turistiche estive dotate di analoghe caratteristiche in diverse parti del mondo; il consumatore lamentava però che, in realtà, l'interscambio promesso sarebbe stato possibile anche con località turistiche meno rinomate, che peraltro erano le uniche usufruibili nel caso di indisponibilità di quelle migliori, e che, alla sua richiesta di interscambio, gli era stato risposto che l'unica località disponibile per gli anni 2001 e 2002 si trovava in Norvegia. A seguito della denuncia, il Garante della concorrenza ha aperto il procedimento per la verifica dell'eventuale ingannevolezza del messaggio pubblicitario oggetto della richiesta di intervento. Iniziata così l'istruttoria, il Garante della concorrenza ha chiesto alla società di fornire adeguate informazioni e documentazione. Ma la società venditrice non ha fornito al Garante della concorrenza nessuna risposta, né alcuno dei materiali richiesti, e così il Garante della concorrenza ha giudicato inesatti i vanti relativi alla possibilità di interscambio dell'immobile acquistato con altri alloggi ubicati in località denotate da analoghe caratteristiche e, dal momento che il messaggio pubblicitario denunciato era idoneo a indurre in errore i consumatori in ordine alle caratteristiche del prodotto e del servizio pubblicizzato, lo ha considerato una forma di pubblicità ingannevole e quindi ne ha vietato l'ulteriore diffusione.

• Trib. Chiavari, ordinanza 12 luglio 1989. Il caso giudicato riguardava una vendita, stipulata in Italia fra soggetti di nazionalità italiana, di un immobile in multiproprietà situato in un Paese extracomunitario (Santo Domingo). L'acquirente, indotto a firmare il contratto di acquisto dopo essere stato attirato con il pretesto di una vincita a un concorso e dopo avere versato 3 assegni postdatati alla società venditrice, aveva deciso di recedere dal contratto, ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. n. 427/1998, e aveva intanto chiesto al Tribunale l'autorizzazione al sequestro conservativo degli assegni già versati, mentre iniziava il giudizio per il riconoscimento del diritto di recesso. La società si era opposta al recesso dell'acquirente affermandone l'illegittimità perché il formulario firmato dall'acquirente conteneva una clausola secondo cui al contratto doveva applicarsi la legge di Santo Domingo. Ma il Tribunale ha accolto l'istanza di sequestro conservativo proposta dall'acquirente, rilevando che la unilaterale predisposizione di quella clausola era strumentale a eludere le garanzie previste dal D.Lgs. n. 427/1998. È stato osservato, infatti, che una simile clausola che esclude l'applicabilità del D.Lgs. n. 427/1998 o è nulla, perché le parti dovevano avere pattuito di disciplinare il contratto in base a legge diversa da quella italiana, oppure comporta una eccezione convenzionale alla facoltà di opporre eccezioni che nascono dalla disciplina del D.Lgs. n. 427/1998, che è a sua volta nulla ai sensi dell'art. 1341 c.c., quando non viene sottoscritta espressamente dall'aderente. E così il Tribunale ha concluso affermando l'applicabilità del D.Lgs. n. 427/1998 al caso in esame e, di conseguenza, la legittimità dell'esercizio del diritto di recesso da parte dell'acquirente. La decisione ha poi trovato conferma anche nel successivo giudizio di merito.

• Trib. Chiavari, sentenza n. 389 dell'8 agosto 2000 ribadisce che le garanzie previste a favore dell'acquirente di multiproprietà dal D.Lgs. n. 427/1998 devono essere applicate anche al contratto con cui viene venduto un immobile che si trova al di fuori della Unione europea, quando le parti nell'atto di vendita non hanno previsto di disciplinare il contratto secondo una legge diversa da quella italiana. Così dopo avere autorizzato, in sede cautelare, il sequestro conservativo dei tre assegni emessi a favore della società venditrice, il Tribunale successivamente ha anche dichiarato legittimo il suo recesso dal contratto con la sentenza di agosto, rilevando che la predisposizione unilaterale, nel formulario usato dalla società venditrice, della clausola secondo cui il contratto viene regolato dalla legge dello Stato in cui si trova l'immobile deve essere considerata come finalizzata soltanto alla elusione delle garanzie previste dalla normativa comunitaria che è stata recepita anche in Italia per tutelare il compratore, considerato il contraente più debole del rapporto. Ciò veniva giudicato dimostrato dal fatto che la parte che aveva predisposto e fatto sottoscrivere questi formulari aveva chiesto l'applicazione di una legge straniera anche se le parti del contratto erano entrambe di nazionalità italiana e la stipulazione del contratto era avvenuta in Italia; inoltre nel formulario si escludeva l'applicazione della legge italiana unicamente perché l'immobile venduto in multiproprietà era al di fuori dell'Unione europea. Il Tribunale di Chiavari, a quest'ultimo proposito, ha giudicato una simile clausola nulla perché, per renderla operativa (e, quindi, per escludere validamente l'applicabilità del D.Lgs. n. 427/1998), le parti dovrebbero anche prevedere che il contratto venga disciplinato da una legge diversa da quella italiana; e anche perché una previsione di questo tipo comporterebbe una limitazione convenzionale alla facoltà di opporre le eccezioni previste dal D.Lgs. n. 427/1998 che richiede un'apposita sottoscrizione dell'acquirente ai sensi dell'art. 1341, co. 2, c.c. (sulle clausole vessatorie), escludendone la validità se la clausola non viene sottoscritta specificamente. In conclusione la società venditrice è stata condannata alla restituzione dell'acconto e dei tre assegni che erano stati versati in pagamento; inoltre, la società, avendo violato anche le norme inderogabili che regolano il contenuto del contratto (come l'art. 6, D.Lgs. n. 427/1998, che vieta al venditore di ricevere acconti fino al momento in cui scade il termine per esercitare il recesso), è stata condannata a pagare all'acquirente anche gli altri danni conseguenti alla vendita e quindi a rimborsargli le spese sostenute in un altro giudizio promosso contro la Camera di Commercio di Genova per evitare l'inserimento del suo nome nell'elenco dei protesti cambiari in relazione ai tre assegni rilasciati alla società venditrice.

La proprietà industriale e intellettuale

E' l' Insieme di diritti legali volti ad assicurare la tutela delle creazioni della mente umana in campo scientifico, industriale e artistico. Possono essere protetti da p. i. invenzioni, lavori letterari e artistici, simboli, nomi, immagini e disegni. Il concetto

stesso di p. i. è a sua volta suddivisibile in almeno due distinte categorie: la proprietà industriale e il copyright (➔).

Proprietà industriale: diritti e tutela. Nella proprietà industriale rientrano i brevetti, i marchi e i modelli di utilità, mentre nella categoria del copyright rientrano i lavori artistici, letterari e di disegno architettonico. I diritti di p. i. si esprimono, quindi, in diverse forme, a seconda del tipo di prodotto cui sono associati. I diritti di proprietà industriale sono a loro volta suddivisi in due principali categorie. La prima fa riferimento ai marchi e ai segni distintivi. La protezione di tali elementi mira a stimolare e ad assicurare una competizione equa, oltre a proteggere i consumatori, permettendo loro di effettuare scelte informate tra vari beni e servizi. Questa protezione ha durata indefinita, in funzione del carattere distintivo che tale segno mantiene nel tempo. Si tratta, in particolare, di marchi registrati, quando la protezione di un segno distintivo di un prodotto o di un'impresa (per es. un logo) gode di una protezione legale rafforzata a seguito della registrazione del medesimo presso l'Ufficio italiano dei brevetti. In questo caso specifico, la copertura dura 10 anni ed è generalmente estendibile per periodi di uguale durata. La seconda categoria, invece, riguarda i diritti di proprietà volti a stimolare l'innovazione. Tra essi, il principale meccanismo di protezione è il brevetto (➔), ma esistono anche i modelli di utilità. L'obiettivo sociale alla base di tali strumenti è la protezione dei risultati degli investimenti nello sviluppo dell'invenzione, al fine di incentivarli. Gli investimenti in ricerca e sviluppo sono, per loro natura, affetti da incertezza e, spesso, il prodotto o l'innovazione tecnica risultanti sono facilmente appropriabili (copiabili) da terzi a un basso costo. In tali casi, strumenti di protezione consentono all'investitore di proteggere le innovazioni effettuate, riducendo il livello di incertezza insito nelle scelte di investimento in ricerca e sviluppo. Gli strumenti di questo secondo insieme di diritti industriali hanno durata finita: il brevetto solitamente ha una durata di 20 anni.

Copyright: diritti e tutela. Il copyright invece riguarda il diritto in capo ad autori per lavori artistici e letterari, quali libri e altri scritti, composizioni musicali, dipinti, sculture, film e programmi per computer. Questi diritti hanno una durata di 70 anni dopo la morte dell'autore e si estendono anche ad altri analoghi prodotti, quali fonogrammi, suoni e broadcasting. La legge sul diritto d'autore (l. 633/1941), alla sua origine dedicata solo alla tutela dei prodotti relativi alla scrittura, è stata aggiornata nel 2000 (l. 248/2000) con estensione in modo esplicito della protezione a molte nuove tipologie di creazioni, per es. ai programmi informatici, ai materiali audiovisivi e opere filmiche; per questi ultimi l'estensione è stata ulteriormente ribadita nella legge del 2001 sull'editoria (l. 62/2001).

La proprietà intellettuale nell'ambito economico. I diritti di p. i. vengono assicurati dai Paesi per due principali motivi: da un lato, offrendo una protezione legale del prodotto, forniscono l'incentivo al creatore di investire nella creazione e allo stesso tempo regolano l'accesso da parte di terzi a tale prodotto; dall'altro lato,

mirano a stimolare la creatività rendendo disponibile al pubblico l'oggetto della creazione, favorendo così la disseminazione della conoscenza generata e quindi promuovendo sviluppo economico e sociale. Da un punto di vista economico, il diritto di p. i. mira a proteggere i produttori di beni e servizi intellettuali, assicurando loro un monopolio temporaneo al controllo dell'utilizzo di tali prodotti. Questi diritti non si applicano all'oggetto fisico in cui la creazione è contenuta, bensì alla creazione intellettuale in quanto tale, l'idea, il bene immateriale. Per quanto riguarda il copyright, a partire dagli anni 2000 si è assistito alla generazione di strumenti alternativi per la tutela dei diritti di creazione di prodotti dell'ingegno. In particolare il copyleft, generato dai creatori e utilizzatori di prodotti informatici. Esso consiste nel rendere completamente disponibile al pubblico la creazione generata, con il vincolo che chi utilizza tale prodotto è obbligato a mantenerlo disponibile a tutti anche nelle sue parti modificate (➔ open source).

Il Marchio

Il Marchio è qualsiasi segno che identifica un bene o un servizio. Si può registrare come marchio un nome, una o più parole oppure un nome con una grafica particolare o addirittura solo una grafica, un suono o una particolare combinazione di colori, i numeri, le lettere, addirittura un oggetto.

Sono marchi registrati la bottiglia della Coca-Cola o la confezione di cioccolato Toblerone. Marchi molto particolari: sono marchi registrati il rombo dell'Harley Davidson ed è stato registrato come marchio il profumo dell'erba appena tagliata per identificare palline da tennis.

Prerequisiti per la registrazione

NUOVO – Perché sia registrabile un marchio deve essere nuovo ma si può registrare in Italia anche un marchio che sia registrato solo all'estero (cosa che invece non è possibile fare per i brevetti) purché non abbia una notorietà diffusa e la registrazione non avvenga in malafede.

DISTINTIVO – Perché un marchio possa essere registrato deve avere un carattere distintivo. Valutare la ricorrenza di questi presupposti è questione assai delicata soprattutto quando si vuole registrare un marchio non tradizionale quale un marchio di forma, di suono o di colore. Registrare un marchio consente di avere l'esclusiva dell'uso nello Stato in cui lo si è registrato e per i prodotti e servizi che si sono indicati nella domanda di registrazione (le c.d. Classi).

Chi ha un marchio registrato può quindi impedire ad altri di utilizzare un segno uguale o simile al proprio nell'attività commerciale, può utilizzarlo in esclusiva oppure può concederlo in licenza ad altri dietro il pagamento di un compenso (royalty).

Prima di registrare un marchio devono essere effettuate opportune analisi.

In primo luogo è necessario scegliere il tipo di marchio da depositare che può essere costituito, quando pensiamo ai marchi tradizionali, da:

- parole
- parole e grafica
- solo grafica

Nel primo caso il titolare del segno ha il diritto esclusivo ad utilizzare la parola o le parole scelte con qualsiasi grafica mentre nel secondo caso la tutela offerta dal marchio verte sull'abbinamento parole/grafica. Nel terzo caso, infine, la tutela riguarda solamente il logo depositato. La scelta sul tipo di marchio richiede un lavoro complesso che deve essere svolto con la massima attenzione per evitare di cadere nella contraffazione di marchi altrui.

Nel momento in cui si inventa o si cerca una parola nuova per identificare un servizio o un prodotto occorre avere ben chiaro che più essa è nuova e fantasiosa più il marchio sarà forte e potrà essere protetto dalle imitazioni. Ad esempio utilizzare marchi composti con il verbo "pulire" per detergenti per la casa potrà fare capire perfettamente al cliente di che cosa si tratta ma difficilmente si potrà impedire ai concorrenti di utilizzare lo stesso verbo che è descrittivo del prodotto.

Se invece per quel detergente si utilizza una parola che non ha alcuna attinenza con esso, ad esempio "Flash" o "Cocomer", quel marchio farà capire poco del prodotto ma sarà un marchio forte difficilmente imitabile.

Una parola innovativa che indica in modo forte e deciso un prodotto o un servizio merita di essere registrata di per sé, indipendentemente dalla grafica adottata, in modo tale che il depositante possa utilizzarla in tutte le variazioni stilistiche che desidera e lo stesso dicasi per un simbolo, un disegno, una grafica di particolare impatto.

Parole deboli, come rafforzarle

Se invece il nome è debole conviene proteggerlo insieme alla grafica in modo da conferirgli un carattere distintivo più marcato. La differenza tra questi tipi di marchi si nota nel momento in cui si rende necessario proteggere il marchio in sede di contraffazione: mentre per i marchi forti si ha contraffazione anche quando il plagio è ben mascherato, per i marchi deboli sono di solito sufficienti poche modifiche per evitare la confondibilità. Per ottenere la protezione migliore è spesso opportuno registrare il marchio sia come parola che come parola e grafica in modo da avere una doppia protezione e, nel caso in cui esso sia debole, ovvero piuttosto descrittivo del prodotto, registrarne anche alcune varianti per evitare raggiri.

Utilizzi non legittimi dei marchi

La contraffazione del marchio si sostanzia nell'uso non legittimo di un marchio, identico o simile ad altro marchio oggetto di registrazione, per distinguere prodotti

identici o affini o, qualora il marchio registrato abbia acquisito lo status di marchio che gode di rinomanza, anche prodotti non affini. La registrazione del marchio si effettua depositando formale domanda di registrazione del marchio.

In Italia il deposito della domanda di registrazione del marchio italiano si effettua presso l'U.I.B.M. – Ufficio Italiano Brevetti e Marchi oppure presso ogni Camera di Commercio provinciale oppure mediante in modalità telematica (deposito online). L'esame della domanda di registrazione del marchio, come di ogni altro titolo di proprietà industriale per cui si chieda la registrazione o il brevetto, è di competenza esclusiva dell'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi.

La registrazione del marchio costituisce, secondo la normativa italiana compilata nel Codice di Proprietà Industriale, il titolo di proprietà industriale Marchio Registrato. Al titolare del diritto di proprietà industriale – Marchio Registrato – il Codice di Proprietà Industriale conferisce diritti esclusivi esercitabili contro chiunque e oggetto di ampia tutela. In particolare, il titolare del marchio registrato ha facoltà di fare uso esclusivo del marchio per tutto il periodo di validità della registrazione, rinnovabile illimitatamente. A tale facoltà esclusiva corrisponde il diritto del titolare di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nell'attività economica:

a) un segno identico al marchio per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato;

b) un segno identico o simile al marchio registrato, per prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell'identità o somiglianza fra i segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o servizi, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni;

c) un segno identico o simile al marchio registrato per prodotti o servizi anche non affini, se il marchio registrato goda nello stato di rinomanza e se l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca pregiudizio agli stessi.

In particolare, il titolare del marchio può vietare ai terzi di apporre il segno sui prodotti o sulle loro confezioni; di offrire i prodotti, di immetterli in commercio o di detenerli a tali fini, oppure di offrire o fornire i servizi contraddistinti dal segno; di importare o esportare prodotti contraddistinti dal segno stesso; di utilizzare il segno nella corrispondenza commerciale e nella pubblicità. Presupposti della contraffazione del marchio, ne deriva, sono l'uso nell'attività economica di un marchio identico o simile ad un marchio registrato che possa creare confusione con i prodotti e servizi contrassegnati dal marchio registrato o comunque trarre vantaggio dalla rinomanza o recare pregiudizio alla rinomanza del marchio registrato altrui, senza il consenso del titolare del marchio registrato.

Le nozioni di uso e di attività economica sono da interpretarsi con significato lato. In particolare alla nozione di uso corrisponde sia l'uso attuale e concreto sia l'uso potenziale consistente negli atti idonei e diretti in modo non equivoco a preparare il futuro concreto utilizzo del marchio (ad. es. riproduzione del marchio su etichette apposte a campioni dei prodotti, riproduzione del marchio sulla carta per la corrispondenza commerciale commerciale, ecc.).

L'attività economica è da intendersi come qualsiasi attività non diretta alla esclusiva soddisfazione personale dell'agente che abbia una valenza patrimoniale sia dal punto di vista dell'arricchimento patrimoniale sia dal punto di vista della non diminuzione patrimoniale.

Altro presupposto della contraffazione del marchio è l'assenza del consenso del titolare del diritto di marchio registrato all'utilizzo da parte del terzo agente. Il consenso, normalmente e qualora non sia mera tolleranza, è formalizzato in un contratto sotto forma di accordo per la licenza del marchio, con il quale il titolare del marchio concede al terzo agente, in via esclusiva o concorrente con sé o altri, la totalità o parte dei diritti e delle facoltà di godimento e di utilizzo del marchio. Il contratto di licenza, per essere opponibile ai terzi, deve essere trascritto presso il registro dell'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi.

Elemento essenziale per la realizzazione della contraffazione del marchio è la potenzialità e idoneità confusoria, ingannevole o pregiudizievole dell'utilizzo del marchio identico o simile al marchio registrato. Infatti, soltanto nel caso di identità tra i marchi (marchio utilizzato in via di fatto e marchio registrato) e di identità dei prodotti/servizi da essi contraddistinti la contraffazione è presunta per legge in via assoluta. Negli altri casi (somiglianza dei marchi per prodotti identici, identità dei marchi per prodotti affini, somiglianza dei marchi per prodotti affini, identità/somiglianza del marchio utilizzato in via di fatto per contraddistinguere prodotti non affini al marchio registrato che goda di rinomanza, ecc) la contraffazione va valutata in concreto soccorrendo a tal fine criteri e indici enucleati dall'esperienza (ad es. la diffusione del marchio registrato sia dal punto di vista territoriale sia dal punto di vista del mercato di riferimento, ecc.) .

La contraffazione del marchio è oggetto di specifica tutela sia in sede civile che penale. Tuttavia le due normative, civile e penale, prevedono requisiti e rispondono ad esigenze diverse pur se collegate dalla necessaria realizzazione dell'utilizzo di un marchio potenzialmente confusorio e ingannevole rispetto all'altrui marchio registrato.

La tutela penalistica del Marchio

L'oggetto della tutela civilistica della contraffazione del marchio è essenzialmente la libera iniziativa economica in un quadro di concorrenza leale. Il marchio, cioè, quale

segno distintivo dell'attività economica è protetto affinché possa svolgere la sua funzione individualizzante, distintiva appunto della provenienza del prodotto o del servizio e favorente la libera determinazione dell'acquirente, nonché, a seguito dell'emersione recente di ulteriori profili di tutela, la sua funzione di indicatore di qualità del prodotto o del servizio.

L'oggetto della tutela penalistica (artt 473 e. 474 c.p. è l'attentato alla pubblica fede costituito dalla volontaria riproduzione o utilizzo o commercio del marchio registrato altrui nell'ambito dell'attività economica dell'agente, ciò che costituisce pericolo per la fede pubblica con conseguente danno alla leale concorrenza e all'economia nazionale.

Sussiste un labile confine tra la relativa tutela civilistica concernente il c.d. illecito concorrenziale confusorio e quella penalistica riguardante il delitto di contraffazione, alterazione od utilizzo, contra legem, di questi ultimi. In tale contesto, in particolare, una delle questioni di maggiore rilevanza ed attualità attiene all'analisi della capacità o meno della confusione ex art. 2598 c.c., n. 1, di configurare il reato di cui all' art. 473 c.p. . Legame, quest'ultimo, che è stato di recente oggetto di un interessante dibattito giurisprudenziale e la cui disamina ci porta, in primo luogo, ad inquadrare gli elementi costitutivi del richiamato illecito confusorio.

A tal proposito, occorre osservare che ai fini della configurazione di tale fattispecie il legislatore richiede, anzitutto, un rapporto di concorrenza economica tra l'imprenditore che compie gli atti confusori ex art. 2598 c.c., n. 1, ed il relativo concorrente a danno del quale questi ultimi sono posti in essere. Dunque, né discende che destinatari della norma risultano essere solo imprenditori, in rapporto di concorrenza fra loro (Cass. sent. n. 560/2005, in Giur. it., 2005, 1177). Va puntualizzato, altresì, che, ai fini della configurazione dell'ipotesi di cui alla predetta norma, risulta sufficiente la mera certezza della confondibilità tra i marchi, senza, però, che la stessa e, quindi, il connesso danno potenziale abbiano, necessariamente, luogo.

Altrettanto essenziale appare l'individuazione degli elementi sui quali il giudizio di confondibilità si basa. In merito, gli ermellini mediante la nota sentenza 13 febbraio 2009, n. 3639,della Sezione I civile, (Kelemata S.p.A. contro Erbavoglio S.r.l.), hanno ritenuto che, "**in attuazione della Direttiva CEE n. 89/104, la tutela del marchio comprende non soltanto il rischio di confusione, determinato dalla identità o dalla somiglianza dei segni utilizzati per contrassegnare prodotti identici o affini, ma anche quello relativo alla semplice associazione fra i due segni, tale da poter indurre in errore il pubblico circa la sussistenza di un particolare legame commerciale o di gruppo tra l'impresa terza ed il titolare del marchio**"

Ancora, sempre in occasione della pronuncia in parola, è stato affermato che il rischio di confondere i consumatori nel riconoscimento del marchio ricercato deve

essere valutato "globalmente, prendendo in considerazione tutti i fattori pertinenti del caso di specie, con una certa interdipendenza fra i fattori che entrano in considerazione e in particolare la somiglianza dei marchi e quella dei prodotti".

Per quanto concerne, invece, nello specifico, gli atti di sleale concorrenza capaci di generare confusione tra segni distintivi della predetta tipologia sono tali: 1) l' utilizzo di marchi idonei a confondere il consumatore nell'individuazione di quelli effettivamente ricercati e legittimamente usati da altri imprenditori; 2) l'imitazione fedele e pedissequa dei prodotti di un concorrente; 3) il compimento, con qualsiasi altro mezzo, di condotte tali da generare confusione con i beni, servizi ed attività di un altra impresa.

Dunque, risulta evidente il nesso causale che sussiste tra le condotte contra legem in parola e la relativa potenzialità di confondere il consumatore nell'individuazione del marchio effettivamente ricercato. Né discende, pertanto, che il legame eziologico in questione prevede quale effetto degli atti di sleale concorrenza, non già l'avvenuta confusione tra marchi, ma la effettiva capacità di tali illecite condotte di produrre quest'ultimo evento e, con ciò, il connesso pregiudizio.

Infine, per quanto concerne il bene giuridico tutelato ai sensi dell'art. 2598 c.c., n. 1, esso è rappresentato,per unverso,dall'interesse degli imprenditori a non essere pregiudicati nelle possibilità di guadagno per effetto dei succitati atti sleali; per altro verso, dall'interesse, mediato e riflesso, dei consumatori a non essere tratti in inganno nelle loro scelte, in un contesto di lealtà, sana competizione e trasparenza del mercato5.

Esaminata la fattispecie dell'illecito concorrenziale confusorio, con riguardo alla specifica ipotesi concernente i marchi, volgiamo la nostra attenzione alla tutela che il legislatore penale dedica a siffatta categoria.

Come anticipato in premessa, la norma a cui dobbiamo fare riferimento è l'art. 473 c.p. rubricata "Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni", che si pone, nell'ottica del legislatore penale, a tutela di strumenti e segni di riconoscimento, nell'alveo dei delitti contro la fede pubblica (libro secondo, titolo VII, capo II).

In ordine al bene giuridico protetto dalla norma, esso va identificato nella fiducia che il pubblico indeterminato dei consumatori ripone nella generalità dei segni distintivi delle opere dell'ingegno e dei prodotti industriali, potendosi affermare pertanto che con essa viene tutelata la fede pubblica in senso oggettivo e, quindi, l'interesse collettivo dei consumatori alla distinzione della fonte di provenienza dei prodotti posti sul mercato. Si tratta di un reato di pericolo, contraddistinto dalla specifica attitudine offensiva della condotta, nel senso di un effettivo rischio di confusione per la generalità dei consumatori. La condotta descritta nella norma si può concretizzare mediante l'attività di contraffazione (da intendersi come riproduzione integrale del marchio), di alterazione (modificazione del segno, comprensiva anche della

imitazione, latu sensu riproduzione parziale atta a confondere), di uso di tali marchi o segni contraffatti o alterati (senza essere concorsi alla medesima contraffazione o alterazione). La medesima condotta caratterizza sia il primo che il secondo comma dell'art. 473 c.p., differenziandosi esclusivamente per l'oggetto materiale delle condotte: marchi, o segni distintivi di prodotti industriali nel primo comma; brevetti, disegni, o modelli industriali nel secondo.

Il terzo e ultimo comma della norma in oggetto "inserisce" un presupposto del reato, statuendo che i delitti di cui ai due commi precedenti sono punibili a condizione che siano state osservate le norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale e industriale. Poiché possa configurarsi il reato ex art. 473 c.p. sarà necessario, quindi, che il marchio o segno distintivo, oggetto della contraffazione o alterazione, sia stato depositato, registrato o brevettato nelle forme di legge all'esito della prevista procedura9.

Per ciò che concerne l'elemento soggettivo non possono sorgere dubbi; si tratta di una condotta dolosa (dolo generico), contraddistinta necessariamente dalla coscienza e volontàdella immutatio veri.

Non è invece richiesta la conoscenza positiva della avvenuta registrazione, essendo sufficiente l'accettazione del rischio che questa sia effettivamente esistente.

Da ultimo, risulta interessante e degna di attenzione una recentissima decisione della Suprema Corte di Cassazione in ordine alla configurazione del reato di contraffazione o alterazione in oggetto, la quale delinea chiaramente le caratteristiche e l'effettività che deve contraddistinguere la condotta del reo. Con la sentenza n. 28922 del 3 luglio 2014 gli ermellini della seconda sezione penale hanno chiarito, infatti, che l'art. 473 c.p. richiede nello specifico "che gli altrui marchi o segni distintivi siano fatti oggetto di materiale contraffazione o alterazione, per cui, mancando queste, la sola possibilità di confusione non può, di per se, valere a costituire il reato…"Si esclude pertanto la "mera possibilitàdi confusione" ai fini della configurazione del reato, essendo necessario un concreto, effettivo pericolo di confusione, ingenerato dalla materiale condotta di contraffazione o alterazione.

In tal modo si è venuta a tracciare una netta linea di demarcazione tra la condotta tipica di cui all'art. 473 c.p. e la concorrenza sleale di cui all'art. 2598, n. 1, c.p., non esistendo tra le due condotte alcuna coincidenza.

LA TUTELA CIVILISTICA DEL MARCHIO

Un caso specifico

Introduzione

Nella società attuale l'acquisto di beni è in gran parte determinato dall'utilità "sociale" piuttosto che dall'utilità economica, in quanto le ragioni che in prevalenza influiscono sul rituale del consumo sono di natura sociologica e psicologica. L'acquisto di un prodotto non avviene solamente a seconda del bisogno che soddisfa, bensì dipende anche dai significati, dai valori e dai messaggi che trasmette e che l'acquirente riconosce facendoli propri1. Il momento d'acquisto diventa un'esperienza sensoriale, in cui sono coinvolte emozioni e sensazioni del soggetto stimolate dalla visione del prodotto stesso.

In questo contesto il marchio assume un ruolo determinante sia per influenza che esercita sulla scelta del consumatore, sia per il raggiungimento del successo aziendale. Esso è il segno distintivo che racchiude i valori e i messaggi che un'impresa vuole comunicare determinando, in tal modo, la propria identità. Il marchio ha l'importante compito di permettere al pubblico di riconoscere l'impresa produttrice di un determinato bene o fornitrice di un certo servizio e di veicolare contemporaneamente importanti informazioni. Per questo motivo, la gran parte delle volte, si decide di proteggere un segno mediante registrazione in modo tale da circondarlo delle tutele e cautele previste dalla disciplina dei marchi.

Quanto appena affermato assume una connotazione di rilievo nel caso dei prodotti di lusso, contraddistinti appunto da marchi celebri. In questo settore è la componente emozionale che maggiormente influenza la scelta d'acquisto. Il valore del prodotto di lusso e l'attrazione che esso suscita nei confronti dei consumatori dipende dall'immagine, dai valori che il marchio comunica e dalle modalità in cui essi vengono divulgati mediante accurate strategie pubblicitarie. In un secondo momento si presta attenzione al prezzo che, contrariamente a quanto accade per i prodotti più commerciali, più è alto e più accresce il valore e il desiderio di possesso del prodotto stesso

L'oggetto centrale del presente elaborato è una sentenza che vede come protagoniste la casa di moda francese, titolare del marchio di lusso Hermès (parteattrice) ed la società torinese Laurence s.r.l. (parte convenuta). Parte attrice, appellandosi al Tribunale di Torino, accusa la convenuta di contraffazione di tre celebri modelli di borse, Kelly, Birkin e Lindy; i primi due, sono registrati in qualità di marchi nazionali e comunitari, mentre il terzo quale modello comunitario. La contraffazione di marchi celebri nel settore del lusso è, purtroppo, un fenomeno assai diffuso e sempre in crescita nel mondo della moda; il presente lavoro ne fornisce una prova, evidenziando quali sono gli strumenti che il titolare di un marchio dispone per la sua tutela.

Nel primo capitolo si esporranno le norme che entrambe le parti hanno usato a fondamento delle proprie ragioni; esse sono sia di tipo nazionale, che comunitario.

Si dedicherà particolare attenzione alla disciplina a tutela del marchio approfondendone le funzioni, i requisiti necessari che un segno deve possedere ai fini

della registrazione, i diritti che si acquisiscono in seguito alla stessa. In aggiunta si descriverà la vicenda della nullità del marchio, elencandone le possibili cause e come essa può essere invocata.

Analogamente si esporrà la disciplina che tutela il modello comunitario registrato; in questo caso si esporranno la definizione di modello, i requisiti che deve avere per godere della registrazione ed i diritti annessi che ne conseguono.

Il capitolo iniziale ha l'obiettivo di introdurre le questioni giuridiche che sono oggetto della sentenza e le normative che la regolano al fine di assicurare la comprensione del caso analizzato.

Il secondo capitolo si concentrerà, invece, sullo svolgimento della sentenza descrivendo i vari momenti in cui essa si articola. Si esporranno le accuse che Hermès avanza nei confronti di parte convenuta e come essa si difende dalle stesse. Successivamente, si descriveranno le argomentazioni del Tribunale sulla base delle prove messe a sua disposizione. Infine, in merito ai tre i modelli di borse oggetto della sentenza si elencheranno i provvedimenti che il Giudice ha ritenuto idoneo adottare.

Argomento del terzo capitolo saranno le precipue decisioni del Tribunale, analizzate però sotto diversi punti di vista. A partire infatti dal reale esito della sentenza e da un bilancio della stessa, si avanzeranno delle ipotesi in merito all'ottenimento di ulteriori risultati in presenza di determinate e diverse condizioni durante lo svolgimento del caso. Tali condizioni sono elencate prima dell' approfondimento delle tematiche sviluppate, le quali non sono state oggetto di considerazione da parte del Tribunale. Esse, infatti, sono i presupposti di base da tener presente nella lettura e comprensione del terzo capitolo.

La prima fattispecie analizzata sarà quella della concorrenza sleale; essa non ha avuto peso rilevante per il giudizio del Tribunale in quanto le accuse in merito sono state respinte. Si approfondiscono le circostanze in cui essa si verifica, gli atti concreti che ne sono la causa e che, in particolare, possono ritenersi identificativi del comportamento della convenuta, ovvero l'imitazione servile, l'appropriazione di pregi e la concorrenza parassitaria per agganciamento. Ciascuno degli atti appena menzionati verrà contestualizzato nell'ambito del caso in esame.

Si proseguirà con la descrizione della fattispecie della contraffazione mettendo in evidenza i diversi presupposti su cui essa si basa rispetto alla concorrenza sleale.

Proseguendo nell'analisi si introdurrà il fenomeno del secondary meaning applicato ai marchi di forma: è un fattore che poteva portare ad un differente risultato da quello attuale. Per tal motivo si ritiene appropriato fornirne una definizione per poi contestualizzarlo con la sentenza oggetto dell' elaborato.

Essendo il marchio Hermès un marchio celebre, si è deciso di descrivere la tutela riservata ai marchi che godono di rinomanza, dedicando particolare attenzione alle

caratteristiche della notorietà, alla loro misura e agli strumenti di cui un soggetto può servirsi per dimostrarla in sede giudiziale. Questo è un tema che non è stato preso in considerazione dal Giudice nel provvedimento finale, ma avrebbe comunque potuto essere un elemento determinante per l'esito della sentenza.

Riassumendo, il terzo capitolo propone sostanzialmente una differente ed allargata visione della sentenza, andando oltre a quanto deciso dal Tribunale e proponendo degli spunti di riflessione, cui si aggiungono una serie di considerazioni in merito alla contraffazione nel mondo della moda e circa la lotta della casa di moda francese contro questo fenomeno.

CAPITOLO I

La normativa di riferimento nella sentenza

SOMMARIO: 1.1 La sentenza in breve.- 1.1.2 Introduzione alla normativa di riferimento nazionale e comunitaria.- 1.2 La normativa nazionale: il Decreto Lgs n. 30 del 10 febbraio 2005.- 1.3 Verso una disciplina comunitaria del marchio.- 1.3.1 Il Regolamento 40/94 del Consiglio del 20 dicembre 1993 sul marchio comunitario.- 1.3.2. Il Regolamento del Consiglio dell'Unione Europea n. 207 del 26 febbraio 2009.- 1.4 Il marchio: definizione e funzioni.- 1.4.1 La funzione distintiva del marchio.- 1.4.2 La funzione di garanzia di omogeneità e costanza qualitativa.- 1.4.3 La funzione di comunicazione: ampliamento della tutela della funzione di attrattiva.- 1.5 I requisiti essenziali per la registrazione del segno come marchio.- 1.6 I marchi di forma.- 1.7 La procedura di registrazione del marchio.- 1.8 La nullità del marchio: impedimenti relativi e assoluti alla registrazione del marchio.- 1.8.1 La giurisdizione dell'azione di nullità.- 1.9 Riflessioni conclusive sul marchio.- 1.10 I disegni e i modelli: Regolamento CE n. 6/2002 del Consiglio del 12 dicembre 2001 su disegni e modelli comunitari.- 1.10.1 Definizione di disegno e modello.- 1.10.2 I requisiti di validità per la registrazione: novità e carattere individuale.- 1.10.3 Registrazione e diritti conferiti.-

1.1 La sentenza in breve

L'oggetto centrale del presente elaborato riguarda un caso sottoposto al Tribunale di Torino, in cui sono coinvolte due società attive nel mondo della moda. La parte attrice detiene il possesso di un marchio di fama internazionale, ovvero Hermès ed ha deciso di convocare in giudizio una società assai meno conosciuta, Laurence s.r.l. che si occupa della vendita al dettaglio di articoli di pelletteria, come per esempio borse e portafogli. L'attivazione della parte attrice è dovuta alla produzione e commercializzazione della società torinese di borse considerate delle copie di noti modelli di proprietà della maison francese. Tale comportamento coincide con le azioni di concorrenza sleale e di contraffazione, poiché viola quelli che sono i diritti che la registrazione di un marchio o di un modello conferisce in capo al titolare. La convenuta risponde avanzando precise richieste al Tribunale, focalizzandosi sulla verifica circa la validità di alcuni marchi registrati di proprietà dell'attrice,

sostenendone la nullità. Il Tribunale ha il compito di accogliere le richieste di entrambe le parti e di decidere, con attente valutazioni, quali siano fondate e quali non lo siano.

Nella sentenza analizzata, il richiamo è rivolto sia a normative di tipo nazionale, sia di tipo comunitario. Il presente capitolo ha l'obiettivo di descriverne ed esporne il contenuto, di inquadrare le tematiche trattate e discusse dal Tribunale, su cui si concentrerà l'analisi nel capitolo successivo.

1.1.2 Introduzione alla normativa di riferimento nazionale e comunitaria

Oggetto del caso di competenza del Tribunale di Torino qui commentato, sono borse appartenenti alla casa di moda francese e alla società torinese. Tra i primi sono compresi i noti modelli Birkin, Kelly e Lindy e le normative consultate riguarderanno la tutela dei marchi e la tutela dei modelli. Circa la normativa nazionale, si farà riferimento al Decreto Legislativo n. 30 del 2005, ovvero il codice della proprietà industriale; di esso sarà approfondita la disciplina dei marchi, della quale si discuterà in merito all'oggetto della registrazione[11] e a due requisiti fondamentali che il marchio deve possedere, novità [12] e capacità distintiva[13]; vi sarà inoltre riferimento all'art. 125 sul risarcimento del danno, al terzo comma dell'art. 124 in merito alla distruzione di tutti i beni costituenti oggetto di violazione di un diritto di proprietà industriale, all'art. 121 in merito alla ripartizione dell'onere della prova, all'art. 9 circa i marchi di forma e all'art. 25 riguardante i casi di nullità di un marchio. Per quanto concerne la tematica della liquidazione del danno in via equitativa, il Tribunale si appella all'art. 1226 contenuto nel codice civile. Con riferimento alla normativa comunitaria, il Tribunale si basa sul contenuto del Regolamento sui marchi comunitari n. 40 del 1994, sostituito oggi dal n. 207 del 2009. Saranno citati l'art. 4 concernente i segni registrabili come marchio [14]comunitario, l'art. 7, impedimenti assoluti alla registrazione e l'art. 51 che descrive le cause di nullità assoluta. La seconda normativa comunitaria di riferimento è costituita dal Regolamento n. 6 del 2002 riguardante la disciplina sui disegni e modelli, secondo la quale il Tribunale decreta il suo giudizio in merito alla borsa Lindy, protetta dalla registrazione in qualità di modello comunitario. Per quanto concerne la normativa sul marchio del caso in esame, sia quella nazionale che quella comunitaria sono piuttosto simili, pertanto si è deciso di delineare dapprima le caratteristiche delle normative che lo disciplinano per poi successivamente focalizzarsi nella descrizione del marchio e delle tematiche ad esso connesse, attinenti al caso qui in esame.

1.2 La normativa nazionale: il Decreto Lgs n. 30 del 10 febbraio 2005

[11] Art.7, c.p.i..
[12] Art. 12, c.p.i..
[13] Art. 13, c.p.i..
[14] 6Attualmente aggiornato mediante il D. Lgs. n. 131 del 13 agosto 2010 con entrata in vigore il 2 settembre 2010.

La disciplina nazionale a tutela del marchio, quale il Tribunale di Torino si appella in suddetta sentenza, è contenuta nel Codice della Proprietà Industriale (c.p.i.), emanato dal D. Lgs. n. 30 del 10 febbraio 20056 ed entrato in vigore il 19 marzo 2005. Il codice si compone di 246 articoli e si divide in otto capi; la prima sezione del secondo capo contiene la disciplina dei marchi approfondita in seguito. Oltre alla suddetta, il presente caso si appella anche alle norme vigenti in materia di risarcimento del danno. Come si vedrà in proseguo, la parte attrice chiede al Tribunale la restituzione degli utili che la convenuta ha ottenuto dalla commercializzazione delle borse ritenute oggetto di contraffazione, appellandosi pertanto all'art. 125, terzo comma del c.p.i.. Stando al contenuto, il titolare di un diritto leso ha la facoltà di chiedere, in alternativa al risarcimento del danno, la restituzione degli utili ottenuti dall'autore della violazione. Il primo comma dell'art. 125 prevede che il risarcimento del danno sia disciplinato dagli articoli 1226 e 1227 del codice civile, ossia si componga di entrambe le voci rappresentate da lucro cessante e danno emergente[15].

Hermès, in aggiunta a quanto appena descritto, chiede di essere risarcita dei danni subiti la cui somma, come previsto dall'art. 1226, dovrà essere decisa dal giudice mediante valutazione equitativa qualora non sia possibile stimare il danno nel suo preciso ammontare.

Per contro, la convenuta, richiama in suo favore quanto stabilito dall'art. 124 del c.p.i. e precisamente il contenuto del comma terzo, secondo il quale, in caso di violazione di un diritto di proprietà industriale, vi può essere la possibilità, previo loro temporaneo ritiro dal mercato, di modificare i prodotti costituenti violazione e successivamente poterli reinserire dotati di un nuovo aspetto. Così facendo, la convenuta riesce a recuperare il pellame delle borse costituenti contraffazione e realizzarne di nuove nel rispetto dei precedenti diritti violati.

1.3 Verso una disciplina comunitaria del marchio

In ambito comunitario, la disciplina a tutela del marchio viene redatta molti anni più tardi rispetto a quella nazionale. Con la nascita della Comunità Economica Europea si era da subito avvertita la necessità di un coordinamento tra le attività dei singoli Stati Membri e quelle della Comunità. In materia di marchi d'impresa si era creato un contrasto tra l'uso esclusivo del marchio, i cui effetti sono prodotti in ambito nazionale (principio di territorialità), e il contemporaneo mantenimento della libera concorrenza e circolazione delle merci nel sistema comunitario. Tra gli obiettivi principali dell'UE rientrano, infatti, la promozione, in ambito economico, di uno sviluppo armonioso tra i Paesi Membri mediante il superamento degli ostacoli che le

[15] 7 M. ROSSETTI, Responsabilità civile. Il risarcimento del danno, consultato in www.treccani.it. Con l'espressione danno emergente si intende la perdita che il titolare del diritto leso ha subito a causa della mancata prestazione da parte del debitore. La nozione di lucro cessante si riferisce, invece, ad una situazione futura in cui il creditore non conseguirà il suo guadagno a causa della mancata prestazione del debitore. Trattandosi di evento futuro e solo prevedibile, per ottenere il risarcimento sarà necessaria una ragionevole certezza circa il suo accadimento.

differenti normative nazionali avrebbero potuto creare[16]. La presenza di molteplici legislazioni a tutela del marchio era quindi un ostacolo da superare, al fine di scongiurare la coesistenza di marchi uguali e/o diversi, registrati per gli stessi prodotti in differenti Paesi Membri, nel rispetto della loro normativa nazionale; in tal modo si eviterebbe il rischio di confondere il consumatore circa la provenienza del prodotto e l'esportazione sarebbe meno difficoltosa[17].

Dal punto di vista imprenditoriale, la possibilità di ottenere una registrazione comunitaria del marchio è un fattore strettamente rilevante per il mantenimento della libera concorrenza nella Comunità. Il marchio comunitario si configura infatti quale promotore delle attività industriali, permettendo alle imprese di entrare in nuovi mercati mediante l'espansione della loro attività produttiva. A sua volta, il marchio comunitario è importante anche per il consumatore, in quanto funge da garante della trasparenza del mercato migliorandone la comprensione della provenienza del prodotto e agevolando le scelte d'acquisto. Alla luce di tali considerazioni, la Commissione dell'UE iniziò un percorso volto ad ottenere la costituzione di una disciplina a tutela del marchio comunitario. La prima tappa di tale iniziativa fu nel 1959 in cui i sei Stati Membri originari furono invitati alla creazione di gruppi di lavoro con il fine di analizzare la materia circa i marchi, i disegni e modelli, i brevetti per invenzione. Il risultato che si ottenne, con riferimento alla tutela del marchio, fu la pubblicazione di una Convenzione nel 1973, ma tale strumento non era molto adatto per gli obiettivi di armonizzazione che la Commissione voleva raggiungere: la strada prediletta era quella del Regolamento. Quest'ultimo, contrariamente alla Convenzione, ha un carattere più imperativo ed è direttamente applicabile a tutti gli Stati Membri. La Commissione prese quindi in mano la situazione per l'istituzione di un Regolamento e anche di una Direttiva in materia di marchio comunitario; negli anni seguenti pubblicò tutta una serie di documentazioni [18] per giustificare e motivare la sua scelta. Il passo successivo fu finalmente l'adozione dal Consiglio della prima Direttiva 89/104, il 21 dicembre 1988, pubblicata nella GUCE 40/1 dell'11 febbraio 1989. In seguito, il 20 dicembre 1993 venne definitivamente adottato il Regolamento CE n. 40 del 1994, pubblicato nella GUCE, L 11 del 14 gennaio 1994. Tale Regolamento segnò la nascita del marchio comunitario d'impresa e sarà argomento del prossimo paragrafo.

1.3.1 Il Regolamento 40/94 del Consiglio del 20 dicembre 1993 sul marchio comunitario.

Il presente Regolamento ha l'obiettivo di permettere alle imprese, operanti nel mercato comunitario, di intraprendere uno sviluppo economico basato sull'armonia

[16] Tali obiettivi erano già stati enunciati nel trattato costitutivo della Comunità Economica Europea, ovvero il Trattato di Roma, redatto nel 1957.
[17] F. BENUSSI, Il marchio comunitario, Giuffrè, Milano, 1996, 5-6.
[18] Doc. III-D 1294/79-IT della Commissione CE dell'ottobre 1979, in Riv. dir. ind., 1980, II, 163;

e sull'equilibrio dei rapporti commerciali. Con la direttiva 89/104/CEE, infatti, non si era riusciti a superare l'ostacolo delle diverse normative nazionali in materia di marchi, mentre si sentiva l'esigenza di una normativa che regolasse in modo univoco l'uso del marchio d'impresa a livello europeo [19]. **Il Regolamento 40/94 assolve a questi obiettivi ed introduce il marchio comunitario.** La gestione del marchio comunitario, della sua registrazione e delle problematiche che possono insorgere a riguardo è affidata ad un unico Ufficio, che possiede una propria autonomia giuridica, in ambito amministrativo e finanziario. E' infatti necessario predisporre un unico organo al quale i Paesi Membri possano rivolgersi in qualunque circostanza, così da evitare che il procedimento di registrazione dei marchi comunitari diventi problematico, come lo sarebbe appunto se vi fossero tanti uffici diversi, uno in ogni paese, a decidere in merito ad una questione di rilevanza comunitaria; tali funzioni e responsabilità sono affidate all' Ufficio per l'Armonizzazione nel Mercato Interno (UAMI). Nel 1996, con la nascita di tale Ufficio, inizia l'iter per il deposito di domande di marchi comunitari. Con questo tipo di normativa si vogliono prevenire atti di concorrenza sleale e contraffazione, consentendo alle imprese di far riconoscere e far valere il proprio marchio d'impresa non solo a livello nazionale, ma anche a livello comunitario. La scelta di ampliare la tutela risiede nella volontà di proteggere il proprio brand dai suddetti atti, in tutti i territori appartenenti alla Comunità Europea; significa quindi allargare il diritto di esclusiva sui prodotti identificati dal proprio marchio, in modo tale da impedire a terzi che ne usino uno identico o simile nella loro attività d'impresa anche al di fuori del territorio nazionale, senza essere costretti a richiedere, successivamente, una specifica tutela in ogni Stato Membro. Con l'entrata in vigore del presente Regolamento, non si vuole sostituire la normativa in materia di marchi vigente nei singoli Paesi, bensì le si vuole accostare quella comunitaria generando così la coesistenza dei sistemi giuridici. Sarebbe infatti impensabile la soppressione della normativa nazionale a favore di solo quella comunitaria, prima di tutto poiché vi sarebbe un gran numero di domande di registrazioni a carico degli organi comunitari di competenza. Inoltre, mediante la coabitazione del marchio comunitario e nazionale, nel caso in cui una domanda di registrazione venga rifiutata dall'UAMI, può sempre trovare accoglimento presso la normativa nazionale di uno o molteplici Stati Membri[20]. Un'impresa che non ha la necessità di ampliare la protezione del proprio marchio deve pur far affidamento ad una normativa, ovvero quella nazionale, senza sentirsi in dovere di applicarvi anche quella comunitaria. La logica sottostante a tale armonizzazione è quella di permettere la permanenza delle discipline nazionali di ogni Stato Membro, cercando però di ridurre ai minimi termini le divergenze che vi possono essere. Inoltre, una precedente registrazione locale non pregiudica in nessun modo quella comunitaria: i due sistemi di tutela dei marchi, nazionale e comunitario, sono indipendenti. Nel titolo I del citato Regolamento sono contenute

[19] G.SENA, Il diritto dei marchi – Marchio nazionale e marchio comunitario, Giuffrè, Milano, 2007, 9.
[20] Art. 108, comma 1, Reg. 40/1994; F. BENUSSI, op. cit., 16-17.

disposizioni generali in merito ai caratteri del marchio comunitario ed alla sua efficacia; si menziona, inoltre, l'UAMI e coloro che hanno la capacità di agire e di appellarsi a detta normativa, quali le società e gli enti giuridici ai quali è riconosciuta personalità giuridica. Stando al contenuto del primo articolo, si evincono due caratteri fondamentali propri del marchio comunitario: l'autonomia e l'unitarietà. Il primo tra i due è esplicato dall'art. 1 al primo comma, secondo il quale sono definiti marchi comunitari di prodotti o di servizi "quelli registrati alle condizioni e secondo le modalità previste dal presente regolamento".

Il marchio comunitario ha carattere autonomo poiché le disposizioni ad esso applicabili sono solo quelle del Regolamento in questione, ad eccezione però di due casi, in cui si dà precedenza alle leggi nazionali vigenti: essi sono esplicati dagli artt. 106 e 107. Nella prima circostanza, stando a quanto previsto dalla legislazione nazionale, si consente a colui che vanta diritti anteriori di opporsi all'uso del marchio comunitario posteriore in caso di violazione degli stessi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento comunitario. Nel secondo caso, rimane impregiudicata la possibilità, per conto del titolare avente un diritto anteriore di portata locale, di opporsi all'uso del marchio comunitario posteriore nel territorio in cui vale tale diritto. Questa possibilità non sussiste però se il titolare ha tollerato la presenza del marchio comunitario per cinque anni consecutivi.

Infine, ribadisce il carattere autonomo del marchio comunitario il contenuto dell'art. 14 del Regolamento n. 40 del 1994, secondo il quale, in materia di contraffazione dello stesso, ad esse è affiancata l'applicazione della normativa nazionale. La possibilità di applicare congiuntamente le norme nazionali sottolinea l'autonomia del marchio comunitario, la quale verrebbe meno se alla normativa comunitaria si sostituisse l'applicazione di quella del singolo Stato Membro. Proseguendo, il carattere dell'unitarietà del marchio comunitario è esplicato invece dall'art. 1, secondo comma, secondo il quale egli produce gli stessi effetti in tutti i Paesi Membri, conferendo il diritto dell'esclusiva per la totalità del territorio comunitario. Da tale principio si evince che la normativa descritta in questa sede prescinde dalle singole normative nazionali, e che l'insieme dei Paesi comunitari può essere considerato, a questi fini, un "unico" Stato sovranazionale, il cui territorio coincide con quello degli Stati Membri; così affermandosi che il marchio comunitario opera nel rispetto del principio di territorialità. L'unitarietà consente inoltre di agevolare e semplificare la procedura di registrazione, mediante un'unica registrazione comunitaria. Proseguendo nell'analisi, il titolo II contiene la disciplina a tutela dei marchi in senso stretto, quindi, inter alia, la sua acquisizione, la procedura di registrazione e di quest'ultima gli effetti, dei quali si discuterà nei paragrafi successivi. Il Regolamento, sempre auspicando alla predisposizione di regole uniformi valevoli per ogni Stato Membro, prevede anche regole in materia di giurisdizione: tali norme sono contenute tra l'art. 90 e l'art. 104. In questo ambito la normativa evidenzia l'applicazione della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1998 nella misura, però, in cui la stessa non contenga regole contrastanti con quelle

del Regolamento e quest'ultimo non preveda già una specifica soluzione. In particolare, con riferimento all'art. 91 del Regolamento 40/94, si descrive l'entità dei Tribunali dei marchi comunitari: previsti ed istituiti al fine di tutelare il marchio comunitario, sono autorità giurisdizionali che coincidono con tribunali nazionali di primo e di secondo grado competenti in materia.

Con riferimento al suddetto Regolamento, il legislatore comunitario ha predisposto delle norme di esecuzione che ne disciplinano la corretta applicazione. Tali norme sono contenute nel Regolamento CE numero 2868/95 del 13 dicembre 1995 e riguardano la procedura da seguire per ottenere un marchio comunitario, il modo in cui l'UAMI deve gestire l'amministrazione dei marchi comunitari, le modalità per affrontare i ricorsi avanzati nei confronti di quanto l'Ufficio decide e quelle per gestire le dichiarazioni di nullità o di decadenza. Il Regolamento si compone di tre articoli solamente e le regole sono contenute tutte nel primo articolo. Il secondo articolo contiene regole transitorie, mentre il terzo articolo riguarda la sua entrata in vigore. Il Regolamento di esecuzione, in uno con il Regolamento sui marchi comunitari, costituisce uno dei due pilastri del sistema del marchio comunitario. Riassumendo quanto appena detto , si può constatare che l'importanza del regolamento n. 40 del 1994 è l'istituzione del marchio comunitario, il quale, a sua volta, gode di diversi vantaggi e benefici. Innanzitutto, il suo conseguimento avviene mediante un'unica procedura, uguale per tutti i Paesi Membri della Comunità, permettendo loro, ma anche agli organi di competenza nella materia, importanti risparmi di tempo e di denaro. Qualora vi fosse un allargamento dell'Unione Europea, la tutela concessa al marchio comunitario si estenderebbe automaticamente anche presso i nuovi Membri. In seguito alla sua registrazione, si può impedire l'uso di marchi simili o identici al proprio negli Stati della Comunità. Inoltre, è concesso in capo al titolare l'uso del marchio comunitario anche solo in una parte dei paesi dell' UE, senza pregiudicarne la sua validità per il mancato utilizzo negli altri paesi, causandone la decadenza. Per esempio, se il marchio viene usato solamente in Italia, il titolare gode comunque dei diritti ad esso connessi anche nei paesi in cui non vi è l'effettivo utilizzo. Per quanto concerne la realtà aziendale, il marchio comunitario rappresenta una possibilità di estensione della propria attività, mediante l'entrata e l'espansione in nuovi mercati.

13 1.3.2. **Il Regolamento del Consiglio dell'Unione Europea n. 207 del 26 febbraio 200**

Il Regolamento n. 207 del 2009 è il nuovo Regolamento sui marchi comunitari che sostituisce quello descritto nel paragrafo precedente, ovvero il n. 40 del 1994. Nel caso di specie, la normativa comunitaria dei marchi alla quale si fa riferimento è quella del '94, ma si ritiene comunque appropriato fornire talune precisazioni anche con riguardo al Regolamento oggi in vigore. Prima di procedere alla visione delle modifiche, bisogna precisare che gli obiettivi del nuovo Regolamento rimangono invariati rispetto al precedente. Il Regolamento 207/2009 ha infatti la funzione di

garantire uno sviluppo armonioso tra le imprese che operano nel mercato europeo permettendo loro di distinguere i prodotti e servizi mediante la registrazione del marchio comunitario. La disciplina che ne regola la procedura è unica in quanto si vogliono superare le differenze che vi sono nelle normative nazionali dei vari Paesi Membri della Comunità Europea. E' necessario che si faccia affidamento ad una disciplina che superi le barriere e gli ostacoli posti, quanto alla disciplina dei marchi, dai vari paesi, poiché risulta più semplice non solo comunicare con gli altri Stati Membri, ma anche risolvere l'insorgere di eventuali controversie. E' importante affermare che il diritto sul marchio comunitario non sostituisce la normativa nazionale: un'impresa di uno Stato membro che ha già registrato un marchio nazionale ha la libera facoltà di scegliere se registrare o meno un marchio comunitario per la sua attività d'impresa.

Quanto sopra detto è comune a quanto osservato con riguardo al Regolamento 40/94.

Ora, invece, si considereranno alcune delle previsioni e gli istituti per i quali sono stati apportati dei cambiamenti, che per la maggior parte coinvolgono la forma, lasciando quasi invariata la sostanza.

La prima questione riguarda la divisione della domanda: l'articolo 44 del Regolamento prevede la possibilità che i prodotti o servizi indicati nella domanda di registrazione del marchio possano essere oggetto di altre domande c.d. divisionali; la domanda originale risulterà quindi divisa in più parti. Questa possibilità non è però consentita in tutte le situazioni: infatti, se è stata avanzata una domanda di opposizione per quella originale, essa non potrà essere divisa.

Nel nuovo Regolamento, alla seconda e terza sessione del sesto titolo, il termine cause è stato sostituito con l'espressione motivi. Si parlerà quindi di motivi di decadenza, motivi di nullità assoluta e relativa e non più di cause.

Proseguendo, il Regolamento 207/2009 prevede l'aggiunta di due articoli in merito alla revisione pregiudiziale13: l'art. 61 e l'art. 62. Tali articoli evidenziano una duplice situazione in caso di ricorso: l'ipotesi ex parte e l'ipotesi inter partes, oggetto di procedure parzialmente diverse.

Con l'art. 80, il nuovo Regolamento introduce una novità di tipo procedurale. Si concede infatti all'Ufficio la possibilità di cancellare provvedimenti e di revocare decisioni qualora essi siano frutto di errori procedurali. Può infatti succedere che, data l'ingente mole di lavoro spettante all'Ufficio, si commettano delle imprecisioni e, fino all'entrata in vigore del Regolamento in questione, non vi era nessuna normativa a porvi rimedio.

Concludendo, le modifiche apportate dal nuovo Regolamento non cambiano in nessun modo la sostanza del precedente; l'aggiunta di alcuni articoli ha comportato

solamente una diversa numerazione degli stessi, ma questo non richiede eccessivi sforzi di adattamento da parte della giurisdizione nella consultazione.

1.4 Il marchio: definizione e funzioni Il marchio si configura quale tema principale della sentenza: si ritiene pertanto importante delinearne i concetti fondamentali in merito alle funzioni che esso svolge. Le argomentazioni di seguito esposte saranno di carattere generale al fine di evidenziare l'importanza che il marchio assume in un'impresa che decide di registrarlo e le motivazioni che spingono a detta registrazione.

1.4.1 La funzione distintiva del marchio Le necessità di identificare e di contraddistinguere rappresentano un bisogno ricorrente in tutti gli ambiti della società; si pensi, ad esempio, al nome anagrafico, quale segno che individua un preciso soggetto oppure ai nomi comuni, che permettono di contraddistinguere precise classi di beni presenti nella società, differenziandoli tra loro. Tale bisogno di identificazione lo si riscontra anche in ambito economico, ovvero nel mercato, in cui è indispensabile poter riconoscere le attività di produzione da quelle di scambio di beni e di servizi e, tra queste, identificare i diversi soggetti che vi operano[21]. E' in quest'ultimo contesto che si inserisce il marchio, il quale esercita un ruolo di fondamentale importanza in qualità di segno distintivo; la sua principale funzione consiste infatti nel contraddistinguere i prodotti o i servizi prodotti da una determinata impresa, rispetto a quelli della concorrenza svolgendo quindi la funzione di indicazione d'origine. Attraverso il marchio, in una classe di beni contraddistinta da una denominazione generica del linguaggio comune, l'impresa identifica una sottoclasse degli stessi conferendo loro delle caratteristiche che gli altri beni dello stesso genere non possiedono[22]. Ne deriva quindi la creazione di infinite sottoclassi di prodotti che, nonostante appartengano alla stessa classe, possiedono delle caratteristiche diverse attribuite a discrezione dell'impresa che li produce[23] L'utilizzo del marchio stimola ed accresce la concorrenza tra gli imprenditori nel mercato, portandoli ad offrire prodotti e servizi di una qualità sempre maggiore al fine di garantirsi l'approvazione e l'apprezzamento da parte del consumatore finale. La disciplina dei marchi ed il marchio stesso si inseriscono in una prospettiva economica di libera concorrenza in cui prevarranno le imprese più efficienti a discapito di quelle meno efficienti, sulla base dei giudizi attribuiti al prodotto una volta esperito. Quest'ultima affermazione permette di considerare il marchio in qualità di "ponte" di collegamento tra l'impresa e il consumatore, il quale lo considera un punto di riferimento, come una sorta di guida nei suoi consumi, assolvendo quindi ad una seconda funzione, ovvero la funzione di identità. **Il marchio si configura quale elemento essenziale e determinante in campo economico poiché, dal punto di vista del sistema delle imprese, garantisce una**

[21] M. RICOLFI, I segni distintivi- Diritto interno e diritto comunitario, G. Giappichelli, Torino, 1999, 2.
[22] P. AUTIERI, G.FLORIDA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, Diritto industriale- Proprietà intellettuale e concorrenza, G. Giappichelli, Torino, 2005, 54.
[23] P. AUTIERI, G.FLORIDA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, op. cit., 61.

sorta di premiazione a quelle più efficienti, mentre, nella sfera micro del consumatore, agevola il reperimento ed il riconoscimento dei prodotti da esso preferiti tra quelli delle imprese concorrenti.

Alla luce di ciò, l'efficacia di un marchio d'impresa è strettamente correlata alla capacità distintiva che esso possiede; stando infatti al contenuto dell'art. 7 del c.p.i. si possono registrare in qualità di marchi d'impresa "tutti i segni suscettibili di essere rappresentati graficamente, in particolare le parole, compresi i nomi di persone, i disegni, le lettere, le cifre, i suoni, la forma del prodotto o della confezione di esso, le combinazioni o le tonalità cromatiche, purché atti a distinguere i prodotti o i servizi di una impresa da quelli di altre imprese". **Anche in ambito comunitario, considerando il Regolamento n. 40 del 1994, il segno idoneo a costituire un marchio comunitario è definito mediante la stessa espressione creando quindi continuità tra la disciplina nazionale dei marchi e quella comunitaria**[24]. Il contenuto dei suddetti articoli descrive l'entità dell'oggetto di registrazione in qualità di marchio, ovvero le caratteristiche che un segno deve possedere affinché possa essere registrato. **Un ruolo di primaria importanza lo assume la rappresentabilità grafica del segno, strettamente necessaria al fine di identificare in modo univoco il marchio che rappresenta.** Può essere costituita da qualsiasi elemento idoneo a descrivere le caratteristiche del marchio purché questo avvenga con precisione[25]; solamente in questo modo l'oggetto di registrazione risulta conforme quale segno distintivo come il marchio, proprio in quanto adempie alla sua primaria funzione, ovvero quella distintiva. Proseguendo nell'analisi dell'articolo menzionato, si evince che i marchi, in base al segno che li costituiscono, inizialmente si possono distinguere in denominativi e figurativi; tra i primi rientrano, per esempio, i nomi di persona, le denominazioni geografiche o gli slogan, mentre tra i secondi i disegni o i modelli.

Talvolta possono essere costituiti dalla combinazione di parole e figure, dando origine ai cosiddetti marchi misti. Per tali tipologie, la disamina della suscettibilità della rappresentazione grafica del segno non presenta particolari difficoltà, al contrario, invece, di quando un marchio è identificato da un colore, da un suono, da una forma o addirittura da un odore. In questi casi, la probabilità di dover affrontare degli ostacoli è comprensibile e più elevata, data la difficoltà di determinare se possono godere o meno della tutela riservata ai marchi: ci si deve chiedere se un particolare tipo di profumo, una precisa tonalità di colore, un determinato tema musicale o una forma possono godere di protezione. Per esempio, Christian Louboutin, noto stilista francese, ha registrato come marchio una precisa tonalità di rosso con la quale è solito colorare la suola delle scarpe di sua ideazione. In questo caso, il colore è chiaramente un segno distintivo che permette di contraddistinguere

[24] Art. 4, Reg. 40/1994.
[25] M. BERTANI, G. FINOCCHIARO, A. GIUSSANI, A. MARIA ROVATI, F. SANNA, D. SARTI, P. TESTA, La proprietà intellettuale, Giappichelli, Torino, 2011, 39.

nettamente le scarpe di sua produzione da quelle dei concorrenti, ragion per cui ne è stata concessa la registrazione come marchio. Un semplice colore può quindi essere dotato di capacità distintiva, ma ai fini della registrazione è necessario che sia oggetto di una rappresentazione grafica chiara, completa, precisa, costante ed oggettiva. Stando a quanto affermato, non è quindi possibile soddisfare il requisito della rappresentazione grafica mediante la sola riproduzione del colore su carta, ma è necessario fornire un codice di identificazione riconosciuto internazionalmente[26].

Per quanto riguarda, invece, i marchi olfattivi, essi sono costituiti da segni che individuano specifici odori. Diversi casi sono stati oggetto di attente valutazioni in quanto il marchio olfattivo non era tradizionalmente ritenuto registrabile per l'inesistenza di una sua rappresentazione grafica: si poteva presentare la formula chimica in qualità di descrizione del marchio olfattivo, ma essa non identifica l'odore in sé, bensì solamente la sostanza che emana quell'odore. Affinché si possa verificare il deposito, la descrizione deve essere chiara ed oggettiva, ma è necessario valutare caso per caso per decretarne l'idoneità alla registrazione o meno[27]. Attualmente non esiste una classificazione internazionale di odori riconosciuta, come invece accade per i colori o per i suoni e, pertanto, è estremamente difficoltoso attribuire, in modo chiaro e preciso, una denominazione o un codice a un odore. In ambito comunitario, ci sono stati infatti diversi casi in cui la domanda depositata per un marchio olfattivo è stata accolta, mentre altri in cui è stata respinta[28].

Anche per i marchi di forma sono necessarie attente valutazioni al fine di decretarli registrabili o meno, ma a questo argomento vi sarà dedicato un paragrafo nel corso di questo capitolo. Tutelando la capacità distintiva propria di un marchio, l'ordinamento vuole evitare il rischio di confusione che potrebbe insorgere dall'uso di segni identici o simili per prodotti/servizi identici o affini. Ciò che si vuole scongiurare è che un consumatore consideri due prodotti aventi un marchio simile, provenienti dalla stessa impresa: per questo motivo la legge vieta l'uso di segni che possono indurre confondibilità[29].

Riassumendo quanto sopra detto e alla luce del contenuto dell'art. 7 del c.p.i. e dell'art. 4 del Regolamento n. 40/1994, il marchio in qualità di segno distintivo, assolve alla funzione primaria di identificare i prodotti appartenenti ad una determinata impresa e quindi differenziarli.

1.4.2 **La funzione di garanzia di omogeneità e costanza qualitativa.** Mentre nel precedente paragrafo si è trattato della funzione di indicazione di provenienza e di

[26] Corte Giust. CE, 6 maggio 2003, procedimento C-104/01, consultata in www.oami.europa.eu..

[27] L. MANSANI, Marchi olfattivi, in Riv. dir. Ind., 1996, 262.

[28] 21 Trib. di primo grado C.e.e., sez. III, 27 ottobre 2005, procedimento T-305/04, consultato in www.eur-lex.europa.eu.. In suddetto caso, la società Eden SARL voleva registrare l'odore di fragola matura fornendo come sua rappresentazione grafica il disegno di una fragola matura. Il Tribunale ha respinto tale richiesta in quanto ogni varietà di fragola matura ha un proprio odore, differente dalle altre, quindi, in mancanza di una precisa identificazione dell'odore, tale segno non è idoneo ad essere registrato in qualità di marchio olfattivo.

[29] Art. 12, comma 1, lett. b), c.p.i..

origine propria del marchio, con il presente si intende descrivere un'ulteriore funzione in cui la capacità distintiva del marchio si specifica, ovvero quella di garanzia di costanza e di omogeneità qualitativa. Il marchio indica che un determinato prodotto proviene da una precisa impresa, la quale si presuppone basi la propria attività produttiva su standard qualitativi costanti. Colui che acquista il prodotto contraddistinto da un marchio piuttosto che da un altro ritiene che quest'ultimo abbia un valore qualitativo superiore rispetto a quelli della concorrenza; vi individua, in altre parole, delle caratteristiche che soddisfano le sue esigenze e rispondono ai suoi bisogni più di altri prodotti/servizi. Il consumatore finale, una volta provato un determinato prodotto e soddisfatto dall'uso dello stesso, si aspetta di ritrovare lo stesso grado di soddisfazione all'acquisto successivo. Questo realmente accade dal momento in cui l'impresa produce i prodotti mantenendo gli standard qualitativi costanti; tuttavia, giuridicamente, non vi è alcuna norma che impone la realizzazione della produzione con lo stesso livello di qualità, ma l'impresa può accrescerlo e migliorarlo o, al contrario, peggiorarlo. Il marchio si configura in qualità di promessa nei confronti dell'acquirente e tale promessa può essere mantenuta sia tenendo il livello di qualità del prodotto costante, sia incrementandolo[30]. La soddisfazione del consumatore finale è un obiettivo fondamentale per l'impresa produttrice, in quanto è un fattore determinante nel processo di fidelizzazione dello stesso; il raggiungimento di questo traguardo stimola l'impresa a migliorare sempre di più il prodotto in modo tale da generare attorno al proprio marchio un'idea qualitativa e di soddisfazione superiore a quella concorrenziale, entrando propriamente nell'ottica della libera concorrenza e circolazione dei beni nel mercato. Se il consumatore ha un'esperienza positiva la prima volta che viene a contatto con un nuovo prodotto contraddistinto da un certo marchio, la successiva non dovrà più indagare in merito alla qualità di esso, in quanto si è creato un ricordo positivo e un legame di fiducia con lo stesso, legame che l'impresa cercherà di potenziare al fine di fidelizzare il consumatore (brand loyalty)[31]. In questi termini, il marchio rappresenta un investimento che potrebbe decretare il successo o il fallimento di un'attività imprenditoriale in quanto il consumatore, nelle scelte d'acquisto, identifica i prodotti attraverso il marchio e ad esso associa determinate opinioni che scaturiscono dall'esperienza, positiva o negativa, che ha avuto dal suo uso. Si comprende quindi come, ragionevolmente, un'impresa impieghi molte risorse nella costruzione dell'immagine del marchio il quale è determinante per la sua reputazione e per la comunicazione con il consumatore finale.

Sostanzialmente, la funzione del marchio di distinguere il prodotto di un imprenditore da quello dei concorrenti (funzione di indicazione di origine/provenienza) e la funzione di garantirne la costanza qualitativa e omogeneità nel tempo sono fortemente correlate e dipendenti: con un forte carattere

[30] F. CIONTI, La funzione propria del marchio, Giuffrè, Milano, 2004, 140.
[31] G. SENA, op. cit., 45.

distintivo, il marchio è in grado di assolvere ad entrambe le funzioni che agevolano sia l'attività imprenditoriale, consentendole di essere identificata nel mercato, e sia la scelta d'acquisto del consumatore, il quale usa il marchio come punto di riferimento per la qualità. L'obiettivo è quello di far avere al cliente un'esperienza positiva, di ottenere un consenso da esso dovuto alla soddisfazione delle sue esigenze, così da fargli ripetere l'acquisto. Bisogna inoltre precisare che la disciplina dei marchi tutela l'originalità propria ed insita di un segno a prescindere dalla qualità in se' del prodotto che esso rappresenta: l'ordinamento sostanzialmente protegge il marchio con la volontà che si comprenda bene la provenienza del prodotto a prescindere però dalla soddisfazione qualitativa del consumatore, anche perché ciò dipende dalle aspettative personali che ognuno ha.

1.4.3 **La funzione di comunicazione: ampliamento della tutela della funzione di attrattiva** Con il passare dei decenni fino ad oggi, il marchio si è arricchito sempre di più di significati che vanno ben oltre a quello distintivo, di indicazione dell'origine imprenditoriale; in passato non gli si concedeva il giusto spazio ed esso non era dotato di una disciplina autonoma. Il cambiamento è avvenuto passando da una realtà in cui l'industria si focalizzava solamente sulle modalità di produzione ad una, invece, in cui la comunicazione ed il rapporto con il consumatore finale assumono un'importanza di gran rilievo nell'attività imprenditoriale. Si è arrivati dunque ad una concezione del marchio quale "veicolo" di messaggi, informazioni e valori che contribuiscono, se accattivanti e compresi dal consumatore, ad aumentare il potenziale di vendita dell'impresa. Con il progressivo aumentare delle strategie di marketing, si è compreso che il marchio necessitava di una normativa che tutelasse anche il potenziale attrattivo di cui è esso dotato e non solamente la sua funzione di indicatore d'origine, come accadeva invece un tempo[32].

Il marchio è il mezzo attraverso il quale l'impresa comunica con la clientela effettiva e potenziale diventando un vero e proprio "portatore di un messaggio" in grado di evocare emozioni e di suggestionare l'acquirente[33]. Negli ultimi decenni, le imprese hanno investito ingenti risorse nella comunicazione pubblicitaria con protagonista il loro marchio: è questa una strategia volta a migliorare la comprensione dei messaggi e dei valori insiti in esso, riducendo sempre di più la distanza consumatore-impresa. L'impresa, arricchendo e rinnovando costantemente la sua comunicazione, riconosce nel marchio un notevole potenziale di vendita e valore attrattivo attribuendogli così uno specifico valore pubblicitario. L'importanza dei suddetti valori ha portato ad un ampliamento della tutela giuridica del marchio inizialmente riservata alla sola funzione distintiva, ora prevista anche per il valore attrattivo.

Questa nuova e peculiare forma di protezione è stata riservata, con la riforma del 1992 con la Legge Marchi, **ai cosiddetti marchi celebri**. Essi sono quei marchi che

[32] P. AUTIERI, G.FLORIDA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, op. cit., 54 e ss..

[33] C. GALLI, Il marchio come segno e la capacità distintiva nella prospettiva del diritto comunitario, in Dir. ind., 2008, 426.

esercitano una particolare forza attrattiva nei confronti del consumatore poiché dotati di rinomanza. L'ordinamento giuridico ha deciso quindi di dedicare loro una tutela allargata, la cosiddetta tutela extra-merceologica. **Con essa si proibisce a terzi di usare un marchio identico o simile ad uno che gode di rinomanza, anteriormente registrato, non solo in caso di appartenenza del prodotto/servizio alla stessa sfera produttiva, ma anche nel caso in cui gli stessi appartengano a due sfere produttive completamente differenti**[34]. Si assicura una protezione che va oltre al rischio di confusione il quale può generalmente insorgere dall'uso di segni identici o affini per prodotti che appartengono allo stesso settore produttivo. Esemplificando quanto detto, sarebbe vietato registrare un marchio con denominazione "Ferrari" per un tipo di formaggio, poiché Ferrari è un marchio di auto che gode di rinomanza e, pertanto, secondo quanto esposto dalla legislazione nazionale non può essere apposto in nessun'altra tipologia di prodotto. L'obiettivo di detta protezione è quello di scongiurare qualsiasi forma di parassitismo che può crearsi usando un marchio simile ad uno dotato di rinomanza, ovvero evitare che vi sia uno sfruttamento indebito del suo potenziale attrattivo.

Il marchio celebre acquisisce un valore autonomo rispetto al prodotto cui si riferisce ed è il diretto influenzatore delle scelte d'acquisto dei consumatori evocando emozioni, tramandando valori e comunicando messaggi che interagiscono con la sfera personale dell'acquirente, guidandolo durante il processo d'acquisto[35]. La nozione di notorietà alla quale ci si riferisce è un concetto ampio: non è solamente quella propria dei marchi con alta rinomanza, ma si comprendono generalmente tutti quei marchi sufficientemente noti, verso i quali possono verificarsi situazioni di sfruttamento indebito del loro potenziale attrattivo[36]. La disciplina del marchio che gode di rinomanza presuppone che sia il marchio del titolare, sia quello recante pregiudizio in possesso di un terzo siano entrambi utilizzati in concreto; solo infatti tramite il suo uso si porta a conoscenza del consumatore finale la sua essenza. La società moderna ha ben compreso il potenziale del marchio ragion per cui, negli anni, è sorta la necessità di prevedere, in tutti gli ordinamenti, una disciplina dei marchi, ossia un insieme di norme che ne garantissero la difesa e la tutela in caso di eventuali azioni scorrette o abusi da parte di terze persone. Investire nella costruzione dell'immagine del marchio e nel suo mantenimento sono azioni fondamentali per un'impresa e, come tali, hanno il diritto di essere preservate e valorizzate da un'adeguata disciplina. Ciò che emerge da queste considerazioni è che il significato del marchio si è, nel tempo, rivalutato: in esso la sua funzione distintiva originaria coesiste oggi con l'insieme dei messaggi, delle informazioni, delle emozioni che egli tramanda. **Per valutare la capacità distintiva di un marchio è**

[34] Art. 12, lett. f), c.p.i.; art. 8, comma 5, Reg. 40/1994;
[35] A. MARIANI, L'analisi economica del marchio che gode di rinomanza, in Dir. ind., 1996, 292.
[36] A. VANZETTI, V. DI CATALDO, Manuale di diritto industriale, Giuffrè, Milano, 2009, 226.; Corte Giust., 14 settembre 1999, C-375/97, in Riv. dir. ind., 2000, 25.

inevitabile considerare l'influenza che esso esercita sul pubblico mediante le modalità con le quali viene pubblicizzato e diffuso, come è inevitabile tener conto della sua capacità di veicolare messaggi. Quello che comunque è importante sottolineare è che la capacità distintiva rimane sempre il metro per misurare le potenzialità di successo e di idoneità alla registrazione del marchio: è mediante l'adempimento alla sua funzione d'origine (di indicazione e di provenienza) che si determina il successo del marchio tra quelli dei concorrenti e tra le scelte dei consumatori; oggi, però, il marchio viene implementato ed arricchito di molteplici messaggi volti a comunicare con il cliente i valori che l'impresa vuole trasmettere e ciò lo si ottiene attraverso numerose strategie di marketing che ne studiano la forma e la comunicazione migliore.

E' fondamentale, inoltre, che tali azioni per pubblicizzare il marchio trasmettano messaggi e informazioni veritiere e non ingannino il consumatore, altrimenti si comprometterebbe il rapporto di fiducia che si intende creare tra l'impresa e i potenziali consumatori finali. Il marchio è oggi il veicolo di informazioni circa una provenienza ben precisa del prodotto, che non deve essere falsata dalla diffusione di informazioni ingannevoli e che deve permette di costituire un solido legame tra i consumatori e i prodotti/servizi che esso contraddistingue.

Nel rispetto dello statuto di non decettività del marchio, non possono infatti essere registrati i segni idonei ad ingannare il pubblico, in particolare sulla provenienza geografica, sulla natura o sulla qualità dei prodotti o servizi[37]. Alla luce delle considerazioni che precedono, il marchio ha assunto l'importante compito di collettore di clientela, poiché guida il consumatore nelle scelte d'acquisto ed è il responsabile del loro grado di soddisfazione e della ripetizione dell'acquisto stesso[38].

Ancor di più, il marchio ha il potere di attrarre il consumatore verso un prodotto poiché dotato di elementi caratteristici suoi propri che si imprimono nella mente del consumatore e che prescindono dalle caratteristiche del prodotto. Con tale affermazione si potrebbe attribuire al marchio quella che viene definita oggi funzione suggestiva, in quanto in grado di attirare il consumatore finale indipendentemente dalle precedenti esperienze d'acquisto e dalle caratteristiche del prodotto, ma solamente grazie alle caratteristiche insite in esso[39].

1.5 I requisiti essenziali per la registrazione del segno come marchio La disciplina dei marchi, sia comunitaria che nazionale, prevede una serie di requisiti che il segno deve possedere affinché possa godere di tutela e di protezione; questo al fine di assicurare alle imprese che il loro marchio sia in grado di distinguerne prodotti e servizi sul mercato.

[37] Art. 14, comma 1, lett. b), c.p.i..
[38] F. CIONTI, op. cit., 143 e ss..
[39] GHIRON, La tutela dei marchi e la sensibilità dei consumatori, in Giur. compl. cass. civ., 1951, II, 984.

Il primo tra i requisiti fondamentali è la capacità distintiva[40]: il marchio deve essere originale, non deve essere costituito da denominazioni generiche, da indicazioni descrittive, ovvero esclusivamente da segni che indicano la provenienza, la qualità oppure la specie del prodotto a cui sono apposti e infine da segni che sono diventati d'uso comune nel linguaggio corrente e del commercio[41]. Per esempio, non può essere registrata la parola "scarpa" come marchio per scarpe, oppure la parola "caffè" per prodotti di caffè; sono entrambe denominazioni generiche e descrittive del prodotto che contraddistinguono, prive di originalità. E' importante che il marchio resti impresso nella mente del consumatore, che attragga la sua attenzione, ma soprattutto che esso venga ricordato. Il ricordo del marchio e la distinzione di esso tra quelli dei concorrenti è per l'impresa un traguardo fondamentale. La capacità distintiva è il requisito che permette al segno di identificare la specie di un prodotto all'interno del genere di beni alla quale esso appartiene e può variare nel tempo, a seconda di come cambia la percezione che il consumatore finale ha del segno.

I marchi possono quindi suddividersi **in marchi forti e marchi deboli**. I primi sono quelli dotati di una forte capacità distintiva, data dal fatto che il marchio è costituito da denominazioni che non hanno attinenza con il prodotto che contraddistinguono. Tra questi vi sono per esempio i marchi Diesel o Frutta usati per abbigliamento. Sono marchi deboli invece quelli la cui denominazione concettualmente rimanda al bene che identificano, conferendo quindi una debole capacità distintiva al marchio. Alcuni esempi sono "Divani&Divani", per indicare la produzione appunto di divani, "Scarpe&Scarpe" come marchio per calzature oppure "Benagol" per prodotti per la gola. Tra queste due tipologie di marchi, quella forte assicura una maggior tutela e protezione poiché basta la più piccola somiglianza tra marchi di tal fatta per generare confusione e contraffazione. Viceversa, per i marchi deboli non vi sarà violazione qualora nel mercato si registri un marchio che presenta una piccola variante rispetto al marchio (già) registrato, poiché la tutela è garantita non per le parti comuni del marchio, che possono quindi essere usate da altri, ma solo per gli elementi di originalità insiti nel marchio stesso. Ad esempio, non costituisce assolutamente violazione del marchio "Divani&Divani" un altro marchio contenente la parola divani, poiché essa è una denominazione comune; l'originalità del suddetto marchio potrebbe coincidere con l'accostamento di due parole uguali, ma non certamente con l'utilizzo della parola divano per un marchio che identifica appunto i divani.

Per i marchi deboli è sufficiente quindi una minima variazione per evitare che sia generata confusione e contraffazione, al contrario invece di quelli forti[42]. In deroga a quanto affermato finora, l'art. 13 del c.p.i. contiene delle disposizioni in merito alla tutela del marchio il quale abbia acquisito la capacità distintiva prima della

[40] Art. 13, c.p.i..

[41] Ci si riferisce, per esempio, alle espressioni come iper, mega, super. La registrazione di un segno con una tale denominazione non può avvenire in quanto sono espressioni mancanti di originalità e quindi di capacità distintiva.

[42] Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 2004, n. 3984, consultata in www.dirittoeconsulenza.it.

registrazione[43] o in seguito alla registrazione in base all'uso che ne è stato fatto37[44]. Più precisamente, la norma dispone che può ugualmente costituire oggetto di registrazione sia un marchio che prima della registrazione abbia acquisito capacità distintiva, sia un marchio che invece l'abbia acquisita dopo, a seguito dell'uso che ne è stato fatto.

In tali fattispecie emerge il concetto del **secondary meaning**, ovvero il fenomeno secondo il quale un segno, inizialmente privo di capacità distintiva, con il tempo acquisisce un secondo significato tale da renderlo riconoscibile ed identificabile agli occhi del consumatore. E' fondamentale sottolineare che l'acquisto del secondary meaning avviene in seguito all'uso del marchio e tale uso necessita di essere provato al fine di rendere il segno registrabile. La prova può essere costituita per esempio da testimonianze di operatori del settore di appartenenza del prodotto oppure attraverso indagini demoscopiche. Oltre alla capacità distintiva, il marchio deve possedere il requisito della novità[45]: al momento del deposito della domanda, il segno che si vuole registrare deve essere diverso e non simile ad altri segni già esistenti che contraddistinguono prodotti o servizi uguali o affini. Più precisamente, vi sono due ipotesi che pregiudicano la novità di un segno: la prima si riferisce alla preesistenza di fatto di segni già noti al consumatore (dato sostanziale), la seconda alla preesistenza di una o più domande di registrazione depositate con conseguente accoglimento e registrazione del segno come marchio (dato formale). **Con riferimento alla prima casistica, l'uso anteriore (anche in qualità di ditta, insegna, etc.) del segno da parte di terze persone pregiudica la novità di quello che si vuole registrare se lo stesso, con il tempo, ha acquisito una notorietà qualificata, ovvero se il consumatore finale ne percepisce il carattere distintivo tra gli altri marchi presenti nel mercato**. Quanto detto vale sia se il segno di uso precedente è stato registrato, sia se non lo è, dando, in questo caso, precedenza al cosiddetto marchio di fatto. Se invece la notorietà del segno anteriore è puramente locale, cioè circoscritta ad una determinata zona, essa non pregiudica la novità del segno che si vuole registrare e il terzo può continuare ad usare il segno preesistente nei limiti in cui ha agito fino a quel momento. **Vi sarà quindi, nel mercato, una coabitazione del marchio in preuso e quello nuovo, con conseguente affievolimento del diritto sul marchio registrato**[46]. In merito al dato formale e quindi al deposito anteriore di altri marchi, il segno che si vuole registrare manca di novità se: - il marchio anteriormente registrato è depositato per prodotti identici ed esso stesso è identico; - il marchio anteriormente registrato è identico o simile ed è stato depositato per prodotti identici o affini[47]. Con questo si

[43] Art. 13, comma 2, c.p.i..
[44] Art. 13, comma 3, c.p.i.; art. 7, comma 3, Reg. 40/1994.
[45] 38 Art. 12, c.p.i..
[46] Art. 12, comma 1, lett. b), c.p.i..
[47] Art. 12, comma 1, lett. c), d), e), c.p.i.. Con il termine affini non si fa rifermento a due prodotti appartenenti alla stessa categoria merceologica o che soddisfano gli stessi bisogni, ma si considerano tali i prodotti che il consumatore crede provengano dalla stessa impresa e se ciò avviene, significa che i marchi possono generale potenziale confusione.

vuole evitare il rischio di confusione nei confronti del consumatore e scongiurare che egli associ un marchio d'impresa ad un altro, credendolo lo stesso. Questo evento sarebbe pregiudizievole per le imprese coinvolte in tale associazione poiché significa che l'immagine costruita attorno ai marchi non si compone di elementi originali e innovativi tali da far rimanere il marchio impresso nella mente del consumatore. Il comportamento dell'acquirente che viene sviato a causa dell'associazione di un marchio con un altro segno fa perdere, almeno potenzialmente, clientela all'impresa. E' molto importante, quindi, capire come il consumatore percepisce il marchio per valutare se il rischio di confusione è elevato o meno. La percezione del marchio avviene concependolo come un tutt'uno, senza analisi dei vari elementi che lo compongono: solo in questo modo, considerandolo nella sua globalità, si riesce ad afferrarne il significato ed il messaggio che vuole veicolare. Il consumatore è il destinatario del messaggio che l'azienda vuole comunicare e ciò che conta è che la costruzione di esso sia diversa da quelle già realizzate dai concorrenti: bisogna incidere la mente del consumatore ed è per questo che un segno privo di novità non è idoneo in qualità di marchio, perché non assolve alla funzione di far comprendere a quale impresa appartenga la realizzazione di quello specifico prodotto. Il requisito della novità è inoltre fondamentale per un marchio poiché, nel caso di un marchio celebre, i titolari possono impedire che terzi traggano un vantaggio indebito dall'uso di segni simili o identici al loro anche per prodotti non affini: si vuole quindi evitare che si sfrutti la notorietà che un'impresa ha costruito negli anni investendo risorse nella pubblicità e nel mantenimento dell'immagine del marchio. Non godono quindi del requisito della novità i segni identici o affini ad un marchio anteriormente registrato per prodotti anche non affini nel momento in cui tale marchio goda di rinomanza[48]. Proseguendo, il terzo requisito che il marchio deve possedere è quello della liceità[49]: non possono essere registrati in qualità di marchio segni che sono contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume; segni che possono trarre in inganno il consumatore circa la provenienza geografica, la natura, la qualità o la qualità dei prodotti/servizi (v. infra, par. precedente) [segni il cui utilizzo comporterebbe una violazione del diritto d'autore altrui, di un diritto di proprietà industriale].

Nella sentenza oggetto del presente elaborato saranno messi in discussione, dalla convenuta, due requisiti fondamentali per la registrazione: la capacità distintiva e la novità. Alla casa di moda francese infatti è stato eccepito che i marchi registrati di sua proprietà dovrebbero essere dichiarati nulli poiché privi dei due elementi appena menzionati, la cui mancanza avrebbe dovuto impedirne la registrazione.

[48] Art. 12, comma 1, lett. f), c.p.i..
[49] Art. 14, c.p.i..

1.**6 I marchi di forma** Stando all'art. 7 del c.p.i [50], possono essere registrati come marchi segni rappresentanti la forma del prodotto o della confezione di esso. Quando si parla di marchi di forma è importante precisare che si fa riferimento sia a quelli bidimensionali che a quelli tridimensionali. Tra i primi si citano, per esempio, la trama del tessuto della nota casa di moda Burberry oppure i disegni di Prima Classe; ciò che conta è che siano intrinsecamente connessi al prodotto. Non possono infatti essere considerati marchi di forma quelle forme indipendenti dal prodotto a cui sono apposte, come per esempio le "sculture" sul cofano delle Mercedes o Rolls Royce44[51]. Nella sentenza qui commentata, i marchi analizzati e registrati, sia quelli nazionali che comunitari, sono tutti marchi di forma: la casa di moda Hermès al fine di tutelare taluni modelli di borse da loro prodotte, ovvero Birkin e Kelly, ha registrato, in funzione distintiva del prodotto, la forma particolare che ognuna delle borse assume. L'art. 9 del c.p.i. elenca per negazione le casistiche in cui il segno non è idoneo alla registrazione come marchio di forma[52], pena la nullità della registrazione[53]. Tra esse rientrano: - segni costituiti esclusivamente dalla forma imposta dalla natura stessa del prodotto; - segni che derivano dalla forma necessaria del prodotto per ottenere un risultato tecnico; - segni la cui forma conferisce un valore sostanziale al prodotto.

Rispettivamente, sono esclusi dalla registrazione quei segni la cui forma risulta banale e standardizzata, ovvero quando il segno risulta strettamente connesso al settore di appartenenza del prodotto e non dotato di particolare originalità[54].

La forma alla quale ci si riferisce è quella essenziale che il prodotto deve assumere a detta della sua natura, senza la quale esso non potrebbe esistere[55]. Va ricordato che la funzione principale del marchio è quella di contraddistinguere un prodotto all'interno del suo genus di appartenenza e più il segno è simile a tale genus, minor grado di incisività e distinzione avrà rispetto a quelli dei concorrenti. Si può affermare quindi che tale casistica opera nel rispetto della funzione primaria del marchio, ovvero quella di indicazione di origine e di provenienza.

Le forme che conferiscono al prodotto una particolare utilità[56], non sono oggetto della disciplina dei marchi, ma esse sono tutelate in qualità di modelli di utilità. La legge prevede infatti una specifica protezione per le innovazioni in campo tecnico, escludendo per esse la coesistenza di una duplice tutela, quella

[50] Similmente nell'art. 4, Reg. 40/1994.
[51] G. SENA, op. cit., 80-81.
[52] Similmente nell'art. 7, comma 1, lett. e) del Reg. 40/1994; in questo articolo le forme escluse dalla registrazione sono inserite tra gli impedimenti assoluti alla registrazione.
[53] Art. 25, comma 1, lett. b), c.p.i.; art. 51, comma 1, lett. a), Reg. 40/1994.
[54] Trib. di primo grado CE, 16 febbraio 2000, procedimento T-122/99, consultato in www.oami.europa.eu..
[55] S. CASELLI, Alcune osservazioni sui limiti alla registrabilità dei marchi di forma, in Riv. dir. ind., 2009, 307.
[56] Corte Giust. CE, 18 giugno 2002, in Giur. ann. dir. ind, 1135. Si tratta del noto caso Philips in cui la Corte definisce forme necessarie per ottenere un risultato tecnico tutte quelle caratteristiche essenziali del prodotto che svolgono una funzione tecnica e che, se tutelate dalla disciplina dei marchi, la quale prevede una protezione potenzialmente perpetua, impedirebbe ai concorrenti di sviluppare prodotti comprendenti tale funzione ostacolando quindi il principio della libera concorrenza nel mercato.

riservata ai marchi e quella riservata ai modelli di utilità. Infine, i segni la cui forma conferisce un particolare valore di pregio estetico al prodotto, che incide nella scelta d'acquisto del consumatore, esercitando un valore attrattivo[57], non possono godere della tutela conferita dalla disciplina dei marchi, ma essi possono essere registrati come modelli ornamentali. Vale anche per questi ultimi l'alternatività dell'applicazione delle due discipline. L'interpretazione del valore sostanziale che una forma conferisce al prodotto non è così semplice come sembra. Se si considerasse un limite alla registrazione come marchio qualsiasi forma ornamentale, si circoscriverebbe di gran lunga l'insieme della tipologia di forma e di confezione del prodotto che può essere registrata. Per tale motivo, la norma in questione specifica che è la presenza del valore sostanziale, che impedisce la registrazione di una forma in qualità di marchio. La giurisprudenza identifica le forme conferenti valore sostanziale al prodotto quelle dotate si di un valore ornamentale, ma tale da essere in grado di influire sulle scelte del consumatore, conferendo un aspetto estetico attrattivo al prodotto[58]. Da questi requisiti emerge il principio di estraneità del marchio dal prodotto: il segno distintivo deve possedere delle caratteristiche tali da permettergli di essere sempre identificato e separato dall'oggetto al quale si riferisce; è necessario che abbia una propria identità[59]. La tutela prevista per i marchi di forma ha l'obiettivo di evitare che un'impresa monopolizzi, registrando come marchio una delle tre forme su esposte, non solo il segno in sé, ma l'intera attività produttrice, impossessandosi per un arco temporale indeterminato di un intero genere merceologico. [60]Oggetto di tutela è il segno, non il prodotto nelle sue caratteristiche. Per tale tipologia di marchi è inoltre necessario riportare delle considerazioni in merito alla capacità distintiva ad essi connessi. Ciò che è fondamentale evitare è la confusione tra la mera forma del prodotto con la forma che invece costituisce un segno distintivo e ciò al fine di scongiurare la considerazione di tutte le forme quali segni potenzialmente registrabili come marchio d'impresa. Stando al contenuto dell'art. 7 del c.p.i., la forma acquisisce carattere distintivo nel momento in cui permette al consumatore l'individuazione della fonte di origine54.

[57] Comm. di ricorso, 3 maggio 2000, in Giur. ann. dir. ind., 4139. Si tratta del caso in cui la casa di moda Ferragamo ha depositato domanda di registrazione per la fibbia rettangolare rappresentante la lettera omega; la domanda è stata accolta poiché tale forma non conferiva un particolare valore estetico ai prodotti.

[58] Trib. Venezia, 24 gennaio 2008, in Dir. ind., 4, 2008, 332.

[59] 52 Trib. Torino, 14 novembre 2008, in Riv. dir. ind., 2009, II, 289. Nella sentenza in oggetto, Bottega Veneta, nota casa di moda, viola il principio di estraneità del marchio al prodotto in quanto se si isola il marchio di forma "cuoio intrecciato", del prodotto non rimarrebbe nulla: la separazione marchio-prodotto non è quindi possibile. Il Tribunale ha inoltre decretato l'impossibilità di registrare quale marchio di forma tridimensionale la trama del cuoio intrecciato di Bottega Veneta. La forma "cuoio intrecciato" è stata ritenuta forma imposta dalla natura stessa del prodotto in quanto coincidente con la forma che assume il materiale cuoio intrecciato a termine del processo di lavorazione. Vi è stata un'estensione del primo limite alla registrabilità del marchio di forma, poiché oltre ai segni che costituiscono la forma, è stata inclusa anche la forma che la materia prima assume a prodotto finito, escludendola dalla registrazione ogni qualvolta il suo aspetto coincide con quello assunto a realizzazione completata del prodotto. La Cassazione esclude infatti dalla registrazione come marchio di forma quelle consistenti nella forma di una materia prima frutto di un processo di lavorazione standardizzato

[60] .M. RICOLFI, op. cit., 63.

Infine, le limitazioni alla registrabilità dei marchi di forma, esposte nel presente paragrafo, hanno carattere autonomo rispetto al requisito della capacità distintiva, ciò significa che forme che non violano quanto esposto dall'art. 9 del c.p.i. possono però essere prive di capacità distintiva, non rispettando quindi quanto descritto dall'art. 7 del c.p.i. in merito all'oggetto di registrazione. Il Tribunale di Torino, per i marchi di forma oggetto dell'istanza, è chiamato a valutare e a verificare che non vi sia una violazione della presente normativa, con riferimento particolare alla seconda casistica sopra descritta; più precisamente, come si vedrà nel capitolo successivo, è chiamato a verificare se le chiusure delle borse sono tali da consentire l'ottenimento di un risultato tecnico.

1.7 **La procedura di registrazione del marchio** Mediante la registrazione di un marchio si acquisisce il diritto all'uso esclusivo dello stesso ed è pertanto possibile vietare a terzi l'uso di un marchio identico per i propri beni. Tale diritto, una volta concesso, retroagisce dal momento del deposito della domanda per il marchio nazionale, mentre per il marchio comunitario gli effetti decorrono dalla data di pubblicazione di registrazione del marchio. La registrazione ha durata decennale dalla data del deposito della domanda58 e può essere successivamente rinnovata per altri dieci anni senza alcun limite59.

Nell'ordinamento italiano il marchio riceve tutela sia se viene registrato, sia nel caso in cui esso venga usato, ma in assenza di registrazione. Quest'ultima fattispecie si definisce con l'espressione "marchio di fatto". La legge prevede che qualora vi sia il rischio di confondibilità tra un marchio che si vuole registrare ed uno già presente nel mercato non registrato, vi sia tutela per quello anteriore solo se ne è stato fatto uso nel tempo e se ha acquisito una notorietà qualificata presso il consumatore. Questo è l'unico caso il cui il marchio di fatto viene tutelato e cioè solamente al fine di scongiurare il rischio di confusione con uno identico o simile per il quale si vuole ottenere la registrazione. Al marchio di fatto si riserva quindi una tutela più debole rispetto a quello registrato, il quale gode invece del massimo grado di tutela prevista dall'ordinamento. I soggetti aventi diritto ad ottenere la registrazione del marchio sono i diretti utilizzatori dello stesso che intendono impiegarlo nella produzione o nel commercio dei propri prodotti, siano esse persone fisiche, giuridiche o enti pubblici60. Essi possono presentare domanda presso gli appositi uffici di competenza che sono l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (UIBM) o gli uffici decentrati presso le Camere di Commercio per i marchi nazionali, mentre l' Ufficio per l'Armonizzazione nel Mercato Interno (UAMI) per registrare quelli comunitari. L' UIBM è l'ufficio che a livello nazionale opera in qualità di destinatario delle domande di registrazione dei brevetti, marchi, disegni e modelli. Ha inoltre il compito di valutare la regolarità tecnica e formale della domanda depositata e quindi decretarne il suo accoglimento o meno. Istituita dal 2009, la Direzione Generale non solo ha l'obiettivo di tutelare la proprietà industriale, di incrementarne il valore sia in ambito nazionale che internazionale, ma si occupa anche della lotta alla contraffazione; contribuisce infatti

al supporto delle imprese italiane ed estere nella gestione delle loro innovazioni in modo da preservare la competitività nel mercato.

L' UAMI, come già detto, è l'Ufficio che si occupa della gestione delle domande di deposito e della registrazione stessa di marchi o modelli provenienti dai paesi appartenenti alla Comunità Europea ed ha sede ad Alicante, in Spagna.

Nel momento del deposito della domanda di registrazione presso i suddetti Uffici, essa deve godere di precisi requisiti e contenere determinate informazioni61 tra le quali i dati identificativi del titolare, la riproduzione del marchio e l'elenco dei prodotti o servizi per i quali si chiede la registrazione (verifica della ricevibilità). Successivamente alla constatazione della ricevibilità della domanda, i rispettivi Uffici ne verificano la regolarità formale, ovvero si accertano che il contenuto della domanda sia completo e conforme a quanto disposto rispettivamente dagli articoli 156, primo comma, del c.p.i. e 36 del Regolamento n. 40 del 1994. L'elenco dei prodotti che la domanda deve contenere deve essere tale da raggrupparli secondo la loro natura e da consentire la classificazione di ogni singolo bene secondo le classi stabilite dalla classificazione internazionale dei prodotti e servizi, ovvero l'Accordo di Nizza. Nel caso fossero presenti delle irregolarità formali, il richiedente ha la possibilità di porvi rimedio entro due mesi dalla data in cui la constatazione è stata comunicata. Oltre alla regolarità formale, gli Uffici provvedono a verificare anche la regolarità sostanziale della domanda63 focalizzandosi circa la validità del segno. Concretamente, ci si assicura che non vi siano impedimenti assoluti alla registrazione, accertandosi pertanto che il marchio sia dotato di capacità distintiva, che non sia contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume e che non induca in inganno il consumatore. In questa fase della procedura vi è però una divergenza nella verifica della regolarità sostanziale: mentre la normativa comunitaria include nell'esame la presenza o meno del requisito della novità, per il marchio nazionale invece non vi è la verifica del possedimento di tale requisito.

Superata tale verifica, la domanda viene considerata registrabile e viene pubblicata nel bollettino dei marchi d'impresa quella relativa ai marchi nazionali, mentre nel bollettino dei marchi comunitari per l'altra tipologia.

Nel caso del marchio comunitario vi è però un ulteriore passaggio prima di giungere alla pubblicazione della domanda: l'UAMI redige una relazione di ricerca al fine di verificare la situazione di marchi comunitari anteriori che potenzialmente potrebbero ostacolare la registrazione64. I risultati della ricerca sono trasmessi successivamente al richiedente, il quale ha un mese di tempo per apportare, se necessarie, delle modifiche alla sua domanda; dopodiché, l'Ufficio prevede alla sua pubblicazione65.

Mediante la pubblicazione della domanda si rende opponibile la registrazione del marchio, nazionale e comunitario, a terzi già in possesso di marchi identici o simili

che vantano quindi diritti anteriori sul segno. Entro due mesi l'oppositore e il richiedente devono raggiungere un accordo in merito (art. 178.1 c.p.i.).

.L'opposizione deve essere costituita da determinati elementi pena il suo accoglimento, quali i prodotti, l'identificazione del richiedente a cui essa si rivolge e le motivazioni che ne diano una valida giustificazione. La procedura di opposizione inizia dal momento in cui la domanda si dichiara ricevibile e si concluderà con la registrazione o meno del marchio, a seconda se l'Ufficio accoglie o respinge la domanda. Per esempio, essa può essere respinta nel caso in cui l'opponente titolare di un marchio, anteriormente registrato da almeno cinque anni, non fornisca idonea documentazione circa l'effettivo uso del marchio per i propri prodotti68. Se invece la prova dell'uso è fornita, anche solo per una parte dei prodotti, l'opposizione si dichiara accolta solo per tale parte.

L'opposizione si presenta in qualità di impedimento relativo in quanto la legge permette la tutela del singolo e del marchio di sua proprietà registrato anteriormente, evitando il rischio di confusione che potrebbe insorgere da una nuova registrazione.

Sia in ambito nazionale che comunitario, nel caso in cui la domanda di registrazione venga rifiutata in favore dell'accoglimento di un'opposizione, il richiedente può entro 60 giorni appellarsi alla Commissione dei ricorsi sottoponendo la domanda a revisione69.

Oltre alle opposizioni, i terzi possono presentare all'Ufficio, durante la procedura della registrazione, delle osservazioni scritte di cui all'art. 175 del c.p.i e 41 del Regolamento n. 40 del 1994, ovvero possono indicare ed esporre le motivazioni secondo le quali il segno dovrebbe essere escluso dalla registrazione.

1.8 La nullità del marchio: impedimenti relativi e assoluti alla registrazione del marchio

Il presente paragrafo si propone l'obiettivo di descrivere la fattispecie della nullità indicandone le cause, i soggetti che possono attuare un'azione di nullità e gli effetti che ne conseguono. Nella sentenza qui in esame, la parte convenuta invoca la nullità per i marchi registrati da parte attrice ed è per questo motivo che si ritiene opportuno delinearne gli aspetti e il contenuto sia della normativa nazionale, sia di quella comunitaria.

Nella normativa nazionale, l'art. 25 del c.p.i elenca le ipotesi di nullità relativa ed assoluta che privano il marchio dei suoi effetti. Esse sussistono quando:

- il marchio non possiede uno dei requisiti previsti dall'art. 7 del c.p.i. (suscettibilità di rappresentazione grafica e indicazione di provenienza ed origine del prodotto);
- il marchio manca di novità secondo una delle casistiche contenute all'art. 12 del c.p.i.;
- il marchio è in contrasto con quanto previsto dall'art. 9 del c.p.i. circa i marchi di forma;
- il marchio rappresenta stemmi che rientrano nelle convezioni internazionali vigenti in materia o che il segno contiene stemmi o emblemi che rivestono un interesse pubblico (art. 10 c.p.i.);
- il marchio non è dotato di capacità distintiva secondo quanto espresso dall'art. 13 del c.p.i. o non gode del requisito della liceità (art. 14, comma 1, c.p.i.);
- il marchio la cui domanda è stata fatta in mala fede;
- sono stati registrati come marchi nomi di persona, ritratti e segni notori senza aver ottenuto il consenso dai titolari o, in caso di morte, dal coniuge e dai figli o se, diversi dal richiedente della registrazione, ledono la fama il decoro del portatore di tali nomi (art. 8, c.p.i.).

E' legittimato ad ottenere la nullità del marchio chiunque vi abbia interesse, ovvero, in primo luogo, qualsiasi concorrente che considera tale marchio un ostacolo all'esercizio della sua attività (nullità assoluta). L'azione di nullità può però essere esercitata solo dal loro titolare nel caso in cui vi sia la presenza di diritti anteriori che andrebbero incontro a violazione e a pregiudizio[61]; si tratta, in questo secondo caso, di un'ipotesi di nullità relativa dato che l'azione non può essere fatta valere da chiunque.

Con riferimento all' elenco su esposto, è doveroso distinguere tra gli impedimenti assoluti alla registrazione e quelli relativi[62]. Tra i primi rientrano: l'inidoneità del segno ad essere considerato un marchio e quindi in contrasto con l'art. 7 del c.p.i., la mancanza di capacità distintiva e il difetto di liceità, la presenza di una delle ipotesi elencate all'art. 9 del c.p.i. che prevedono l'esclusione dalla registrazione come marchio d'impresa di determinate forme. Essi individuano un vizio strettamente connesso alla natura del segno.

Tra gli impedimenti relativi rientrano, invece, la mancanza di novità e la presenza di diritti anteriori di terzi che contrastano con la registrazione del marchio. Gli impedimenti sono cumulativi, ovvero affinché si possa considerare un segno idoneo in qualità di marchio, è necessario che non vi sa la presenza di alcun tipo di impedimento: tutte le condizioni sopra descritte devono essere soddisfatte, non ne basta solo una.

[61] Art. 121, comma 2, c.p.i..
[62] P. AUTIERI, G.FLORIDA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, op. cit., 70-71.

Nel Regolamento n. 40 del 1994, vi è una esposizione separata degli impedimenti e rispettivamente, quelli assoluti sono al primo comma dell'art. 7, mentre quelli relativi al primo comma dell'art. 8.

Stando all'art. 7 del Regolamento in questione, sono esclusi dalla registrazione:

- i marchi non suscettibili di rappresentazione grafica e che non indicano l'origine e la provenienza del prodotto (art. 4);
- i marchi privi di carattere distintivo, composti esclusivamente da segni diventati di uso comune nel linguaggio corrente e da segni che hanno valore descrittivo del prodotto, come l'indicazione di qualità, di destinazione o di provenienza geografica;
- i segni la cui forma conferisce un valore sostanziale o di utilità al prodotto e che deriva dalla natura stessa del prodotto;
- segni contrari all'odine pubblico o al buon costume;
- i marchi che possono indurre in inganno il consumatore circa per esempio le caratteristiche o la provenienza del prodotto;
- i marchi che contrastano con l'art. 6 ter della Convenzione di Parigi73 a causa della mancanza dell'autorizzazione delle autorità competenti;
- i marchi costituiti da stemmi, emblemi diversi da quelli previsti dall'art. 6 ter della Convenzione di Parigi e se sono di interesse pubblico;
- i marchi di vini o di alcolici contenenti indicazioni geografiche di provenienza;
- i marchi che contengono una denominazione di origine o geografica conforme al regolamento CEE n. 2081 del 199274 e corrispondente a quanto l'art. 13 del suddetto regolamento espone se la domanda di registrazione del marchio è stata sottoposta alla Commissione in un momento successivo rispetto a quella per la denominazione d'origine o geografica.

L'art. 8 al primo comma esplica che il marchio deve escludersi dalla registrazione a seguito dell'opposizione di un terzo avente diritti anteriori se:

- il marchio da registrare è identico al marchio anteriore e sono identici a quelli del terzo anche i prodotti per i quali si vuole ottenere la registrazione;
- se sussiste rischio di confusione a causa dell'identità o della somiglianza tra il marchio da registrare e quello anteriormente registrato appartenente al terzo.

Sempre con riferimento alla normativa comunitaria, agli impedimenti sopra enunciati corrispondono rispettivamente le cause di nullità assoluta descritte nell'art. 51 e le cause di nullità relativa esplicate invece dall'art. 52.

La prima fattispecie sussiste nel momento in cui si presentino impedimenti assoluti alla registrazione e quindi il marchio è dichiarato nullo, su domanda presentata

all'Ufficio o su domanda riconvenzionale in un'azione per contraffazione, se è stato registrato contrariamente al contenuto dell'art. 7 del regolamento di riferimento e se il richiedente ha agito in mala fede nel momento del deposito della domanda. Parallelamente, si ravvisano cause di nullità relativa che portano il marchio alla sua invalidità se, sempre su domanda presentata all'Ufficio o su domanda riconvenzionale per azione di contraffazione e su opposizione di un terzo, vi è la preesistenza di un marchio anteriore stando al contenuto del primo o del quinto comma dell'art. 8, se vi è la preesistenza di un marchio anteriore del quale il rappresentante del titolare ha effettuato la domanda a proprio nome senza il suo consenso, previa giustificazione del suo agire (art. 8, terzo comma) ed infine se sussistono diritti di anteriorità secondo quanto esplicato dal quarto comma dell'art. 8 del Regolamento n. 40 del 1994.

La nullità del marchio può essere decretata per la totalità dei prodotti che esso contraddistingue (nullità totale) oppure solo per una parte di classi di prodotti (nullità parziale)[63]. L'effetto immediato della nullità del marchio è la perdita del diritto all'uso esclusivo dello stesso in quanto esso viene dichiarato invalido e l'efficacia del marchio viene meno fin dalla sua origine (efficacia ex tunc)[64].

Il contenuto delle norme descritte evidenzia come sostanzialmente la nullità sia assoluta nel caso di impedimenti che riguardano la natura del segno, ovvero vizi intrinsechi ad esso, mentre si ricade nella nullità relativa in presenza di diritti anteriori da parte di terzi e in mancanza di novità.

Nella sentenza in esame, poiché parte convenuta, con domanda riconvenzionale, chiederà di accertare la nullità dei marchi di titolarità di Hermès per difetto di novità, di capacità distintiva, per la registrazione di segni la cui forma è imposta dalla natura stessa del prodotto e conferisce al prodotto un risultato tecnico, si ravvisa la presenza di entrambe le tipologie di impedimenti, sia quelli assoluti che quelli relativi.

1.8.1 La giurisdizione dell'azione di nullità

Nonostante, durante la procedura di registrazione, il marchio sia sottoposto ad un esame preventivo per escludere la presenza di impedimenti assoluti, esso può essere dichiarato nullo anche a registrazione ottenuta diventando oggetto di azioni di nullità.

Secondo l'art. 120 c.p.i., la giurisdizione in materia di controversie riguardante il marchio nazionale e la sua validità spetta esclusivamente ai giudici nazionali appartenenti alle Sezioni specializzate dei Tribunali e alle Corti d'Appello. E' pertanto a questi organi che bisogna preporre la domanda di nullità.

[63] Art. 27, c.p.i..
[64] Art. 54, Reg. 40/1994; art. 123, c.p.i..

Stando invece alla normativa comunitaria qui in esame, la domanda di nullità per un marchio comunitario, se posta in via principale, deve essere presentata all'Ufficio per iscritto e corredata da motivazioni. L'Ufficio la prende in esame e su di essa si pronuncia la Divisione di annullamento, la cui decisione è assunta da parte di tre membri (art. 129, Reg. 40/1994). Una volta conclusosi il giudizio in merito alla domanda di nullità, essa viene trascritto nel registro.

Nel caso oggetto d'analisi la domanda di nullità viene preposta sia per marchi nazionali che comunitari, ma non in via principale, bensì mediante una domanda riconvenzionale di annullamento nell'ambito di un'azione di contraffazione. La giurisdizione appartiene esclusivamente ai Tribunali dei marchi comunitari. Essi sono tribunali nazionali di prima e di seconda istanza, istituiti da ogni stato membro della comunità europea, in numero ridotto, entro tre anni dall'entrata in vigore del presente Regolamento n. 40 del 199479, comunicando alla Commissione la loro denominazione e la loro competenza territoriale80. Tali tribunali, in Italia, corrispondono alle Sezioni specializzate istituite con D. Lgs. n. 128 del 27 giugno 2003 ed i giudici che vi operano si occupano esclusivamente di contraffazione e di validità dei marchi comunitari. Ricevuta la domanda riconvenzionale di nullità, il Tribunale dei marchi comunitari provvede a darne comunicazione all'Ufficio, il quale la iscriverà nel registro dei marchi comunitari (art. 96, comma 4, Reg. 40/1994).

Generalmente, il Tribunale competente è quello in cui la convenuta ha domicilio (art. 93, comma 1): nella sentenza in esame la convenuta Laurence s.r.l. ha sede a Torino ed è proprio il Tribunale di Torino, o meglio la sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, quale anche Tribunale dei marchi e dei modelli comunitari, ad avere la giurisdizione dell'oggetto della controversia.

Qualora l'Ufficio avesse già pronunciato in via definitiva una decisone circa le stesse parti ed avente lo stesso oggetto, il Tribunale dovrà respingere la domanda riconvenzionale di nullità (art. 96, comma 2). Se invece la decisione dell'Ufficio non è ancora diventata definitiva, il Tribunale dei marchi comunitari può sospendere il procedimento avente oggetto la domanda riconvenzionale di nullità su richiesta del titolare del marchio comunitario e incitare la convenuta a presentare domanda in via principale dinanzi l'Ufficio entro i termini da esso stabiliti. Se ciò non avviene, la domanda riconvenzionale si considera ritirata (art. 96, comma 7).

Si ricorda inoltre che, secondo quanto disposto dall'art. 96, primo comma del Regolamento qui in esame, la domanda riconvenzionale di nullità, con oggetto del giudizio la nullità stessa, potrà essere accolta soltanto se avanzata per i motivi previsti dal Regolamento stesso.

1.9 Riflessioni conclusive sul marchio Riassumendo, il marchio è quel segno distintivo che identifica un prodotto o un servizio di un'impresa e che permette al consumatore di distinguere nel mercato i prodotti in base alla loro provenienza. La sua funzione principale è quella distintiva: distinguere un determinato prodotto

significa poter collegare ad esso caratteristiche sue proprie. In merito alla tutela dei segni distintivi si può affermare che il titolare del marchio vanti una protezione di tipo assoluto e questo lo si ravvisa nella sua protezione a prescindere, talvolta, dalla sussistenza di confondibilità con altri segni presenti nel mercato81. Generalmente, la tutela del marchio è volta ad evitare il rischio di confusione tra un marchio nuovo e uno preesistente, in caso di loro somiglianza, ma tale protezione ha assunto una "posizione" più ampia, tutelando detto segno distintivo anche in altre situazioni, che vanno oltre l'ipotesi di reale confondibilità. Tale atteggiamento ha influenzato sia la stesura del Regolamento n. 40/94 sui marchi comunitari, sia il codice della proprietà industriale. In questa sede ci si riferisce propriamente al fatto che il marchio viene tutelato anche nel caso in cui sia identico ad un altro, ma non vi sia rischio di confusione tra i prodotti o servizi contraddistinti. Lo dimostrano l'art. 9, par. 1, lett. c) del Regolamento comunitario e l'art. 20, comma 1, lett. c), c.p.i. In altre parole, la tutela assoluta si ravvisa nella protezione in ambito extra-merceologico del marchio celebre: non si possono infatti adottare segni identici o simili ad un marchio che gode di rinomanza, anche se l'attività d'impresa che identificano è completamente diversa da quella del marchio notorio. Un altro caso in cui si tutela il marchio, a prescindere dal rischio di confusione, riguarda il marchio registrato non ancora usato, al quale si concedono cinque anni a partire dalla data di registrazione per il suo uso effettivo. Durante il periodo in cui il marchio rimane in attesa di essere usato, non sussiste il pericolo di confusione con marchi da altri utilizzati, ma nonostante questo si garantisce ad esso la stessa protezione di uno registrato già effettivamente in uso. Trattasi di casi nei quali al marchio è conferita una protezione che va ben oltre la sua funzione essenziale di identificare la provenienza o l'origine del prodotto o del servizio contraddistinto. Siffatto orientamento del legislatore trova maggiore evidenza nell'ambito della normativa nazionale; a livello comunitario invece, la tutela, è essenzialmente incentrata sulla funzione distintiva del marchio e sul mantenimento della stessa, come ben dimostra il contenuto dell'art. 7 del Regolamento n. 40 del 1994, in cui sono elencati gli impedimenti che pregiudicano la validità del marchio (elencazione dalla quale emerge che l'obiettivo è proprio quello di preservare la sua funzione principale di indicazione d'origine e provenienza)[65].

La tutela prevista per il marchio agisce essenzialmente in una duplice direzione, ovvero sia verso l'impresa e sia verso il consumatore finale. Nel primo caso, si proteggono gli investimenti che un'impresa effettua nella costruzione del marchio e, soprattutto, il marchio stesso da possibili violazioni ad opera di terzi. Nella sfera del consumatore, si evince dalle normative che il marchio costituisce un

[65] Corte CE, 29 settembre 1998, in Giur. ann. dir. ind., 1999, 1461 ss.. In tale sentenza, Canon Kabushiki accusa la società americana Metro Goldwyn Mayer per il deposito del marchio "Cannon" volto a contraddistinguere videocassette preregistrate e "produzione, locazione e proiezione di film per sale di proiezione e aziende televisive". In siffatta occasione la Corte si pronuncia affermando che l'essenza del marchio è quella di permettere al consumatore di identificare l'origine del prodotto e di contraddistinguerlo da quello di produzione della concorrenza

important elemento d'influenza nella scelta d'acquisto e un prezioso veicolo di informazioni e messaggi che semplificano il reperimento dei prodotti, ragion per cui lo si tutela dal rischio di confusione e grazie alle norme che vietano un uso decettivo del marchio. Quanto esposto in questa prima parte permette di comprendere l'importanza del marchio e della sua disciplina. Può sembrare che un marchio sia un "semplice" segno dotato di una propria veste grafica e veicolo di un messaggio ben preciso, ma dietro vi è un difficile lavoro di costruzione della sua immagine: è un investimento importante per un'impresa e per la sua attività e le discipline che trattano di marchi riconoscono questo importante aspetto, ragion per cui prevedono precise norme in fatto di registrazione, di requisiti per la tutela, per il mantenimento di esso, di diritti in capo ai titolari.

1.10 I disegni e i modelli: Regolamento CE n. 6/2002 del Consiglio del 12 dicembre 2001 su disegni e modelli comunitari

La sentenza commentata nel presente elaborato si basa non solo sulla disciplina a tutela del marchio, ma anche su quella in materia di disegni e modelli. Tale normativa viene appellata in merito alla borsa Lindy, la quale è tutelata in qualità di modello comunitario registrato secondo il Reg. n. 6 del 12 dicembre 2001 pubblicato nella GUCE n. L 3 del 5 gennaio 2002.

Detto Regolamento prevede la tutela e la protezione di disegni e modelli in ambito comunitario, estendendone la validità in tutti i Paesi Membri. Entrato in vigore il 6 marzo 2002, istituisce nell'ordinamento dell'Unione Europea un sistema di protezione secondo il quale, presentando un'unica domanda all'UAMI anziché una pluralità di domande per ogni singolo Stato Membro, gli interessati possono ottenere la registrazione dei disegni o modelli con efficacia in tutto il territorio della Comunità. Anche in tale caso, come per i marchi, risulta di particolare importanza il fatto che vi sia la centralizzazione e l'unicità delle procedure da seguire ai fini della registrazione, in modo tale da poter superare gli ostacoli delle differenti legislazioni nazionali in merito; la presenza di numerosi uffici e di procedure, con il conseguente aumento delle spese amministrative, ostacola il commercio dei prodotti protetti da un modello o da un disegno. Inoltre, se vi fosse solamente una tutela a livello nazionale, si restringerebbe la diffusione e la conoscenza del bene, impedendo alle imprese, se non previo sostenimento di ulteriori costi, di allargare il loro portafoglio clienti e quindi il proprio business, ostacolando pertanto la libera circolazione delle merci.

I vantaggi che derivano da una registrazione comunitaria sono molteplici rispetto a quelli conferiti da una registrazione nazionale. Mediante una protezione migliore e più estesa dei disegni e dei modelli a livello comunitario, i designers sono maggiormente incentivati ad esprimere le loro doti creative al massimo per poter realizzare un prodotto che, tra tanti, si contraddistingua; si incentivano inoltre i processi innovativi e la volontà di investire in nuovi prodotti, riducendo, tra l'altro, le spese amministrative che devono essere sostenute per registrare il disegno o il

modello. Dal punto di vista delle formalità da adempiere, infatti, è sufficiente depositare un'unica domanda presso l'UAMI e in un'unica lingua ed il pagamento è unico.

Come il Regolamento sui marchi comunitari, anche il presente, al fine concretizzare i suoi effetti, necessita di un insieme di norme esecutive le quali danno precise disposizioni in merito all'attuazione del suo contenuto: trattasi del Regolamento (CE) n. 2245 del 2002. Questo Regolamento garantisce che i procedimenti legati ai disegni e modelli comunitari vengano eseguiti in modo armonico ed uniforme dinanzi all'Ufficio, occupandosi, ad esempio, di tutto ciò che è correlato alla domanda di registrazione, della pubblicazione nel Bollettino dei disegni e modelli comunitari o delle modalità per presentare ricorsi all'UAMI.

1.10.1 Definizione di disegno e modello

Con l'espressione disegno o modello s'intende "l'aspetto di un prodotto o di una sua parte quale risulta in particolare dalle caratteristiche delle linee, dei contorni, dei colori, della forma, della struttura superficiale e/o dei materiali del prodotto stesso e/o del suo ornamento[66]".

Da questa definizione emerge che il disegno o modello identificano l'aspetto esteriore di un prodotto, potendo coincidere con linee, colori, un particolare tipo di forma oppure un determinato materiale usato per la sua realizzazione.

Precisamente, si considera modello una forma tridimensionale che caratterizza un certo prodotto, senza però che la stessa abbia un rilievo tecnico-funzionale. Con il termine disegno si intende, invece, una creazione bidimensionale (linee, colori, figure) che, parimenti, conferisca un aspetto caratteristico al prodotto. Si comprende, quindi, come i termini disegno e modello identifichino esclusivamente gli aspetti estetici e decorativi di un oggetto ed abbiano lo scopo di rendere più gradevole un prodotto agli occhi del consumatore finale o, comunque, idoneo a suscitare nel pubblico un' impressione diversa rispetto a quella generata da prodotti del medesimo genere, conferendogli delle caratteristiche proprie che ne permettono l'identificazione.

La tutela dell'aspetto estetico e non di quello funzionale è la differenza di protezione che distingue i disegni o modelli dai modelli di utilità, i quali, attraverso l'istituto del brevetto, proteggono le forme nuove che conferiscono al prodotto una particolare efficacia o comodità funzionale e quindi una maggior utilità.

L'essenza del disegno o modello rispecchia la volontà dell'impresa di differenziare la propria immagine nel mercato in cui opera, ma soprattutto di proteggere gli investimenti effettuati per la sua creazione: in assenza di registrazione di un disegno o un modello, altre imprese potrebbero usarli nella loro attività, sfruttando così l'immagine creata da un concorrente e lo sforzo ad essa corredato. Attraverso tale

[66] Art. 3, lett. a), Reg. 6/2002.

tutela si concede la protezione ad uno sforzo creativo innovativo dal punto di vista estetico e, mediante la registrazione, lo si può proteggere dagli eventuali tentativi di imitazione.

1.10.2 I requisiti di validità per la registrazione: novità e carattere individuale

Ai fini della registrazione di disegni e modelli non è richiesta una particolare gradevolezza estetica, ma sono necessari due requisiti, ovvero la novità ed il carattere individuale.

Stando al primo requisito84, un disegno o un modello è nuovo se nessun'altro modello o disegno identico è stato divulgato prima della data di presentazione della domanda di registrazione. Più precisamente, la normativa comunitaria prevede che il disegno o modello per il quale si richiede la registrazione non sia identico né ad uno non registrato, anteriormente divulgato, per il quale si rivendica la protezione e nemmeno ad uno registrato anteriormente alla sua domanda di deposito. L'identità che pregiudica la novità sussiste qualora le caratteristiche dei disegni/modelli sono diverse solamente per dettagli irrilevanti85, come per esempio le modifiche apportate al prodotto al fine di adattare il design alla tecnica.

Quanto detto include come oggetto di protezione comunitaria anche i disegni o modelli non registrati, purché possiedano i requisiti della novità e dell'individualità. Essi, rispetto a quelli per i quali è avvenuta la registrazione, differiscono in merito alla durata della tutela: mentre i disegni e modelli registrati sono protetti per un periodo di cinque anni, rinnovabile fino ad un massimo di 2586, quelli non registrati sono protetti per un periodo di tre anni a partire dalla data in cui essi sono stati divulgati al pubblico per la prima volta, all'interno della Comunità.

La tutela tra i due non differisce solamente per la durata, ma anche per la tipologia di azioni che vieta. Nel caso dei disegni/modelli registrati, la protezione è volta ad evitare una loro riproduzione sistematica e la produzione di disegni o modelli simili; nel caso in cui invece non sia avvenuta la registrazione, la tutela è prevista solamente contro la copiatura87. Mentre il disegno/modello registrato gode di una tutela più ampia, quello non registrato è protetto solamente nel caso in cui un concorrente riproduca esattamente, mediante un'imitazione pedissequa, quanto è già stato divulgato. In quest'ultima occasione è necessario provare che l'autore della copia del disegno/modello fosse a conoscenza di quello già nel mercato, poiché solo in tale circostanza si può presumere che avvenga la copiatura; essa inoltre si presuppone solamente qualora vi sia una creazione indipendente ad opera di un concorrente.

La tutela ha effetto dal momento in cui avviene la divulgazione del disegno/modello non registrato. Il legislatore ritiene che la tutela concessa in assenza di registrazione sia adeguata per quei disegni/modelli caratterizzati da una breve vita commerciale in quanto non vi sono né formalità, né costi da sostenere al fine di proteggerli.

Per contro, la registrazione conferisce una tutela più ampia concedendo in capo al titolare il diritto di uso esclusivo dello stesso che permette di vietare a terzi la commercializzazione, la fabbricazione e l'uso di un disegno/modello; quanto detto è previsto sia nel caso di identità a quello registrato anteriormente, ma anche nei casi in cui vi sia solamente una somiglianza con la presunta copia. Tale protezione consente al titolare di avanzare un'inibitoria nei confronti del "contraffattore" causa l'insufficiente differenziazione del disegno/modello dal proprio.

A sua volta la nozione di divulgazione differisce a seconda se la registrazione sia avvenuta o meno. Considerando i disegni o modelli registrati, la divulgazione avviene di norma mediante la pubblicazione a seguito di registrazione; per quelli non registrati, invece, si ha divulgazione se sono stati esposti o usati nel commercio o pubblicati mediante atti che possono essere ragionevolmente riconosciuti da coloro che operano negli ambienti specializzati del settore d'interesse. Solamente la presenza di questi ultimi requisiti costituisce divulgazione di un disegno o modello non registrato88. Come si può notare, il concetto di divulgazione è molto importante nel determinare la presenza o meno del requisito della novità in quanto, se sussiste, esso pregiudica la possibilità di registrare un modello o disegno nuovo per mancanza di novità.

Considerando ora il secondo requisito, il carattere individuale89 sussiste qualora il disegno o il modello suscita in un utilizzatore informato una impressione generale diversa e significativa rispetto a quella che egli ha di fronte a qualsiasi altro disegno o modello divulgato in precedenza. E' fondamentale che l'impressione generale sia nuova nell'utilizzatore informato e si richiede, a tal fine, che il disegno o il modello abbia una configurazione innovativa od originale: solo in questo modo è possibile procedere alla sua registrazione. Stando al contenuto dell'art. 6 della normativa comunitaria, il disegno o il modello deve suscitare un'impressione di dissomiglianza rispetto alle anteriorità.

Quello che però non è esplicato, è la misura in cui debba sussistere tale non identità, ovvero quanto diverso debba essere l'oggetto di nuova registrazione rispetto a quelli già esistenti. In merito vi sono diverse interpretazioni circa la maggiore o minore significatività richiesta al carattere individuale. Secondo un'opinione molto rigorosa, l'individualità dovrebbe essere l'elemento determinante dell'acquisto del prodotto90 pertanto il disegno o modello, al fine di possedere tale requisito, deve essere dotato di caratteristiche tali da colpire l'attenzione del consumatore ed attrarlo; le peculiarità devono avere un carattere altamente differenziante rispetto a quanto realizza la concorrenza. Secondo invece l'opinione contraria, si richiede che la differenziazione sia dovuta ad elementi che permettano sufficientemente di distinguere il nuovo disegno o modello da quello precedentemente divulgato91. In merito si ravvisa però anche un'opinione intermedia, secondo la quale il carattere individuale che differenzia il disegno o modello da uno preesistente dovrebbe essere

tale almeno da attirare l'attenzione del consumatore92, privilegiando quindi quei prodotti che soddisfano in modo innovativo i gusti degli acquirenti.

Inoltre, stando a quanto dispone l'art. 6 al secondo comma, il carattere individuale deve essere valutato anche in base al margine di libertà che l'autore ha usato nella realizzazione del disegno o modello. Sostanzialmente, si vuole sottolineare che è fondamentale individuare gli elementi che il designer ha saputo introdurre nella sua creazione, alla luce dei parametri che ha dovuto rispettare nella realizzazione del specifico prodotto: i beni sono di differenti tipologie ed ogni campo ha determinati limiti che incidono nella produzione di essi e che ne influenzano anche l'aspetto estetico. Per questo motivo è necessario contestualizzare l'individualità del disegno o modello nella classe merceologica di appartenenza: più limitato è il raggio d'azione del designer, e più saranno sufficienti piccoli dettagli per differenziare il disegno o modello da uno già divulgato anteriormente. Inoltre, qualora siano messi a confronto prodotti standardizzati, gli elementi che portano il consumatore a farsi un'opinione generale di dissomiglianza non devono essere quelli comuni alla classe di appartenenza del prodotto, ma devono essere ben differenziati dalla norma.

Rimanendo sempre in tema di requisiti di validità, si ravvisa un parallelismo tra il carattere individuale che deve possedere un disegno o modello e la capacità distintiva che invece è propria del marchio, con la differenza che, mentre nel primo caso ci si riferisce alla percezione del consumatore informato, nel secondo ci si riferisce al consumatore medio, ovvero il soggetto che non presenta particolari competenze nell'ambito della distinzione dei marchi e dotato di una soglia di attenzione non superiore alla media[67].

L'utilizzatore informato, invece, coincide con il destinatario del prodotto che nel tempo ha acquisito una esperienza rilevante dato l'uso frequente di un determinato disegno o modello. Ci si riferisce ad un soggetto che non è il consumatore medio descritto in precedenza in materia di marchi, e nemmeno un esperto del settore merceologico di riferimento capace di individuare dettagliatamente anche le più piccole differenze. Egli è semplicemente un soggetto dotato di una determinata conoscenza degli elementi che compongono un disegno o modello poiché di suo interesse e, per questo, dotato di una soglia di attenzione maggiore nel momento in cui ne fa uso. Il suo grado di attenzione è superiore a quello della media "in quanto non entra occasionalmente in contatto con i prodotti di un certo settore ma si tiene costantemente informato sulle caratteristiche dei prodotti e sull' evoluzione dei medesimi[68]".

Un ulteriore requisito di validità del disegno o del modello è esplicato al primo comma dell'art. 36, secondo il quale è necessario che l'aspetto esteriore del prodotto non presenti in alcun modo una funzione tecnica; sono inoltre escluse dalla

[67] A. VANZETTI, V. DI CATALDO, op.cit., 480.
[68] Trib. CE, 22 giugno 2010, procedimento T-153/08, consultato in www.oami.europa.eu.

registrazione quelle caratteristiche dell'aspetto del prodotto che devono essere necessariamente realizzate secondo la loro esatta conformazione per permettere la connessione meccanica con un altro prodotto, salvaguardando quindi la sua funzionalità[69].

Infine, il disegno o il modello non deve essere contrario all'ordine pubblico e al buon costume98. La mancanza dei requisiti su esposti comporta la nullità del disegno o modello che si vuole registrare99.

1.10.3 Registrazione e diritti conferiti

La domanda di registrazione viene depositata, a scelta del titolare, presso l'UAMI oppure presso uno degli Uffici competenti in materia di proprietà industriale presente nello Stato Membro, il quale, a sua volta, la trasmette entro due settimane all'UAMI (art. 35, Reg. 6/2002).

La domanda, stando al contenuto dell'art. 36, deve contenere indicazioni in merito all'identità del richiedente, la richiesta di registrazione, una rappresentazione riproducibile del disegno o modello e l'elenco dei prodotti nei quali si intende incorporare il disegno o il modello. E' concesso inoltre il deposito plurimo, ovvero in una domanda può esservi la richiesta di registrazione di una molteplicità di disegni o modelli purché appartengano alla stessa classe merceologica (art. 39, comma 1). Analogamente a quanto avviene per la domanda di registrazione del marchio, vi è anche in questa sede la verifica sia della regolarità formale100 che di quella sostanziale101. Vi sono però due differenze in tale procedimento rispetto a quello relativo dei marchi: la prima circa la domanda di registrazione per la quale, nel caso dei disegni e modelli si verifica solamente la conformità in merito alla definizione esposta nell'art. 3 e circa la non contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume (per i marchi si verificava in aggiunta la presenza dei requisiti essenziali di validità e degli elementi che costituissero impedimenti assoluti e relativi). La seconda riguarda invece la possibilità concessa in capo a terzi di opporsi alla registrazione: nel caso di

disegno o modello può essere avanzata solo a registrazione avvenuta mediante un'azione di nullità.

In seguito alla sua approvazione, la domanda viene registrata e pubblicata dall'UAMI nel Bollettino dei disegni e modelli comunitari i cui effetti decorrono dalla data del deposito.

La registrazione di un disegno o modello conferisce in capo all'autore il diritto di uso esclusivo dello stesso ed egli può vietarne l'uso ad un terzo. Nel caso in cui il design sia frutto del contributo di più autori, il diritto spetta in modo congiunto ad entrambi e qualora invece sia frutto di un soggetto alle dipendenze di un datore di

[69] Art. 36, comma 2, c.p.i.; l'unica deroga consentita a questo articolo appartiene ai cosiddetti sistemi modulari, come lo sono per esempio i Lego, la cui conformazione esteriore è necessaria al fine di garantire il collegamento di ciascun pezzo al fine di ottenere un risultato finale.

lavoro, il diritto viene conferito in capo a quest'ultimo, salvo diversa pattuizione102 (trasferimento del diritto).

Nella sentenza oggetto del presente elaborato, sono presenti due modelli comunitari registrati dalla casa di moda francese rispetto ai quali Tribunale è stato richiesto di valutare il loro carattere individuale.

CAPITOLO II

Analisi della sentenza

SOMMARIO: 2.1 Parti coinvolte. – 2.2 Conclusione delle parti. – 2.2.1 Le conclusioni della parte attrice. – 2.2.2 Le conclusioni della convenuta. – 2.3 Analisi della materia del contendere: le argomentazioni delle parti a confronto. – 2.4 La convenuta e la sua difesa: : prove a favore e contro la nullità dei marchi. – 2.5 I modelli comunitari: valutazioni in merito alla loro validità. – 2.6 Decisioni conclusive del Tribunale.

Il seguente capitolo ha l'obiettivo di fornire una descrizione dettagliata del contenuto della sentenza oggetto del presente lavoro, in modo tale da comprendere ed evidenziare le tematiche giuridiche coinvolte e le azioni della parte attrice e la convenuta. La descrizione seguirà, in parte, la struttura con la quale la sentenza si presenta.

Il capitolo ha inoltre lo scopo di enunciare le varie questioni giuridiche che hanno indotto Hermés International ed Hermés Sellier a citare in giudizio Laurence s.r.l., le quali, però, saranno adeguatamente approfondite ed argomentante nel capitolo terzo.

La sentenza in commento riguarda la causa RG n. 12959/2008 ed è stata emessa dal Tribunale di Torino, più precisamente dalla sezione IX civile specializzata in materia di proprietà industriale e intellettuale, pronunciatosi anche in qualità di Tribunale dei marchi e dei modelli comunitari.

Come sopra detto, la causa è stata promossa dalle società Hermès Sellier s.a. ed Hermès International s.c.p.a., rappresentate dagli avvocati F. Jacobicci e A. Camusso, che hanno citato in giudizio la società torinese Laurence s.r.l., difesa dagli avvocati M. Ricolfi, C.E. Mazzetti e C. Molteni.

2.1 Parti coinvolte

Le Parti attrici: Hermès International s.c.p.a. e Hermès Sellier s.a.

Le società che hanno proceduto ad avviare la causa in oggetto, Hermès International s.c.p.a. e Hermès Sellier s.a., sono parte del gruppo Hermès, titolare dell'omonimo marchio .

Il fondatore dell'azienda fu Thierry Hermès, un sellaio che nel 1837 aprì una propria bottega per produrre tutto il materiale indispensabile per legare il cavallo alla

carrozza, mezzo usato sia per scopi militari, sia per piacere. A quell'epoca Parigi era il centro della selleria di lusso e Thierry ne comprese le potenzialità in termini di sviluppo di un business. Egli infatti ebbe presto un'ottima reputazione per la serietà e la qualità che caratterizzavano la sua produzione di bardature. Nel 1867 l'azienda, diretta dal figlio del fondatore, vinse il premio all'Esposizione Universale per la miglior bardatura; questo fu soltanto l'inizio di una lunga serie di successi.

Alla fine del diciannovesimo secolo, la maison divenne famosa per la produzione di una borsa: la haute à courroie. Era una borsa dalla forma verticale, di grandi dimensioni, che si chiudeva con una semplice cinghia, destinata a contenere l'occorrente per la bardatura; era quindi una borsa da equitazione da portare in sella.

Oltre a vestire il cavallo, diventava necessario vestire anche i cavalieri: ecco allora che nei primi anni del Novecento, il nipote del fondatore realizzò gli indumenti e gli accessori per i fantini. Si aprì quindi un mondo nuovo, in cui ebbe enorme successo la cerniera denominata "chiusura Hermès"; a quell'epoca non era scontato applicarla anche agli abiti, per questo motivo fu una sorta di rivoluzione.

In aggiunta a detta attività, l'impresa avviò una produzione di capi in pelle di daino: erano pezzi di abbigliamento destinati all'élite parigina. Ispirato dall'uso dei metalli preziosi posti dal nonno per abbellire le bardature, il nipote Emile, nel 1927, pensò di impreziosire con oro e argento l'abbigliamento. Lanciò quindi la prima collezione di gioielli d'ispirazione equestre; furono quelli gli anni in cui si posero le basi per far decollare la maison e renderla uno dei punti fermi della moda in svariati settori a livello internazionale.

I frutti si vedranno negli anni trenta, anni in cui la società decollò e divenne un riferimento nel mondo della moda. Tra i prodotti che resero la maison celebre vi fu il foulard, presentato per la prima volta nel 1937 all'Esposizione Internazionale per celebrare i cento anni della nascita dell'impresa. Era realizzato in seta ed era un quadrato di 90 cm denominato carré. Oggi è considerato un must della maison. Un altro prodotto che segnò la storia di Hermès fu la borsa da sella, pensata con lo scopo di contenere l'indispensabile per bardare il cavallo. Lanciata nel 1935 con dimensioni molto grandi, successivamente venne realizzata in formato ridotto e resa celebre da Grace Kelly, dalla quale prende oggi il nome il modello della borsa.

Nel secondo dopoguerra la maison iniziò la sua produzione di cravatte, riproducendo elementi del mondo equestre sulla seta. Nel 1945 venne depositato il marchio che connoterà la suddetta casa di moda: una carrozza, due cavalli e un ragazzo che la conducono, rappresentati in modo semplice e stilizzato. Con tale disegno si intendeva prolungare la Parigi degli anni venti, la Parigi del primo dopoguerra e la si voleva ricordare negli anni in cui stava nascendo l'automobile.

Figura 1.1 Logo del marchio Hermès

Nel 1949 la maison introdusse nel mercato il "ready-made", una sorta di prêt-à-porter il cui simbolo era un abito da donna in cotone stampato dal nome Hermeselle.

Con il passare degli anni il volume d'affari aumentò ed il brand sbarcò anche nel settore dei profumi.

Presidente attuale dell'azienda è Patrick Thomas: egli rappresenta la quinta generazione Hermès e si impegna a portare avanti la tradizione cercando di rinnovarla continuamente.

A partire dagli anni novanta, la maison ha cominciato ad adottare una politica di acquisizione nel campo delle industrie tessili ed ha instaurato delle politiche di collaborazione con stilisti come Martin Margiela.

Riassumendo, Hermès è un marchio di rilevanza internazionale con alle spalle decenni di fatica e di duro lavoro, ricompensati oggi dalla sua celebrità. E' un marchio tramandato di generazione in generazione che ha mantenuto, negli anni, continuità e coerenza abbracciando diversi settori della moda. Tra le sue creazioni più rinomate vi sono appunto i due modelli di borse oggetto della sentenza trattata, ovvero Kelly e Birkin.

La borsa Kelly è una delle poche borse ad avere un nome proprio di persona e la sua attuale conformazione nasce dal primo modello di borsa che la maison aveva realizzato: una borsa in cuoio progettata dal nipote del fondatore, da riporre nella portiera dell'auto ed essere comunque contemporaneamente chic e raffinati. La Kelly è di forma trapezoidale, possiede un fondo rigido con dei piedini applicati esternamente sul fondo al fine di permetterne l'appoggio anche a terra, senza rovinarne la pelle; la chiusura è ottenuta con un sistema di cinghie e con un lucchetto. La principessa Grace Kelly l'ha resa celebre nella metà degli anni Cinquanta venendo fotografata con il modello in mano per nascondere la sua gravidanza; questo episodio contribuì a dare alla borsa il nome proprio della principessa monegasca. La foto fece il giro del mondo e segnò l'inizio di un mito. Da quel momento, la maison francese ha iniziato a realizzare questo modello per ogni occasione.

Figura 1.2. Modello Kelly

La seconda borsa oggetto della presente sentenza è la **Birkin, il** cui nome deriva dalla cantante ed attrice Jane Birkin. Nel 1984 durante un volo aereo da Parigi a Londra, le caddero molti fogli dalla borsa. In quel volo viaggiava anche Jean Louis Dumas, stilista di allora per Hermès, il quale, comprendendo le difficoltà legate alla capacità e capienza della borsa dell'artista, la prese con sé e la modificò al fine di realizzarne una che rispondesse alle esigenze esposte da Jane. In particolare, vi aggiunse una tasca che diventò l'elemento che iniziò a contraddistinguere la Birkin, chiamata così in onore della cantante.

Figura 1.3. Modello Birkin

Parte convenuta

La società citata in giudizio è una società torinese: Laurence s.r.l., specializzata nella vendita al dettaglio di articoli di pelletteria, quali, borse, portafogli, cinture.

2.2 Conclusione delle parti

In questa fase della sentenza, il Tribunale prende in esame le richieste che le parti avanzano con la speranza di trovare accoglimento. Si espongono dapprima quelle della parte attrice e successivamente quelle della convenuta.

2.2.1 Le conclusioni della parte attrice

Al Tribunale di Torino la società francese chiede di verificare ed accertare atti di concorrenza sleale posti in essere dalla convenuta e consistenti nella violazione dei diritti di proprietà del marchio francese in merito a tre modelli di borse: Kelly, Birkin e Lindy. In caso di esito positivo di detto accertamento, chiede altresì che i modelli appena citati non vengano più né prodotti, né commercializzati, né tantomeno pubblicizzati in quanto, tali azioni, costituirebbero un'ulteriore violazione dei diritti che Hermès, con il proprio marchio, detiene sui predetti modelli di borse oggetto di registrazione.

In aggiunta, la parte attrice chiede la comminazione a Laurence s.r.l. di un provvedimento pecuniario a titolo di penale consistente nel pagamento, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza, di una somma non inferiore a duemila euro e, per ogni modello messo in commercio da Laurence s.r.l. dopo l'emanazione della sentenza, una somma pari a cinquecento euro.

Sempre in tema di sanzioni pecuniarie, la casa di moda francese formula, infine, domanda di risarcimento dei danni subiti in seguito alla vendita delle borse riproducenti i propri modelli, da liquidarsi in via equitativa nel caso in cui non possa essere misurato e provato nel suo preciso ammontare. In alternativa o in cumulo, Hermès chiede il pagamento di somma equivalente all'utile netto che Laurence s.r.l. avrebbe ricavato dalla vendita dei prodotti in questione.

Tra le istanze di parte attrice vi è anche quella di ottenere la pubblicazione della sentenza in due quotidiani nazionali e almeno in una rivista di moda; la volontà è evidentemente quella di rendere noto agli altri operatori di moda il danno subìto e di informare il consumatore finale del comportamento scorretto della società torinese.

In via istruttoria, invece, parte attrice richiede che il Giudice ordini a Laurence s.r.l. l'esibizione di qualsiasi tipo di informazione necessaria per individuare il numero e il prezzo delle borse commercializzate a partire dal 2003106 dalla società torinese.

Oltre a ciò, interpella il Giudice circa la prova testimoniale di Laurence s.r.l. su quattro questioni importanti dedotte nei seguenti capitoli di prova:

- conferma in merito alla visita avvenuta in data 25 novembre 2007 presso il punto vendita di Laurence s.r.l. per conto di rappresentanti di Hermès, direttamente incaricati dalla casa di moda francese; l'obiettivo era verificare la produzione dei modelli oggetto della sentenza;

- ammissione sul fatto che la commessa, durante quella visita, spiegava ai suddetti incaricati che alcuni modelli realizzati dalla società torinese

106 Art. 121 bis, c.p.i.. venivano fatti su richiesta dei clienti, mentre altri ricalcavano i modelli di Hermès;

- conferma che in merito ad un preciso modello, ossia Lindy, durante la suddetta visita la commessa di Laurence s.r.l. aveva mostrato una borsa descrivendola e paragonandola al modello di produzione della casa francese;

- infine, sempre con riferimento al modello Lindy, conferma che l'addetta alle vendite della convenuta aveva esplicitamente detto che il modello di borsa mostrato era proprio quello di Hermès, che si trattava di un modello nuovo e di difficile reperimento.

Tali prove testimoniali sono utili in quanto, se confermate, dimostrerebbero l'attività di concorrenza sleale della convenuta nei confronti di Hermès in merito al modello Lindy.

2.2.2 Le conclusioni della convenuta

Laurence s.r.l., alle accuse avanzate dalla casa di moda francese, risponde principalmente focalizzandosi sulla nullità di alcuni marchi di cui Hermès è titolare. Essa vuole porre in evidenza e dimostrare come i marchi registrati, di seguito nominati, siano invalidi a causa di specifici impedimenti assoluti e relativi. La difesa della società torinese si concentra quindi nel dimostrare la mancanza, in capo ad Hermes, dei diritti di utilizzazione esclusiva che si acquisiscono in seguito alla registrazione di un marchio comunitario e nazionale supportandola con specifiche motivazioni.

La prima accusa che la convenuta muove nei confronti di parte attrice riguarda due marchi di forma italiani, per i quali chiede al Tribunale di verificare, in via preliminare, la carenza di legittimazione attiva della maison francese. Si tratta dei marchi numero 882872 e 882873, i quali fanno riferimento alla forma del risvolto in pelle che costituisce il sistema di chiusura della borsa sul quale è posta la lettera H, simbolo del brand francese.

I marchi italiani 882872 e 882873

La domanda di marchio numero 882872 è stata depositata dalla società Hermès Italie s.p.a. l'8 gennaio 2003 e la registrazione ottenuta il 6 febbraio 2003 presso l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi. Il segno corrisponde alla forma e decorazione del dispositivo di chiusura di una borsa o simili, caratterizzato da un risvolto presentante una zona rastremata cui si sovrappone una cinghia le cui estremità si impegnano con una chiusura assicurata da un lucchetto la cui faccia anteriore è decorata con una lettera h stilizzata. Esso è stato registrato per prodotti che rientrano nella classe numero 18 della classificazione di Nizza vigente al momento del deposito (nona edizione); rientra nella categoria comprendente articoli di pelletteria in cuoio o imitazione del cuoio, borse, borsette, portachiavi, portamonete. Tale marchio tutela il modello Birkin.

Figura 2.1. Marchio n. 882872

Il marchio numero 882873 è stato invece registrato per proteggere il modello Kelly e la titolarità appartiene sempre ad Hermès Italie s.p.a.. La data del deposito e della registrazione coincidono con quelle del marchio precedente; anche la descrizione del marchio e la classe di appartenenza alla classificazione di Nizza corrispondono. Per entrambi i marchi è stato richiesto il rinnovo della registrazione il 12 dicembre 2013 ed è stato concesso in data 6 febbraio 2013; la protezione di un marchio nazionale ha infatti durata di un decennio a partire dalla data di registrazione.

Figura 2.2. Marchio n. 882873

Successivamente a tale verifica, la convenuta chiede in via riconvenzionale che venga dichiarata la nullità e l'invalidità di ulteriori marchi della parte attrice, di seguito descritti.

Il marchio italiano 1003725

Depositato il 10 maggio 2002 e registrato il 13 aprile 2006 presso l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi da Hermès International s.c.p.a., tutela il modello di borsa Kelly. La descrizione del marchio nella domanda di registrazione corrisponde alla "forma di una borsa per signore caratterizzata da un fondo rettangolare allungato a due facce principali sostanzialmente rettangolari di cui quella posteriore si estende con un risvolto che, a borsa chiusa, copre la zona superiore della faccia anteriore; il risvolto presenta una zona rastremata in corrispondenza della quale due cinghie che si estendono dai lati della faccia posteriore attraverso le facce laterali, fuoriescono dalle feritoie nella faccia anteriore e sono atte ad impegnarsi con il dispositivo di chiusura della borsa; la chiusura essendo assicurata da un lucchetto la cui faccia anteriore presenta una lettera H stilizzata". Sostanzialmente, si protegge la forma della borsa in questione.

Figura 2.3. Il marchio di forma italiano n. 1003725

Il marchio comunitario 002083327

Il marchio comunitario in questione tutela, come il precedente, il modello di borsa Kelly. E' stato depositato il 9 febbraio 2001 e registrato il 14 giugno 2005 da Hermès International presso l'UAMI. Tale marchio consiste "nella rappresentazione di una borsetta da signora caratterizzata dal fatto che la patta, di forma rettangolare da ambo i lati e disposta nella parte superiore del lato frontale della borsetta, è trattenuta da una «cinghia» composta da due strisce che si dipartono rispettivamente dal bordo esterno del retro della borsetta per arrivare, passando attraverso i fianchi della borsetta, al lato frontale della borsetta, dove sono tenute insieme da una chiusura con lucchetto". Il marchio registrato protegge il sistema di chiusura della borsa.

Figura 2.4. Il marchio comunitario n. 002083327

Il marchio italiano 1003726

Il marchio di forma in questione è stato depositato da Hermès International il 10 maggio 2002 e registrato il 13 aprile 2006 a protezione della Birkin. Consiste "nella forma di una borsa per signora caratterizzata da un fondo rettangolare allungato a due facce principali sostanzialmente rettangolari di cui quella posteriore si estende con un risvolto che, a borsa chiusa, copre la zona superiore della faccia anteriore; il risvolto presenta una zona rastremata in corrispondenza della quale due cinghie che si estendono dai lati della faccia posteriore attraverso le facce laterali, fuoriescono dalle feritoie nella faccia anteriore e sono atte ad impegnarsi con il dispositivo di chiusura della borsa; il risvolto della faccia posteriore presenta due intagli che si estendono dal bordo fino alla zona di collegamento del manico al corpo della borsa; la chiusura essendo assicurata da un lucchetto la cui faccia anteriore presenta una lettera H stilizzata". La descrizione è simile a quella del marchio n. 1003725 a protezione della Kelly, ma si differenzia per un particolare: il risvolto posteriore della Birkin, che copre la parte anteriore della borsa, presenta due intagli proprio in corrispondenza del punto in cui il manico si attacca alla parte anteriore. Il risvolto della Kelly, invece, non presenta alcun intaglio: esso ricopre la parte anteriore con una patta senza intagli.

Figura 2.5. Il marchio di forma italiano n. 1003726

Il marchio comunitario 004467247

Depositato il 26 maggio 2005 e registrato l'11 maggio 2007 consiste in un marchio tridimensionale e non denominativo. La titolarità appartiene ad Hermès International s.c.p.a. e non è corredato di descrizione. Il marchio corrisponde sostanzialmente alla forma descritta per il marchio numero 1003726, lucchetto escluso.

Figura 2.6. Il marchio comunitario n. 004467247

Proseguendo, sempre in via riconvenzionale Laurence s.r.l. chiede, in subordine, e quindi previo accoglimento delle domande delle attrici, che le borse oggetto di sequestro da se medesima prodotte possano essere modificate, permettendo così il recupero del pellame e il suo riutilizzo per la realizzazione di ulteriori prodotti. Tale facoltà è prevista dal comma terzo dell'art. 124107 del codice di proprietà industriale.

Passando ora alle richieste avanzate in via istruttoria, la società torinese richiede, innanzitutto, la disposizione di una consulenza tecnica d'ufficio (CTU) per le borse Kelly e Birkin, qualora il Tribunale rilevasse elementi di invalidità del marchio. In tale occasione si dovrebbe verificare se i marchi registrati per le borse menzionate costituiscano o meno segni la cui forma è imposta dalla natura del prodotto, se essa è necessaria per ottenere un risultato tecnico o se conferisce un valore sostanziale al prodotto. Nel caso si verifichi solamente una delle situazioni appena descritte, il marchio di forma in oggetto deve essere considerato invalido per la ricorrenza di un impedimento assoluto alla registrazione. La seconda questione che la consulenza tecnica è richiesta di approfondire riguarda la novità di un marchio e la sua capacità distintiva, in quanto caratteristiche necessarie per la sua registrazione. Nel momento in cui si deposita la domanda per un marchio, infatti, il marchio non deve essere identico o simile a segni che già sono presenti nel mercato e che identificano e contraddistinguono prodotti o servizi identici o affini. Queste verifiche sarebbero più attendibili se effettuate da un esperto del settore della moda109.

La suddetta consulenza tecnica è richiesta anche in merito al modello Lindy e, attraverso la stessa, si intende confrontare il modello realizzato da Hermès con quello della società torinese al fine di verificare se essi possono indurre in confusione un utilizzatore informato, ossia un soggetto dotato di una soglia di attenzione maggiore rispetto ad un consumatore medio. Si vuole, in altre parole, stabilire se i due modelli suscitino un'impressione generale uguale o diversa. A tale fine, saranno messe a confronto, tra le altre cose, le dimensioni dei prodotti e si discuterà se il borsone della società torinese costituisce effettivamente una copia della Lindy di Hermès. Ovviamente, la consulenza sarà favorevole a Laurence s.r.l. nella misura in cui si accertino numerose differenze tra le due borse.

I modelli 000573555-0016 e 000573555-0017.

Il modello di borsa Lindy è protetto dalla registrazione di due modelli comunitari: il numero 000573555-0016 e 000573555-0017. Il primo è di proprietà di Hermès Sellier, depositato il 7 agosto 2006 ed è stato registrato lo stesso giorno. Secondo la banca dati Eurolocarno111, il prodotto in questione appartiene alla categoria "sacche"; Lindy ha infatti una conformazione che richiama quella propria di una sacca piuttosto che di una borsa. Questo modello ha ottenuto il rinnovo il 23 giugno 2011.

Figura 2.7. Il modello comunitario n. 000573555-0016

Il secondo modello è anch'esso di proprietà di Hermès Sellier ed è stato registrato presso l'UAMI il 7 agosto 2006. E' anch'esso classificato nella categoria "sacche".

Figura 2.8. Il modello comunitario n. 000573555-0017

Anche Laurence s.r.l., infine, chiede una prova testimoniale, ma essa con l'obiettivo di provare che la produzione e commercializzazione dei propri modelli di borse fosse antecedente alla registrazione di quelli relativi alla Kelly, Birkin e Lindy come marchi d'impresa da parte di Hermès. Ciò che Laurence s.r.l. cerca di dimostrare è il fatto di produrre un modello simile alla Kelly fin dal 1970, un modello simile alla Birkin fin dal 1985 e il borsone simile alla Lindy dalla metà degli anni Settanta. Se la prova testimoniale avesse esito positivo, ciò che risulterebbe mancante nella registrazione ad opera di Hermes sarebbe proprio il requisito della novità.

Analizzando le richieste di entrambe le parti, si può constatare che mentre la domanda della società francese si basa su un'asserita ipotesi di concorrenza sleale e di contraffazione da parte di Laurence s.r.l., la società torinese si focalizza, per uscire indenne dalla causa nei suoi confronti promossa, sulla questione della nullità del marchio; quest'ultima infatti tenta di respingere le accuse mosse da controparte adducendo la propria pluridecennale produzione di borse al fine di privare Hermès ogni diritto sui modelli di borse oggetto della sentenza.

2.3 Analisi della materia del contendere: le argomentazioni delle parti a confronto

In questa sezione del capitolo saranno esposte, più nel dettaglio gli elementi che hanno indotto le parti in causa ad avanzare le richieste che sono state precedentemente descritte. Saranno inoltre evidenziate le argomentazioni giuridiche che hanno indotto il Tribunale ad orientarsi verso una soluzione piuttosto che un'altra.

Nel caso di specie, sono oggetto di contestazione sia marchi comunitari e sia marchi nazionali.

I marchi descritti nel precedente paragrafo costituiscono la base su cui il Tribunale prende la propria decisione ad eccezione di due, ovvero il numero 882872 e il numero 882873. Questi due marchi italiani non sono oggetto di indagine in quanto la titolarità appartiene ad una società che non è coinvolta nel giudizio, ossia Hermès Italie s.p.a.. Come accennato, la convenuta chiede, a riguardo, che in via preliminare il Tribunale ne esamini la mancanza di legittimazione attiva delle attrici, al fine di sottoporre alle ipotesi di concorrenza sleale e di contraffazione solamente i marchi di proprietà delle parti attrici.

In altre parole, la casa di moda francese accusa di concorrenza sleale la convenuta per tutti i marchi nominati e descritti precedentemente, ma Laurence s.r.l. respinge

preliminarmente l'accusa per i marchi la cui proprietà è in capo ad una società estranea al procedimento; ritiene quindi, prima ancora di entrare nel merito della controversia, che le istanze delle parti attrici non debbano comprendere anche i marchi italiani numero 882872 e 882873 in quanto la società che ne è proprietaria non è parte nella causa in oggetto. Al fine di poter considerare tali marchi oggetto d'esame della sentenza, si potrebbe supporre l'esistenza di un rapporto di licenza tra Hermès Italie e parte attrice, ma questo non rileva ai fini del procedimento poiché i patrimoni delle società menzionate sono autonomi e tale circostanza impedisce di attribuire dei diritti di proprietà che spettano solamente al titolare effettivo del marchio ad altra società appartenente al gruppo. Siffatta "supposizione" avanzata da parte attrice sembra ragionevole, alla luce del fatto che Hermès Sellier commercializza i modelli Birkin e Kelly (anche) in Italia e i modelli sono oggetto di diritti di esclusiva di Hermès Italie poiché è quest'ultima ad aver attuato a registrazione dei marchi qui oggetto di eccezione preliminare. Se non vi fosse un rapporto di licenza tra le due, si cadrebbe in una circostanza di prodotti contraffatti. Tuttavia, non è sufficiente affermare la presenza di un rapporto di licenza per respingere l'eccezione preliminare, in quanto esso dovrebbe essere provato e parte attrice non ha provveduto a fornirne alcuna documentazione. Per tutti questi motivi, il Tribunale ha accolto l'eccezione preliminare avanzata da Laurence s.r.l., escludendo quindi i marchi numero 882872 e 882873 dall'accertamento di concorrenza sleale e contraffazione richiesto dalla controparte.

Si ricorda che le parti attrici hanno citato in giudizio Laurence s.r.l. adducendo che la medesima riproduca e venda nel proprio punto vendita modelli di borse copia di Kelly, Birkin e Lindy. Con il suddetto comportamento, oltre che ad un'azione di concorrenza sleale, si potrebbe peraltro ipotizzare che la società torinese sfrutti intenzionalmente la notorietà del marchio Hermès per incrementare le vendite dei modelli di loro produzione. Tuttavia, tale supposizione non è stata avanzata dalla convenuta e non è pertanto materia di approfondimento del Tribunale nella controversia in esame.

2.4 La convenuta e la sua difesa: prove a favore e contro la nullità dei marchi

Come detto, in risposta all'azione avversaria, Laurence s.r.l. invoca la nullità dei marchi di proprietà della parte attrice, sulla scorta di alcune precise ragioni.

Precisamente, nell'ambito di detto rilievo, la convenuta ritiene vi siano molteplici aspetti da tenere in considerazione e pertanto si rivolge al Tribunale mediante una domanda riconvenzionale di nullità. In tale domanda vi sono tre fattispecie rilevanti che la società torinese vuole evidenziare per rendere inefficaci i marchi della maison francese, descritti nel precedente paragrafo.

In primo luogo, essa ravvisa la mancanza di un segno idoneo a costituire un marchio registrabile, secondo gli artt. 4 e 7 del Regolamento sui marchi comunitari n. 40/94 e secondo l'art. 7 del codice della proprietà industriale. Essi fanno riferimento

all'oggetto della registrazione, ossia un segno può essere registrato come marchio se è suscettibile di rappresentazione grafica e se idoneo a distinguere i servizi e i prodotti dell'impresa sui quali esso è posto. Qualora tali elementi non sussistano, il segno non può essere registrato. Nel caso di specie, si hanno ad oggetto marchi di forma: essi possono essere considerati registrabili purché la forma sia un elemento che caratterizza e contraddistingue lo specifico prodotto per la sua provenienza; è infatti necessario che essa permetta di identificare un certo bene come derivante da una precisa impresa. Alla luce di ciò, secondo il giudice di prime cure, la domanda di nullità che la società torinese ha avanzato, invocando l'inesistenza di un segno idoneo ad essere considerato marchio, non può essere accolta in quanto i marchi di forma registrati per i modelli Birkin e Kelly li connotano come prodotti provenienti da una specifica casa di moda. I marchi di forma in oggetto contraddistinguono un particolare modello di borsa nell'ambito della categoria generale di appartenenza, assolvendo quindi alla loro funzione di capacità distintiva. Essi sono pertanto astrattamente idonei a caratterizzare i prodotti come provenienti da una certa impresa e per giungere a tale conclusione si è guardato alla sentenza della Corte di Giustizia nella causa Dyson contro Register of Trade Marks112.

Quest'ultimo procedimento aveva ad oggetto un contenitore trasparente per aspirapolvere, per il quale la società Dyson richiedeva la registrazione come marchio. Il problema risiedeva nel fatto che la domanda era stata avanzata per un tipo generale di contenitore e non per uno specifico: questo avrebbe posto Dyson in una posizione di indubbio vantaggio concorrenziale nel mercato delle aspirapolveri e sarebbe equivalso a bloccare la produzione di contenitori di plastica da parte delle altre aziende. In questa circostanza è stata rifiutata la registrazione richiesta in quanto l'oggetto era una forma che rappresentava un generico contenitore di plastica; nel caso di specie, invece, i marchi di forma sono dotati di specificità e concorrono ad identificare e distinguere le borse di Hermès da quelle prodotte da altre case di moda (non si tratta cioè di forme standardizzate o banali).

Per quanto riguarda la seconda fattispecie, Laurence s.r.l. sostiene che in merito ai marchi registrati, che tutelano appunto le forme e le chiusure delle borse, si configura un impedimento alla loro registrazione. Stando a quanto indicato dall'art. 9 del c.p.i. e dall'art. 7 al paragrafo 1, lett. e), del Regolamento n. 40/1994 in cui si enunciano le condizioni che implicano l'esclusione di un marchio di forma dalla registrazione, non può essere registrata una forma che è imposta dalla natura stessa del prodotto, che conferisce valore sostanziale al prodotto o che sia atta ad ottenere un risultato tecnico. Una diversa condotta, infatti, contrasterebbe il contenuto dei suddetti articoli.

Si procede quindi ora all'analisi del primo comma, art. 7 lett. e) del Regolamento n. 40/1994 con riferimento al caso qui in esame, ponendo particolare attenzione all'avverbio "esclusivamente" che introduce le tre casistiche che valgono ad escludere la possibilità di registrare taluni segni in qualità di marchi di forma.

Quanto alla prima questione, consistente nella sussistenza di una forma imposta dalla natura stessa del prodotto, il Collegio ritiene, di nuovo come la precedente, che detta accusa debba essere respinta in quanto il prodotto borsa può assumere diverse forme. I marchi di forma che Hermès ha registrato identificano due modelli di borse le cui conformazioni non dipendono dalla natura del prodotto. Nell'ambito di tali prodotti, le configurazioni che possono essere assunte sono molteplici, come varie sono le modalità di chiusura di una borsa ed è per questo motivo che la casa di moda francese ha potuto registrare i suddetti marchi di forma113.

Tra le cause che escludono un segno dalla registrazione come marchio vi è anche quella consistente nel fatto che la forma conferisca un risultato tecnico al prodotto: Laurence s.r.l. ha invocato per il caso di specie tale motivazione con particolare riferimento alle chiusure delle borse, ponendo al centro dell'attenzione il marchio numero 002083327. La ragione di detto divieto è ravvisato nel fatto che si vuole evitare che una forma utile per ottenere un certo risultato tecnico abbia una tutela perpetua, conferendo un vantaggio concorrenziale all'impresa che ha registrato tale suddetto caso, la società Procter&Gamble aveva depositato presso l'UAMI una domanda per registrare la forma di un sapone da essa prodotto. Tale domanda era stata respinta poiché la forma che si voleva registrare era stata ritenuta imposta dalla natura stessa del prodotto. forma come marchio.

Gli altri marchi sopra citati non vengono presi in esame considerando questo profilo di nullità, in quanto essi riguardano anche la forma della borsa e non solo la chiusura. La decisione del Collegio in merito al marchio numero 002083327 si basa sul contenuto descrittivo del marchio, secondo il quale quest'ultimo non è costituto esclusivamente da una forma che permette la chiusura della borsa e che quindi è necessaria per ottenere un risultato tecnico. Il sistema di chiusura risulta, infatti, dal lucchetto che blocca il risvolto nella parte anteriore della borsa, senza coinvolgervi le cinghie, che sono comunque parte della descrizione del marchio numero 002083327. Il fatto che le cinghie non concorrano ad essere un elemento necessario ed indispensabile alla chiusura della borsa, ma rientranti nel marchio in esame, lo escludono dalla sua considerazione quale marchio di forma costituito esclusivamente da un segno che permette di ottenere un risultato tecnico.

La terza casistica individuata dall'articolo qui in esame riguarda i segni costituiti esclusivamente da una forma che conferisce un valore sostanziale al prodotto. In questo caso, si vuole impedire che la conformazione assunta da un oggetto gli conferisca un particolare valore attrattivo, diventando l'unico elemento determinante nella scelta d'acquisto del consumatore finale. L'acquirente non dovrebbe infatti essere attratto solamente dalla forma del prodotto, ma anche da altri elementi insiti allo stesso; se così non fosse, la forma, non sarebbe registrabile come marchio, mentre sarebbe registrabile come modello, con conseguente accesso alla tutela predisposta dal sistema brevettuale. Nel caso di specie, la compravendita di una borsa si presume non sia dovuta solamente ed esclusivamente alla forma, ma

che vengano ponderate ulteriori caratteristiche quali il materiale, il colore, le dimensioni, le esigenze personali, la disponibilità economica del soggetto. Per tali motivazioni anche questa richiesta di nullità da parte di Laurence s.r.l. viene respinta, escludendo che la forma delle borse in esame conferisca loro un determinato valore sostanziale. Riassumendo, i marchi di proprietà delle parti attrici sono conformi a quanto la normativa, sia nazionale che comunitaria, richiede in merito all'idoneità della forma per il conseguimento della registrazione; tale esito rende superflua la consulenza tecnica richiesta dalla convenuta volta a verificare proprio la regolarità dei marchi di forma registrati dalla casa di moda francese.

In terzo ed ultimo luogo, la convenuta sostiene che per i segni relativi ai modelli Kelly e Birkin vi siano la mancanza della capacità distintiva e della novità, secondo il disposto degli artt. 7, comma 1, lett. b) e d) e 51 del Regolamento n. 40/1994, nonché degli artt. 12, 13 e 25, lett. b) del c.p.i.. Laurence s.r.l. evidenzia che essa produce e commercializza le borse supposte essere una riproduzione della Kelly dal 1970, mentre dalla metà degli anni Ottanta quelle ritenute copia della Birkin. Alla luce di questo, la medesima invoca il diritto al preuso115, così privando di fondamento l'accusa di contraffazione e/o di concorrenza sleale di parte attrice, atteso che la loro produzione e commercializzazione di borse preceda la registrazione come marchi d'impresa dei modelli di Hermès. Precisamente, Laurence s.r.l. evidenzia come la mancanza di capacità distintiva al momento della registrazione costituisca un impedimento assoluto alla stessa. Le attrici avrebbero quindi fatto domanda di registrazione per forme di borse che nel mercato erano già presenti e diffuse in modo massiccio, rendendo le stesse prive della capacità di identificare con precisione l'impresa produttrice. E' necessario infatti che una forma, se ne viene richiesta la registrazione, permetta al consumatore di risalire alla casa produttrice di provenienza senza effettuare un'attenta analisi del prodotto; appena visto il prodotto, si dovrebbe essere in grado di identificare l'impresa da cui deriva e distinguerla dalle altre. In aggiunta, Laurence s.r.l. ha fornito della documentazione per testimoniare che il modello di borse prodotte, la cui forma è simile al modello Kelly e Birkin, è stato ampiamente utilizzato a partire dagli anni Settanta e anche durante gli anni che precedono le registrazioni dei suddetti marchi. Per contro, non vi sono prove che dimostrano l'acquisizione della capacità distintiva da parte dei marchi registrati dalle attrici (secondary meaning). Le parti attrici hanno, infatti, solamente portato prove consistenti in rassegne stampa, ovvero un insieme di articoli che trattano del marchio Hermès in giornali del settore moda e di altri settori, non sufficienti tuttavia a dimostrare la capacità distintiva dei marchi.

Il Collegio decide quindi, contrariamente ai casi precedenti, di dichiarare nulli i marchi di forma italiani 1003725 e 1003726 e i marchi comunitari 00208337 e 004467247 per mancanza di capacità distintiva. La richiesta della convenuta in merito viene quindi accolta: nel momento in cui i suddetti marchi sono stati registrati, in commercio erano già presenti modelli di borse aventi forma simile.

Alla luce di detta decisione, diventa ultronea e superflua la disamina delle richieste della convenuta in merito al diritto di preuso che essa vanta sui modelli di borsa in oggetto.

Dichiarando i marchi suddetti nulli, le richieste delle parti attrici in merito al risarcimento dei danni, alle accuse di concorrenza sleale e contraffazione vengono respinte dal Collegio, essendo ritenute assorbite.

2.5 I modelli comunitari : valutazioni in merito alla loro validità

Proseguendo nell'esame delle richieste avanzate dalla convenuta e della relativa decisione tribunalizia, si considera ora il modello Lindy, che la società di moda francese ha protetto con i modelli comunitari numero 000573555-0016 e 000573555-0017, descritti precedentemente.

Per il modello di borsa in questione, Laurence s.r.l. aveva chiesto al Tribunale una consulenza tecnica d'ufficio al fine di accertare se il prodotto francese e quello torinese potessero suscitare la medesima impressione in capo ad un utilizzatore informato. Questo con l'obiettivo di verificare la fondatezza delle accuse di contraffazione e concorrenza sleale avanzata da parte attrice.

che l'uso deve essere provato, ma anche che " gli elementi idonei a dimostrare che il marchio è divenuto adatto a distinguere il prodotto o il servizio di cui trattasi debbono essere valutati globalmente e che, nell'ambito di tale valutazione, possono essere presi in considerazione, tra l'altro, la quota di mercato detenuta dal marchio, l'intensità, l'estensione geografica e la durata dell'uso di tale marchio, l'entità degli investimenti effettuati dall'impresa per promuoverlo, la percentuale degli ambienti interessati che identifica, grazie al marchio, il prodotto o il servizio come proveniente da una determinata impresa nonché le dichiarazioni delle camere di commercio e dell'industria o di altre associazioni professionali".

Quanto alla presunta contraffazione del modello Lindy, Laurence s.r.l. sostiene di essere stata lei a produrlo per prima: la società torinese infatti realizzava inizialmente tale modello in qualità di borsone da viaggio o per lo sport, dotato di manici e di tracolla. Solo successivamente, negli anni ottanta, è stato reso una borsa da signora sulla falsariga del modello a "bauletto". La società torinese sostiene quindi che dal confronto tra il proprio modello di borsa e quello prodotto da Hermès sussistano delle differenze tali da generare nell'utilizzatore informato un' impressione generale diversa. In aggiunta, sulla base delle prove e della documentazione fornita dalla convenuta, il modello da essa realizzato risulta essere un borsone sportivo, di grandi dimensioni e realizzato con materiale tecnico, il quale differisce dal modello prodotto da Hermès in quanto gli scomparti e le cerniere sono diverse e mancano delle cinghie che invece sono presenti nel modello francese. Alla luce di questo, l'utilizzatore informato non dovrebbe in alcun caso confondersi alla vista di entrambi i modelli, poiché sarebbe sempre in grado di notare le differenze e di riconoscere il modello realizzato da Hermès nella sua individualità. Purtroppo

però, la documentazione fornita dalla convenuta non è rilevante ai fini dell'art. 22 del Regolamento numero 6 del 2002, secondo il quale un terzo acquisisce il diritto al preuso di un modello rispetto ad uno comunitario registrato, qualora dimostri di aver ampiamente diffuso ed utilizzato il suo modello, prima che ne fosse richiesta la domanda di deposito e se non ne costituisce una copia. La documentazione infatti riportava degli schizzi privi di data e inidonei nel provare l'avvenuta commercializzazione del modello di borsone sportivo che, talaltro, non aveva nulla a vedere con Lindy, quello di Hermès.

In materia di modelli, inoltre, come già affermato nel capitolo primo, è fondamentale la questione dell'impressione suscitata nell'utilizzatore informato. L'impressione che il prodotto della convenuta, simile a Lindy, suscita in un consumatore informato è una generale impressione di somiglianza e non di diversità; nonostante non vi sia confusione tra i due prodotti, per escludere che il borsone realizzato da Laurence s.r.l. sia una copia di quello delle attrici, è necessario che lo stesso produca una diversa impressione generale. Quest'ultima, nel caso di specie, non ricorre poiché ciò che contraddistingue il borsone di Laurence s.r.l. dal modello Lindy sono elementi banali che non contribuiscono a rendere il prodotto dotato di una propria individualità. L'osservazione di entrambi i modelli porta quindi un consumatore informato a sostenere la loro somiglianza, piuttosto che la loro diversità, data l'assenza di caratteristiche tali da conferirne l'individualità. Ciò che si dovrebbe avere è un'impressione diversa dei due prodotti simili, che scaturisce dall'osservazione della totalità dell'oggetto e non dall'analisi minuziosa dei particolari.

Da tutte queste osservazioni, il Collegio ha deciso che si è in presenza di un caso di contraffazione dei modelli comunitari sopra citati di proprietà delle attrici. Da ciò consegue l'inibitoria della produzione e della commercializzazione del borsone realizzato dalla convenuta e la comminazione di una sanzione di euro 1500 per ogni eventuale produzione successiva all'emanazione della suddetta sentenza. La constatazione della contraffazione è avvenuta mediante il confronto tra il modello registrato e il prodotto presupposto esserne la copia.

Per quanto concerne l'accusa di concorrenza sleale, Laurence s.r.l. eccepisce che i modelli da essa prodotti portano tutti il marchio della società stampato sulla pelle e sono venduti solamente nel loro punto vendita. In questo modo la convenuta contesta quanto sostenuto dalle parti attrici. L'ipotesi di concorrenza sleale gravava su tutti e tre modelli di borse oggetto della sentenza, ma, poiché per i marchi che proteggono "Birkin" e "Kelly", il Collegio ha deciso di dichiararne preliminarmente la nullità, viene presa in considerazione solamente per il modello Lindy. Per quest'ultima borsa non è possibile constatare la concorrenza sleale in quanto servirebbe un confronto tra i due prodotti in modo tale da verificare se concretamente essi siano

confondibili o meno117. Le parti attrici non hanno infatti provveduto a depositare un esemplare della borsa Lindy, pertanto non è stato possibile effettuare un confronto tra i due prodotti e stabilire la sussistenza di concorrenza sleale118. L'accusa di concorrenza sleale avanzata dalla casa di moda francese si considera respinta.

2.6 Decisioni conclusive del Tribunale

Riassumendo l'iter argomentativo della sentenza, le richieste avanzate dalla parte attrice sono accolte solamente per quanto concerne il modello Lindy, per il quale è stata riscontrata un'attività di contraffazione da parte della convenuta. Per ciò che riguarda i modelli Birkin e Kelly è stata dichiarata la nullità dei marchi registrati che li tutelano, ovvero i numeri 00208337, 004467247, 1003725 e 1003726; pertanto non è stato possibile accusare la società torinese di contraffazione e di concorrenza sleale per questi ultimi modelli di borse.

Ne consegue l'obbligo di Laurence s.r.l. di risarcire i danni arrecati alle attrici con riguardo alla commercializzazione della borsa simile al modello Lindy in quanto si ravvisa un'azione di contraffazione. A tale proposito, va aggiunto che la quantificazione del risarcimento dei danni non può avvenire che in via equitativa in quanto la convenuta non ha tenuto la contabilità in modo analitico e non è possibile risalire al preciso ricavo ottenuto dalla vendita del borsone. E' quindi necessario valutare in altro modo l'ammontare del risarcimento che spetta ad Hermès. Il Tribunale sostiene che Laurence s.r.l. abbia venduto almeno venti esemplari copia del modello Lindy nel periodo compreso tra la registrazione del marchio e la sentenza in oggetto. La liquidazione viene quindi fissata in 18 mila €, oltre agli interessi legali maturati a partire dalla data della presentazione della sentenza.

Il Tribunale ha, infine, ritenuto di non prevedere la pubblicazione della sentenza in riviste del settore e in due quotidiani di tiratura nazionale. E' necessario, tuttavia, che una copia della sentenza venga inviata all'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi, a cura della Cancelleria.

Per quanto riguarda il sostenimento delle spese processuali, il Tribunale dichiara che sono integralmente compensate, poiché vi è la soccombenza di entrambe le parti e non di una sola. Stando ai criteri di ripartizione di tali spese, la scelta legislativa è quella di rendere indenne colui che ha dovuto difendere le proprie ragioni dalle ingiustificate accuse della controparte, alla quale spetterebbe quindi il rimborso per intero alla fine della controversia. Tuttavia, trattandosi di un caso di soccombenza reciproca, il Giudice ha correttamente deciso di compensare per intero o anche solo parzialmente le spese processuali.

Sostanzialmente, le richieste avanzate dalla maison francese sono state accolte solamente in parte, ossia relativamente al modello Lindy. Per quanto riguarda

gli altri due modelli di borse oggetto della sentenza, sono state invece accolte le richieste della convenuta. Le decisioni del Tribunale vanno a svantaggio, da un lato, della convenuta in quanto essa è tenuta a risarcire i danni arrecati alla parte attrice per la commercializzazione e la produzione di una copia del modello Lindy; da un altro lato, invece, la parte svantaggiata è la casa di moda francese in quanto vede dichiarati nulli marchi di sua proprietà per mancanza di capacità distintiva.

CAPITOLO III

Commento alla sentenza

SOMMARIO: 3.1 Bilancio della sentenza.- 3.2 L'accusa di concorrenza sleale: art. 2598 c.c..- 3.2.1 Il rapporto di concorrenza.- 3.2.2 La concorrenza sleale per imitazione servile.- 3.2.3 La probabile ipotesi di imitazione servile nel caso.- 3.3 La concorrenza sleale mediante appropriazione di pregi.- 3.4 La concorrenza parassitaria per agganciamento.- 3.5 Sanzioni e risarcimento del danno in presenza di concorrenza sleale.- 3.6 Il fenomeno della contraffazione.- 3.7 Concorrenza sleale e contraffazione: confronto tra due fattispecie a tutela dei segni distintivi.- 3.8 La nozione di secondary meaning applicata al caso in esame: la riabilitazione dei marchi di forma.- 3.8.1 Il mutamento del valore sostanziale del marchio di forma.- 3.9 Il marchio che gode di notorietà.- 3.9.1 Ampiezza della notorietà.- 3.9.2 Valutazione della notorietà: onere probatorio, variabili e strumenti.- 3.9.3 Prove a favore della notorietà delle borse Kelly e Birkin.- 3.10 Riflessioni conclusive.-

Affrontare un procedimento giudiziale e dare attenzione ad una sentenza non è mai semplice per una realtà aziendale, innanzitutto perché comporta dei costi e, in secondo luogo, perché determina dei cambiamenti all'interno dell'impresa stessa.

Dalla lettura dei precedenti capitoli, si può affermare infatti che sia per la convenuta, sia per parte attrice, il giudizio del Tribunale ha comportato delle modifiche al loro modus operandi.

In questa sede, si procederà, inizialmente, ad una breve analisi dei probabili effetti e conseguenze sulle società protagoniste della controversia, sortita mediante una sorta di bilancio di quanto il Tribunale ha decretato. Suddetto bilancio riassume gli aspetti negativi e positivi dell'esito della sentenza per entrambe le parti al fine di comprendere meglio quale tra le due ne sia uscita vincente o perdente.

La parte centrale del terzo capitolo si basa invece su determinate condizioni e ipotesi, assenti nel caso reale: presupponendone la loro presenza, la sentenza avrebbe potuto, infatti, avere un esito differente da quello descritto. Sostanzialmente si elencano quelle condizioni in presenza delle quali il Giudice avrebbe sicuramente optato per un decreto differente e, in seguito, si analizzano i diversi temi strettamente correlati alle suddette ipotesi.

In particolare, saranno approfonditi svariati argomenti, quali la concorrenza sleale e la contraffazione, il marchio notorio e la fattispecie del secondary meaning, che non sono state oggetto di rilevante considerazione a causa delle modalità con cui si è svolto il caso.

Le considerazioni riguarderanno soprattutto i modelli Birkin e Kelly, i cui marchi registrati sono stati dichiarati nulli, cercando di spiegare come la sentenza deliberata di nullità avrebbe potuto essere evitata, volgendo la sentenza totalmente a favore di parte attrice.

Tutte le considerazioni esposte nel corso del capitolo devono essere lette assumendo come presupposti di riferimento le seguenti ipotesi:

- parte attrice ha messo a disposizione del Tribunale esemplari delle borse oggetto di concorrenza sleale per poter verificare in concreto la confondibilità con le presunte copie;
- parte attrice ha fornito prove valide a dimostrare che le forme delle borse da essa registrate sono dotate di capacità distintiva, contrariamente a quanto la convenuta sostiene;
- parte attrice ha fornito prove valide a dimostrare che le forme delle borse da essa registrate hanno acquisito capacità distintiva (secondary meaning) e notorietà in seguito all'uso, in modo tale da poter godere della tutela contro l'uso improprio da parte di terzi.
- i marchi nazionali e comunitari di proprietà di Hermès non sono stati dichiarati nulli.

Quest'ultima condizione è una diretta conseguenza delle precedenti sopra esposte: la nullità dei marchi di proprietà di Hermès avrebbe potuto essere evitata qualora parte attrice avesse fornito valide e concrete prove, per esempio circa l'acquisizione della loro capacità distintiva, più rilevanti di semplici rassegne stampa.

3.1 Bilancio della sentenza

In riferimento al decreto del Tribunale di Torino, si riassumono ora i punti salienti della stesso, distintamente per le due parti.

L'esito di suddetto non prevede una parte vincitrice e una sconfitta, ma vi è la contemporanea soccombenza di entrambe nei provvedimenti emanati dal Giudice di competenza. Possono, in altre parole, essere individuati aspetti negativi e positivi del decreto per entrambe le società coinvolte comportando, di conseguenza, vantaggi e svantaggi per la loro attività imprenditoriale.

Per quanto concerne la casa di moda francese, si riscontra che:

- essa ha subìto un danno per contraffazione quanto al modello Lindy, per il quale ha quindi diritto ad essere risarcita secondo quanto stabilito nella sentenza;

- essa ha perso il diritto di esclusiva sui modelli di borse Birkin e Kelly a causa della nullità dei marchi comunitari e nazionali che li tutelavano.

Non si può con esattezza definire se gli esiti positivi ottenuti compensino quelli negativi, tuttavia è certamente possibile affermare che la perdita di titolarità in merito a dei marchi registrati è una conseguenza che influisce nella strategia di produzione e di comunicazione di un'impresa.

Parte attrice ha citato in giudizio Laurence s.r.l. con l'accusa di concorrenza sleale per segnalare ed inibire, in primis, un'attività di produzione scorretta che potesse ingannare il consumatore circa la provenienza dei modelli delle borse, ma anche un comportamento contrario alla correttezza professionale, da evitare nei rapporti concorrenziali.

La casa di moda francese ha perso la titolarità di molteplici marchi registrati volti a proteggere due modelli di borse dotate di grande notorietà nel mondo della moda e tra i consumatori; questo implica l'impossibilità di considerare di proprietà esclusiva la forma delle borse che, prima di suddetta sentenza, godeva invece della tutela (potenzialmente perpetua) riservata ai marchi. Conseguentemente, per i modelli Birkin e Kelly Hermès non ha potuto godere del risarcimento danni previsto qualora, come per il borsone Lindy, fosse stata accertata l'azione di contraffazione ad opera della convenuta.

Nella valutazione della sussistenza di attività di concorrenza sleale e nel decretare la nullità dei marchi di Hermès non è stato però tenuto conto del carattere notorio che le borse Kelly e Birkin hanno acquisito negli anni, diventando un must tra le persone celebri, ma, soprattutto, un prodotto simbolo della casa di moda francese. Tale tematica non è stata ritenuta rilevante ai fini del risultato sul giudizio poiché, durante il suo svolgimento, parte attrice non ha fornito alcuna prova che testimoniasse la notorietà dei modelli Birkin e Kelly. Qualora non fosse stato così, l'esito della sentenza sarebbe stato sicuramente diverso, con maggiori vantaggi per Hermès.

Analogamente, tali affermazioni valgono per la dimostrazione della capacità distintiva delle borse sopra citate.

Nei paragrafi successivi si svolgerà un'analisi del possibile diverso esito del giudizio, considerando proprio l'importanza del marchio notorio e la capacità distintiva di Kelly e Birkin.

In merito al modello Lindy, il Tribunale ha condannato la convenuta al risarcimento dei danni per contraffazione, non potendo constatare la sussistenza di concorrenza sleale a causa dell'impossibilità di confronto delle borse prodotte dalla convenuta con quelle dell'attrice. Qualora parte attrice avesse portato un esemplare del modello Lindy, il giudizio del Tribunale avrebbe potuto essere diverso dall'attuale, in quanto quest'ultimo sarebbe stato in grado di stabilire la presenza o meno della fattispecie

della concorrenza sleale. Tuttavia, almeno per questo modello, Hermès è riuscito a prevalere sulle richieste avanzate da parte convenuta evitando la nullità dei modelli a sua protezione e ottenendo il decreto di contraffazione ad opera di Laurence s.r.l..

Passando ora alla convenuta, anche per essa vi sono degli aspetti positivi e negativi relativi all'esito della sentenza.

Riassumendoli:

- Laurence s.r.l. è accusata di contraffazione del modello Lindy e condannata a risarcire economicamente parte attrice dei danni ad essa causati; oltre a questo, essa deve provvedere alla distruzione di tutte le borse costituenti contraffazione;

- Laurence s.r.l. ha ottenuto l'annullamento dei marchi comunitari e nazionali a tutela dei modelli Kelly e Birkin, sollevandosi dall'obbligo di risarcire i danni anche per questi modelli.

Sostanzialmente, le eccezioni della convenuta sono state accolte quasi totalmente dal Tribunale di Torino: sono stati infatti dichiarati nulli i marchi di due modelli di borse, sulle tre oggetto della sentenza.

L'azione di nullità di Laurence s.r.l. trova fondamento sulla presunta mancanza di novità e di capacità distintiva nelle forme registrate da Hermès; tuttavia il Tribunale ha decretato solamente carenza di capacità distintiva, adeguatamente provata dalla convenuta. Quest'ultima non è quindi accusata di concorrenza sleale per i modelli Birkin e Kelly.

Detto provvedimento è finanziariamente rilevante per Laurence s.r.l. poiché la esula dal risarcimento pecuniario previsto in caso di accoglimento della domanda di parte attrice. La convenuta è una società assai modesta rispetto al colosso internazionale della moda Hermès ed il risarcimento previsto per i tre modelli avrebbe comportato probabilmente una destabilizzazione finanziaria, che, per sua fortuna, è stata evitata.

3.2 L'accusa di concorrenza sleale: art. *2598* c.c.

Nella sentenza in esame il Tribunale non ha accertato e dichiarato la sussistenza di concorrenza sleale, bensì la presenza di un'azione di contraffazione ad opera di Laurence s.r.l..

La fattispecie della concorrenza sleale viene invocata da parte attrice come accusa e pertanto si ritiene fondamentale descriverne le caratteristiche e comprendere cosa ha indotto il giudice a decidere per il respingimento di tale fattispecie a favore della contraffazione.

Nel caso in commento, si è concesso ampio spazio alla vicenda di nullità del marchio poiché è l'eccezione che ha trovato maggior sviluppo nel ragionamento del Tribunale.

Nel momento in cui il Tribunale ha dovuto valutare, da una parte la sussistenza di concorrenza sleale per i tre modelli di borse, e, dall'altra, la richiesta di nullità dei marchi registrati a loro tutela, egli dapprima ha verificato la loro idoneità alla registrazione, per poi procedere con la valutazione circa la presenza o meno di concorrenza sleale.

La suddetta fattispecie, di cui all'art. 2598 c.c., alla voce "Atti di concorrenza sleale", individua tre casistiche in cui l'azione di concorrenza sleale può manifestarsi; esse si verificano quando chiunque:

- usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente;
- diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente;
- si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo con conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

La norma in questione si occupa, al numero uno, della concorrenza sleale confusoria, la quale si manifesta ogni qualvolta un soggetto, attivo economicamente in un certo mercato, usi un segno distintivo provocando confusione e un possibile sviamento della clientela a sfavore dell'impresa che subisce tale fattispecie, ma a vantaggio dell'impresa imitatrice.

L'espressione "atti di concorrenza" si riferisce a qualsiasi azione astrattamente idonea a falsare il corretto svolgimento del rapporto concorrenziale tra due imprenditori, prescindendo dalla possibilità di qualificarlo alla stregua di un atto specifico. Questo significa che i confini della fattispecie non sono circoscritti solamente a precise azioni, ma essi comprendono qualsiasi atto in presenza del quale non può esservi un corretto rapporto concorrenziale.

La presenza di un atto sleale può essere indice della sussistenza di una relazione di concorrenza tra due soggetti: ogni qualvolta si verifichi un danno nei confronti di due soggetti che concorrono tra loro, significa che l'atto in sé rileva giuridicamente come atto sleale che devia il normale rapporto di concorrenza. Se si presenta quest'ultima situazione, allora si può desumere che tra i soggetti coinvolti nell'atto di concorrenza sleale, sussisteva un rapporto di concorrenza120.

In altre parole, un atto rileva come illecito in quanto causa di concorrenza sleale alla luce degli strumenti e dei mezzi utilizzati per la sua implementazione e non in base allo scopo che esso si prefigge di raggiungere.

Il contenuto dell'articolo in esame individua, al numero 1 e 2, due fattispecie tipiche comportanti illecito di concorrenza sleale, mentre, al terzo comma, una clausola

generale che racchiude un insieme di casi atipici, data l'impossibilità di individuare tutti i casi determinanti tale illecito.

Il primo comma dell'art. 2598 tutela i segni distintivi da un eventuale rischio di confusione che può sorgere a seguito dell'uso di segni di prodotti di un imprenditore tra loro identici o affini e, inoltre, prevede una protezione in caso di imitazione servile.

Il secondo comma tutela due diverse fattispecie di concorrenza sleale: la denigrazione e l'appropriazione di pregi. La prima riguarda le notizie e le informazioni che vengono diffuse circa l'attività di un concorrente e che ne causano discredito; le conseguenze di tale discredito possono essere la perdita di fiducia e di credibilità dei consumatori finali, la riduzione delle vendite dei prodotti o la maggior difficoltà di intrattenere rapporti con i fornitori. Molto frequentemente tale illecito di concorrenza sleale si riscontra nella pubblicità comparativa, attuata per mettere in luce le qualità del proprio prodotto a discapito di quello dei concorrenti.

La fattispecie dell'appropriazione di pregi consiste invece nell'attribuire in modo improprio ed ingannevole qualità dei prodotti o dell'impresa di un concorrente alla propria che invece non li possiede. Il termine pregi si riferisce a "qualsiasi caratteristica dell'impresa o dei prodotti che sia considerata una qualità positiva dal consumatore, il quale orienta quindi le proprie preferenze in ragione dell'esistenza di esso"[70]. Tale fattispecie risulta illecita ogni qualvolta causa uno sviamento del consumatore, portandolo a credere che il proprio prodotto sia dotato di determinate caratteristiche che in realtà non possiede; le caratteristiche ovviamente devono essere rilevanti e determinanti nella scelta d'acquisto124[71]. Questo comportamento mira a sfruttare il vantaggio ed il rilievo che tali qualità hanno acquisito tra i consumatori con la finalità di accrescere il prestigio della propria impresa e prodotti e aumentarne, conseguentemente, le vendite.

Tra i casi tipici dell'appropriazione di pregi rientrano l'indicazione di una provenienza geografica di prestigio del prodotto, per far credere che la sua realizzazione avvenga utilizzando materia prima di qualità oppure l'apposizione di fotografie/opere su dépliant o pubblicità presentandole come fossero di propria fattura, mentre invece appartengono ad un concorrente. Nell'appropriazione di pregi rientra anche il caso di agganciamento alla notorietà altrui, ovvero l'ipotesi in cui si accostano al proprio prodotto espressioni quali "tipo", "modo" o "genere" per richiamare alla mente quello noto del concorrente, sfruttando così la riconoscibilità che egli ha acquisito nel tempo, grazie a numerosi investimenti. Suddetto

[70] A. PALAZZO, A. SASSI, Diritto privato del mercato, Iseg Gioacchino Scaduto, 2007, 363.

[71] Trib. Reggio Emilia, 28 gennaio 2005, n. 4850, in Giur. ann. dir. ind., 2005; Trib. Venezia, 12 dicembre 2005, n. 4904, in Giur. ann. dir. ind., 2005. In quest'ultima sentenza si precisa il fatto che il pregio deve essere un elemento dotato di capacità individualizzante tale da attrarre il consumatore finale e sviare la sua attenzione sul prodotto che lo possiede piuttosto che verso altri.

comportamento risulta illecito data la sua natura parassitaria e, come si vedrà nel proseguo, il modo d'agire di Laurence s.r.l. può rientrare in questa fattispecie.

Il terzo comma dell'art. 2598 c.c. identifica invece, con una clausola generale, una serie di comportamenti che sono illeciti poiché contrari ai principi di correttezza professionale e recano danno all'azienda del concorrente128. E' infatti impensabile elencare tutte le fattispecie che comportano atti di concorrenza sleale ed è proprio secondo tale ottica che deve leggersi il terzo comma dell'articolo.

L'espressione "principi di correttezza professionale" non fa riferimento ad un sistema testualmente reperibile; spetterebbe al Giudice l'interpretazione di tale norma nei vari contesti sottoposti al suo giudizio, ma ciò risulta assai difficile. Al fine di evitare tale situazione, si è deciso che la valutazione di una condotta circa la fedeltà o meno a tali principi di correttezza professionale debba basarsi sulla morale corrente e su quei parametri che, se rispettati, preservano la struttura economica del mercato e consentono di massimizzare i benefici derivanti dalla libertà di concorrenza.

La nozione di morale corrente si riferisce al fatto che la valutazione della correttezza professionale dovrebbe essere il risultato di un giudizio morale, non di carattere professionale, ma espressione del sentire della collettività.

Al giorno d'oggi, comunque, le fattispecie atipiche incluse nella terza clausola dell'art. 2598 c.c. sono di gran lunga tipizzate e raramente vi sono dei comportamenti che richiedono la loro valutazione in merito alla fedeltà ai principi di correttezza professionale.

Tra le fattispecie incluse in questa clausola rientrano i messaggi ingannevoli (qualsiasi diffusione di informazioni non veritiere nei confronti dei consumatori finali in merito ai prodotti), i ribassi e le vendite sotto costo, lo storno di dipendenti, il boicottaggio e la concorrenza parassitaria.

L'obiettivo primario dell'art. 2598 c.c. non è la repressione di atti di concorrenza sleale una volta avvenuti, bensì la loro prevenzione in modo tale da anticiparne la materializzazione e sanzionare il comportamento scorretto solamente se necessario e in caso di verifica dello stesso.

Contestualizzando la norma nell'ambito della sentenza in esame, il comportamento di cui Hermès accusa esplicitamente la convenuta rientra proprio nel numero uno del suddetto articolo (concorrenza sleale confusoria).

Dalla lettura della norma si evince che, quanto ai segni distintivi, vi sono tre diverse fattispecie costituenti concorrenza sleale, tutte accomunate dal fatto di essere atti idonei a confondere il consumatore circa i prodotti e l'attività produttiva di un'impresa con quella di un concorrente. Esse sono:

- l'adozione di nomi o segni distintivi che possano creare confusione con altri presenti nel mercato;

- l'imitazione servile di prodotti altrui;
- qualsiasi atto o mezzo idoneo a produrre confusione.

Nella sentenza analizzata è chiamata in esame la seconda casistica dell'elenco appena enunciato: Laurence s.r.l. infatti produce delle borse la cui forma rimanda a quelle prodotte dalla società francese, che infatti la accusa esplicitamente di imitazione pedissequa.

Non è questo il caso in cui vi è l'uso di nomi o di segni distintivi che possano indurre in confusione il consumatore in quanto simili ad altri, poiché la convenuta appone il proprio nome sulle borse e non uno simile o che possa ricondurre al marchio Hermès.

3.2.1 Il rapporto di concorrenza

Per l'applicazione della disciplina appena descritta, è necessaria l'esistenza di un rapporto di concorrenza economica tra i soggetti coinvolti nella fattispecie. Tale rapporto si ravvisa quando, in un determinato periodo, due o più imprese offrono o domandano beni e/o servizi volti a soddisfare gli stessi bisogni o simili, nello stesso mercato (v. infra). In tale rapporto non si richiede che vi sia una totale identità dei beni offerti, ma si presuppone una certa sostituibilità tra gli stessi, ovvero una situazione in cui il consumatore consideri uno la scelta sostitutiva dell'altro.

Il rapporto concorrenziale si compone di determinati elementi caratterizzanti tra i quali la necessaria condivisione di clientela finale tra le imprese coinvolte nell'illecito in esame132. Nel momento in cui due imprese offrono prodotti identici o affini è inevitabile che la domanda provenga dallo stesso rango di consumatori ed è proprio tale situazione che genera un rapporto di concorrenza tra i due soggetti economici nel mercato. Non sussisterebbe nessun tipo di rapporto, e quindi nessun pericolo di illecito di concorrenza sleale, nel caso in cui due imprese offrissero beni appartenenti a differenti generi merceologici soddisfacenti bisogni completamente diversi.

Un ulteriore elemento rilevante ai fini della costituzione di un rapporto di concorrenza è la presenza di una pluralità di operatori economici nel mercato di riferimento. Dalla lettura dell'art. 2598 c.c. sembra che tali operatori debbano essere imprenditori ai sensi dell'art. 2082 c.c., ma in realtà non è così. La qualifica di imprenditore non è un elemento essenziale al fine di creare un rapporto di concorrenza, bensì è sufficiente che, sia il soggetto attivo che quello passivo coinvolti nell'illecito, esercitino un'attività economicamente organizzata nella produzione e commercializzazione di beni e/o servizi al fine di soddisfare la domanda del consumatore finale.

Gli elementi appena descritti sono dei presupposti soggettivi riguardanti il tipo di legame che intercorre tra i due soggetti coinvolti nell'illecito di concorrenza sleale e la loro qualifica professionale.

Strettamente correlata alla condivisione della domanda finale e alla presenza di operatori economici è l'identità del mercato nel quale i soggetti esercitano la propria attività d'impresa. Tre variabili fondamentali delimitano e descrivono il mercato ed esse sono lo spazio, il bene offerto e il tempo; queste ultime a sua volta identificano rispettivamente il profilo territoriale, merceologico e temporale. Esse sono estremamente importanti per la valutazione della sussistenza di un rapporto di concorrenza e, quindi, di un eventuale presenza di illecito.

La variabile territorio consiste nello spazio entro cui un'impresa opera e diffonde i propri prodotti. Lo stesso è facilmente definibile ogniqualvolta si prende in esame una piccola azienda che opera in un ambito molto circoscritto[72]. Se si considera, invece, un'impresa che opera a livello internazionale e con un marchio noto, essa è in concorrenza con qualunque impresa dello stesso settore, non solo nel territorio in cui risiede, ma anche con quelle localizzate in quelli limitrofi; la sua notorietà combinata con la mobilità della clientela che riconosce il prodotto ovunque, rendono difficoltosa l'individuazione del territorio in cui l'impresa opera. Nel caso di tali imprese di grandi dimensioni l'estensione territoriale si accerta caso per caso e guardando non solo a quella attuale, ma anche a quella potenziale.

Il profilo merceologico di un'impresa riguarda la tipologia di bene offerto alla clientela finale. In particolare, essa comprende tutti i beni e servizi che il consumatore finale considera utilizzabili o sostituibili in base alle loro caratteristiche di qualità, prezzo, quantità disponibile.

In aggiunta, anche la struttura della domanda e dell'offerta sono aspetti estremamente rilevanti nell'analisi del profilo merceologico di un mercato. Il fatto che un'impresa possa, con la sua entrata, minare l'attività di altre già presenti in quel mercato e mettere in discussione il carattere dominante delle stesse è un aspetto fondamentale da considerare.

Con riguardo alla variabile temporale di un mercato ci si riferisce al momento in cui più imprese offrono un prodotto identico o simile nel settore di riferimento. L'offerta può essere contemporanea e si ravvisa quindi concretamente un rapporto di concorrenza. Quest'ultimo può però essere anche solo potenziale e ciò nel caso in cui la competizione attualmente debba ancora verificarsi. E' ovvio che la presenza di un attuale e concreto rapporto di concorrenza è necessaria, ma il suddetto rapporto è previsto anche in caso di una sua esistenza potenziale.

In altre parole, nella valutazione della competitività di un mercato si prendono in esame non solo le imprese già attive, ma anche le possibilità che nuovi concorrenti possano entrare e comportare una modifica all'asseto concorrenziale esistente. La concorrenza potenziale può essere diretta, ovvero rappresentata dai nuovi concorrenti, oppure indiretta, relativa ad imprese che potrebbero introdurre nel

[72] Si pensi per esempio ad una piccola pasticceria in provincia di Milano ed ad una in provincia di Torino: il loro bacino di clientela al livello territoriale non coincide, quindi non vi è concorrenza tra le due.

mercato dei sostituti rispetto ai prodotti già presenti. Seguendo la medesima logica utilizzata per descrivere il rapporto di concorrenza effettivo nel mercato, si procede a delineare le peculiarità di quello potenziale considerando l'aspetto merceologico, spaziale e temporale.

Dal punto di vista dei prodotti offerti, le imprese tendono ad ampliarne la gamma realizzando beni simili che vadano a soddisfare analoghi bisogni. Ne consegue un'evoluzione del prodotto altrui e il suo inserimento nel mercato di riferimento. La concorrenza potenziale quindi è data dalla possibilità che altre imprese allarghino la loro produzione creando una concreta e reale probabilità di entrare in competizione con le imprese già presenti nel mercato. In quest'ultimo caso l'impresa deve possedere le competenze, l'esperienza e la tecnica necessarie ad entrare in concorrenza.

Sono concorrenti potenziali diretti tutti coloro che entrano nel mercato diffondendo una variante della stessa tipologia; mentre comportano concorrenza merceologica indiretta i soggetti economici che - anche già presenti nel mercato di riferimento - vi introducono prodotti sostitutivi.

Sotto il profilo spaziale, si considera il territorio che potenzialmente può costituire mercato di sbocco per la produzione imprenditoriale. In aggiunta all'effettivo territorio di diffusione del prodotto, si comprende anche l'area in cui l'impresa ha la probabilità di espandersi, portando a considerare la sussistenza di un rapporto di concorrenza quando due imprese esercitino la stessa attività in un territorio anche solo potenzialmente comune.

Come già accennato precedentemente con riguardo all'aspetto temporale, la concorrenza potenziale si ravvisa nel momento in cui un soggetto deve ancora iniziare la sua attività d'impresa ed è ancora nella fase preliminare di organizzazione, ma ha le possibilità di entrare nel mercato di riferimento. Secondo tale ottica, un rapporto di concorrenza tra due imprese non prevede necessariamente lo svolgimento in tempo attuale dell'attività economica da parte di entrambe, ma può sussistere anche qualora una delle due la concretizzerà in futuro.

Riassumendo, la presenza di atti idonei a creare concorrenza sleale implica **l'esistenza di un rapporto di concorrenza che diventa quindi condizione necessaria.**

Alla luce di questa considerazione, le società protagoniste del caso in esame possono considerarsi in un rapporto di effettiva e concreta concorrenza, poiché offrono un prodotto appartenente alla stessa categoria merceologica, provvedendo a soddisfare lo stesso tipo di bisogni del consumatore finale. Entrambe infatti producono articoli di pelletteria, e tra questi vi è identità di prodotto, e sono società la cui attività d'impresa è già avviata nel mercato di riferimento. Dal punto di vista territoriale, il rapporto tra le due rientra nella casistica in cui vi è un'impresa di grandi dimensioni con un marchio noto,

Hermès, per la quale è difficile stabilire e circoscrivere lo spazio concorrenziale. Un brand internazionale è riconosciuto anche nei paesi in cui non avviene l'effettiva produzione e commercializzazione dei prodotti da esso contraddistinti e quindi entra in competizione con le attività d'impresa locali. La convenuta presenta invece un marchio la cui riconoscibilità è estremamente ridotta rispetto a quello di Hermès; la variabile territoriale ad esso associata è pertanto circoscritta alla località in cui ha sede Laurence s.r.l.. Le due società entrano in competizione dal momento in cui quest'ultima realizza dei modelli di borse ritenute copie di quelli realizzati da parte attrice, sfruttando la notorietà del marchio Hermès, approfittando degli investimenti che la casa di moda francese ha attuato e programmato per rendere celebre il suo marchio. Questo comportamento anticoncorrenziale coincide con l'illecito per imitazione servile, il quale sarà approfondito nei paragrafi successivi.

3.2.2 La concorrenza sleale per imitazione servile

La produzione di borse della società torinese, la cui forma rimanda ai modelli prodotti da Hermès, costituisce atto idoneo a indurre in confusione il consumatore circa la provenienza della borsa; si è in presenza di ciò che al primo comma di cui all'art. 2598 c.c. viene definito imitazione servile.

Sono necessari diversi presupposti affinché suddetta fattispecie possa assumere rilevanza giuridica ed essi riguardano principalmente le caratteristiche che la forma del prodotto-copia deve possedere e la probabilità del rischio di confusione. Tra le prime rientrano le parti esterne del prodotto, l'individualità e originalità della forma, la forma non funzionale.

Analizzando i suddetti presupposti, emerge come siano tutti strettamente correlati al concreto o probabile rischio di confusione143.

L'espressione "imitazione servile" si riferisce ad una riproduzione fedele e pedissequa del prodotto di un concorrente. Da tale definizione si potrebbe evincere che qualsiasi parte di un prodotto imitata possa rientrare nella fattispecie di imitazione servile, tuttavia non è così. Come recita il primo comma di cui all'art. 2598 c.c., solo se tale imitazione reca confusione allora vi è illecito per imitazione servile: colui che subisce il danno non deve provare solamente che i suoi prodotti sono stati copiati, ma deve attivarsi per dimostrare che l'imitazione reca confusione nei confronti del consumatore finale. Il rischio di confondibilità sussiste solamente se, alla vista del prodotto, lo si associa a quello di un'altra impresa, credendolo di sua produzione.

Il giudizio di confondibilità deve essere il risultato di un esame sintetico e non analitico del prodotto, ottenuto dalle impressioni generali di un consumatore medio che risultano da percezioni sensoriali immediate e superficiali. E' fondamentale porsi nei panni del consumatore medio144 e considerare che, minore è l'importanza merceologica del prodotto, più egli basa la sua scelta su elementi e caratteristiche

che suscitano in lui dei ricordi, delle emozioni e che ne colpiscano la sfera sensoriale145, ponendo attenzione maggiormente all'aspetto formale che sostanziale. Inoltre, il giudizio in merito alla confondibilità deve essere svolto secondo il mercato di riferimento in cui i concorrenti operano, stabilendo, caso per caso, se gli imprenditori coinvolti in una fattispecie di concorrenza sleale soddisfano gli stessi bisogni o bisogni simili con la loro attività economica.

Per tutti questi motivi, la fattispecie dell'imitazione servile sussiste ogni qualvolta ad essere imitate sono le parti esterne di un prodotto, ovvero quelle direttamente visibili dal consumatore. Il confronto per constatare l'illecito si basa non tanto sulla parte sostanziale (ed interna) del prodotto, bensì su quella formale, inerente alla forma esterna assunta dallo stesso. La similarità tra componenti poste all'interno non costituisce atto illecito in quanto esse non sono visibili dal consumatore, previa attenta analisi del prodotto.

Nel sistema moda, per esempio, l'imitazione servile di un abito sussiste se ne vengono imitate la stoffa, i colori, il taglio e le cuciture, i disegni, ovvero tutti elementi visibili ed esterni del prodotto. Si può affermare quindi che tale fattispecie di concorrenza sleale si concretizza nel momento in cui un concorrente imita il risultato di uno sforzo creativo altrui, sfruttando la redditività che ne deriva dalla sua originalità e riconoscibilità nei confronti del consumatore.

Proseguendo, affinché sorga un probabile rischio di confusione, l'imitazione deve cadere sulla forma individualizzante del prodotto o della sua confezione, in quanto sono essi, con la loro conformazione e caratteristiche che gli conferiscono una propria identità, rendendolo riconoscibile tra quelli dei concorrent. La tutela contro l'imitazione servile presuppone infatti che la forma di un bene sia originale, non banale e che nel corso degli anni non abbia subito una volgarizzazione.

Inoltre, sempre con riferimento alla forma del prodotto che viene imitata, è necessario si tratti di una forma che non conferisce un'agevolazione funzionale nell'uso del prodotto, escludendo quindi dalla tutela per imitazione servile quelle forme rese necessarie da caratteristiche funzionali inerenti al prodotto[73].

Da quanto descritto finora si desume che il prodotto, affinché possa godere della tutela concorrenziale, debba essere usato e quindi abbia acquisito una certa notorietà tra i consumatori; solamente da tale condizione può nascere una situazione di confusione tra due prodotti148[74].

3.2.3 La probabile ipotesi di imitazione servile nel caso

[73] 147 Trib. Napoli, 23 dicembre 2004, in Giur. dir. ind., 2006, 258. Secondo tale ordinanza, la disciplina dell'imitazione servile non tutela le forme che pur essendo dotate di capacità distintiva, siano in contemporanea dotate di carattere funzionale dal punto di vista tecnico ed estetico.

[74] 148 A. VANZETTI, V. DI CATALDO, op. cit., 58.

L'accusa avanzata da Hermès nei confronti dei modelli prodotti da Laurence s.r.l. era rivolta proprio al fatto che le forme delle borse costituivano illecito per imitazione servile, essendo una fedele copia. Tuttavia il Giudice non ha ritenuto la convenuta colpevole di tale illecito per tutti i modelli oggetto della presente .sentenza, ossia Birkin, Kelly e Lindy. Per i primi due, la disamina in merito alla loro imitazione non ha avuto luogo in quanto il Tribunale ha accertato la loro nullità per mancanza di capacità distintiva: tale decisione comporta la privazione degli effetti dei marchi di forma dei prodotti menzionati, rendendo quindi superflua qualsiasi altra verifica in merito[75].

Come emerge da quanto detto nel precedente paragrafo, la sussistenza di illecito per imitazione servile si ravvisa qualora ad essere imitata sia una forma avente un carattere distintivo, ovvero dotata di elementi che la rendono riconoscibile e nota presso i consumatori proprio per tali caratteristiche e dotata anche di un certo carattere innovativo.

Nel caso in cui vi fosse stata l'esclusione dell'ipotesi di nullità dei marchi di forma nazionali e comunitari a tutela dei modelli Kelly e Birkin, il Giudice avrebbe proceduto con la verifica in merito all'imitazione servile anche per le borse supposte essere copia dei modelli menzionati. Tale disamina sarebbe consistita nel confronto in concreto della confondibilità che le borse avrebbero suscitato in un consumatore medio; il confronto si sarebbe svolto in aula, in presenza dei modelli di borse delle rispettive parti, costituenti materiale di prova. Solamente in questo modo è possibile constatare atti di concorrenza sleale.

Oltre alla confondibilità, è necessario che l'imitazione sia pedissequa, ovvero riproduca il prodotto originale in tutte le sue parti esterne individualizzanti. Nel caso in esame, l'elemento da prendere in considerazione sarebbe stato in primo luogo la forma delle borse. Come è noto, nel mondo della moda i modelli Kelly e Birkin sono tra i più riconosciuti ed associati al marchio Hermès proprio a partire dalla loro conformazione caratteristica. Oltre alla forma, ciò che distingue tali modelli è il sistema di chiusura composto da cinghie e lucchetto. In questi elementi si concentrano le ragioni che hanno spinto la casa di moda francese a tutelare tali modelli mediante la registrazione di marchi di forma comunitari e nazionali. L'imitazione pedissequa si sarebbe configurata qualora ad essere riprodotti fedelmente fossero stati la forma ed il sistema di chiusura. Essi sono infatti quegli elementi che rendono il prodotto riconoscibile e proveniente da una determinata impresa.

Qualora la verifica in merito all'accusa di imitazione servile avesse avuto esito positivo, il Tribunale avrebbe condannato la convenuta vietandole di produrre e commercializzare gli stessi mediante un'inibitoria, con conseguente obbligo di restituzione degli utili ottenuti dalla vendita dei modelli copia degli originali.

[75] Trib. Venezia, 15 febbraio 2012, in Dir. ind., 4, 2012, 324.

A tale probabile esito si vogliono però aggiungere talune considerazioni in merito al rischio di confusione che le copie avrebbero potuto suscitare in confronto con gli originali.

Le borse della convenuta presentano apposto sui modelli il marchio della società, Laurence s.r.l., e non un'imitazione del marchio Hermès. In tal modo si esclude ogni possibilità di confusione nei confronti dell'acquirente circa la provenienza di tali modelli. Il consumatore è consapevole della loro non originalità data la presenza di "elementi di differenziazione percepibili dal pubblico"150[76].

L'unico rischio di confusione che potrebbe generarsi è quello nei confronti di terze persone non coinvolte nel momento della compravendita di tali modelli, costituendo così confusione di secondo grado. Terzi soggetti, non essendo a conoscenza della provenienza della borsa, potrebbero essere indotti a pensare che si tratti di un modello originale Hermès, o allo stesso modo potrebbe insorgere il dubbio se sia veramente una borsa Hermès o di una copia. Tale situazione comporta comunque il rischio di confusione, poiché vi è incertezza circa la provenienza del prodotto. La confondibilità nei confronti di terze persone va anch'essa ritenuta un conseguenza di un atto illecito poiché colui che acquista il prodotto non originale lo fa con l'intento far credere che sia invece originale, creando una situazione di dubbio nei confronti di terze persone. In aggiunta, sia il produttore che riproduce un prodotto imitando uno di marca, sia l'acquirente che lo acquista proprio in quanto esso rimanda ad uno di grande notorietà, danneggiano entrambi l'attività del produttore originale[77].

Nel mondo della moda, specie nei prodotti di lusso, quest'ultimo fenomeno è molto diffuso in quanto molti consumatori, per desiderio del prodotto griffato, ma ancor di più per far credere agli altri di possederlo, ne acquista delle copie.

Per contro, diversa si rivela la situazione circa il modello Lindy, il quale, protetto da un modello comunitario la cui registrazione è stata ritenuta valida, è stato sottoposto al confronto con la supposta copia della società torinese. Solamente per quest'ultimo modello ha avuto luogo la disamina della sussistenza o meno della fattispecie della concorrenza sleale. In quell'occasione però la casa di moda francese non ha fornito alcuna prova in concreto del modello Lindy e questo non ha permesso la verifica della confondibilità tra i modelli delle due società. L'interprete necessita infatti di disporre dei due prodotti oggetto dell'illecito di concorrenza sleale per esprimere il giudizio sulla confondibilità: in loro assenza, tale decisione non può essere decretata.

Per tale motivo il Tribunale non ha potuto constatare la sussistenza di concorrenza sleale. Infatti, come si può desumere da quanto sopra esplicato, non è possibile

[76] A. VANZETTI, V. DI CATALDO, op. cit., 56.

[77] M. RICOLFI, I segni distintivi. Diritto interno e diritto comunitario, G. Giappichelli, Torino, 1999, 125; A. VANZETTI, V. DI CATALDO, op. cit., 57.

verificare se due prodotti possono generare confusione solamente osservando il disegno che li riproduce e non il prodotto in concreto[78]. Le sole prove sulle quali il Tribunale poteva formulare il suo giudizio erano documenti riproducenti gli esemplari di borse oggetto della sentenza, elementi superflui al fine della valutazione della sussistenza della concorrenza sleale per imitazione servile.

Per il modello di borsa Lindy tuttavia, è stata decretata la sussistenza della fattispecie della contraffazione. Come esplicato nel capitolo precedente, Lindy è stata protetta dalla registrazione di due modelli comunitari e in merito il Tribunale ha deciso che le copie realizzate dalla convenuta generassero una generale impressione di somiglianza con quelle di proprietà di Hermès, non possedendo caratteristiche conferenti una propria individualità al borsone. Pertanto per tale modello ne è stata vietata la produzione proprio in quanto esso poteva far credere al consumatore informato che provenisse dalla casa di moda francese. Di tale decisione vi sarà approfondimento nel paragrafo dedicato alla contraffazione, nel corso di questo capitolo.

3.3 La concorrenza sleale mediante appropriazione di pregi

L'accusa di parte attrice, oltre a quella di concorrenza sleale per imitazione servile, non presentava ulteriori riferimenti in merito ad altri possibili danni concorrenziali. Si ritiene però che la convenuta potesse essere sanzionata anche per appropriazione di pregi.

Come premesso in apertura del capitolo, l'appropriazione di pregi può manifestarsi mediante vari comportamenti scorretti; tra questi, quello che si ritiene sia stato posto in atto da Laurence s.r.l. coincide con l'appropriazione di pregi mediante agganciamento alla notorietà altrui. Quest' atto consiste nel descrivere il proprio prodotto mediante accostamento o rimando a prodotti di concorrenti dotati di un elevato grado di riconoscibilità presso il consumatore finale. Il paragone mira a sfruttare la notorietà che tali prodotti hanno acquisito nel tempo con la sola finalità di dirottare i consumatori verso l' acquisto di prodotti che, senza agganciamento a quelli notori, non si sarebbe verificato.

L'appropriazione di pregi qui in discussione avviene, nella maggior parte dei casi, mediante comunicazione pubblicitaria o commerciale. L'equiparazione avviene in modo esplicito, rendendo assolutamente palese ed evidente che il prodotto non proviene dall'impresa agganciata, ma che ne costituisce una sua copia. Questa circostanza esclude il rischio di confusione fin dall'inizio in quanto l'acquirente è consapevole che il prodotto rimanda all'originale.

Il primo impatto in questi casi è la realizzazione e l'esclusione che il prodotto sia originale, mentre, in una fase successiva, si genera un processo mentale di associazione tra il prodotto non originale e quello dell'impresa agganciata,

[78] 152 Cass. Civ., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3639, consultata in www.ius-web.it.

attraverso il quale il consumatore proietta delle opinioni positive nel prodotto copia. Tale accostamento si verifica poiché si sposta la notorietà del prodotto agganciato a quello oggetto di concorrenza sleale, sfruttando in siffatto modo indebitamente la notorietà altrui[79].

Nel momento in cui un'impresa si aggancia ad un'altra con lo scopo di sfruttarne la notorietà, l'oggetto dell'appropriazione non è solamente il prodotto in sé e tutte le medesime caratteristiche che lo rendono riconoscibile, ma anche il concorrente e la sua fama. Si cerca di sfruttare quanto l'impresa ha fatto per raggiungere un certo grado di notorietà, quindi investimenti in comunicazione e pubblicità, investimenti produttivi e migliorie qualitative nel prodotto al fine di acquisire un prestigio sempre crescente nei confronti del consumatore finale. Affermare quindi che l'agganciamento riguarda solo il prodotto è estremamente riduttivo, poiché esso comprende svariati aspetti della realtà aziendale.

Quanto appena esplicato vale non solo per i segni distintivi quali il marchio denominativo o figurativo apposti al prodotto, ma anche per i marchi di forma. L'agganciamento può avvenire anche nei confronti di forme che sono state oggetto di registrazione in qualità di marchio ed è questa la fattispecie del caso qui in commento: si tratta di agganciamento per mezzo di forme distintive. Quest'ultima casistica, affinché si possa procedere al suo accertamento e, poiché appartenente alla fattispecie di concorrenza sleale, presuppone che la forma possieda i requisiti descritti in precedenza; ci si riferisce al fatto che deve essere individualizzante e caratteristica, non banale ed originaria e che il pubblico la riconosca. Inoltre, nel caso in cui vi sia agganciamento ad una forma registrata come marchio, essa deve essere conforme a quanto esplicato dall'art. 9 c.p.i..

Contestualizzando quanto previsto dal secondo comma di cui all'art. 2598 c.c. con il caso in esame, merita di essere richiamato un preciso episodio che parte attrice accusa come comportamento scorretto nei confronti della convenuta. Ci si riferisce alla richiesta di Hermès di prova testimoniale in merito alla visita che è stata effettuata presso il punto vendita della società torinese. Si ricorda che, in siffatta occasione, la presentazione del modelli da parte di un addetto alla vendita della convenuta avveniva usando espliciti riferimenti a quelli che invece produce la casa di moda francese. Questo comportamento, sebbene non sia stato esplicitamente oggetto di accusa per appropriazione di pregi, rientra, ad avviso di chi scrive, perfettamente nella fattispecie descritta in questo paragrafo. Sempre in tale occasione, inoltre, l'addetta alle vendite della convenuta, esibendo un modello di quest'ultima, aveva fatto preciso riferimento a Lindy per equipararlo ed evidenziarne la somiglianza.

L'addetta alla vendita, riferendosi alle borse presenti al punto vendita mediante un paragone ai modelli di Hermès, ammette esplicitamente che quanto realizzato richiama i modelli di fattura originale della casa di moda francese. Accostando il

[79] A. VANZETTI, V. DI CATALDO, op. cit., 94.

marchio Hermès alle borse Laurence, si equiparano le stesse a modelli che in qualsiasi parte del mondo identificano il marchio Hermès in quanto hanno una forma estremamente caratteristica e che, nel tempo, hanno acquisito notorietà.

L'episodio appena descritto dimostra come l'agganciamento alla notorietà avviene mediante forma distintiva e non per mezzo della denominazione del marchio, poiché, come risulta dal caso in esame, Laurence s.r.l. dichiara che i loro modelli sono contrassegnati dal nome della loro società, senza alcun riferimento al marchio Hermès[80]. In altre parole la convenuta non si aggancia alla notorietà della casa di moda francese usando un nome simile, bensì proponendo dei prodotti che ne richiamano la forma notoria e largamente conosciuta.

In aggiunta, l'addetta alle vendite, sempre durante la visita prima menzionata, aveva precisato che la borsa che stava esibendo era un recente modello Hermès da pochi posseduto data la disponibilità limitata. Tale affermazione è volta a rendere esclusivo il modello di borsa presentato: sottolineandone la sua limitata diffusione, esso acquisisce un maggior prestigio, che si somma a quello già conferito dall'accostamento con il celebre marchio francese.

Come già detto, suddetta questione avrebbe dovuto essere oggetto di prova testimoniale; il Giudice, causa accoglimento della nullità dei marchi a protezione di Birkin e Kelly non ha proceduto a tale verifica. Nel caso in cui la nullità fosse stata dichiarata, Laurence s.r.l. avrebbe potuto essere accusata di concorrenza sleale per appropriazione di pregi mediante agganciamento alla notorietà altrui. La fattispecie sarebbe stata confermata nel caso in cui la prova testimoniale avesse avuto esito favorevole per la parte attrice; in siffatta circostanza, sarebbero state accolte l'inibitoria e le sanzioni che Hermès ha richiesto al Tribunale.

3.4 La concorrenza parassitaria per agganciamento

Molto spesso, un'impresa che trae indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà di un marchio altrui mette in atto un comportamento definito anche concorrenza parassitaria per agganciamento. Il terzo intenzionalmente usa un segno identico o simile ad uno particolarmente dotato di capacità distintiva o di notorietà con la speranza di beneficiare delle opinioni positive e della fama[81].

Molte volte quindi si considera parassitario un comportamento in cui si sfruttano la notorietà e gli investimenti di un concorrente. Tuttavia, la concorrenza parassitaria ha una definizione ben precisa con dei presupposti di base che la differenziano dall'imitazione servile e dall'appropriazione di pregi. Tale fattispecie consiste

[80] rib. Torino, 17 marzo 2008, procedimento n. 12959/2008, consultato in www.oami.europa.eu, 8.
[81] Corte Giust. CE, 18 giugno 2009, procedimento C-487/07, consultato in www.eur-lex.europa.eu..

nell'imitazione sistematica e protratta nel tempo delle iniziative e nuove strategie di un concorrente, percorrendo quindi le sue orme[82].

Contrariamente all'imitazione servile, la concorrenza parassitaria prescinde dal rischio di confusione, potenziale o effettivo, che si può generare imitando l'attività produttiva altrui[83]. Essa appartiene alla clausola generale di cui al terzo comma, art. 2598 c.c. ed è atto illecito che comporta concorrenza sleale in quanto ogni impresa dovrebbe avvalersi di mezzi e risorse proprie per competere nel mercato di appartenenza, senza sfruttare e imitare le iniziative concorrenziali[84].

La creazione di un prodotto analogo a quello di un concorrente è l'essenza della concorrenza, mentre l'imitazione di tutto quello che lo stesso fa, è un comportamento non conforme al corretto svolgimento della stessa.

I fattori fondamentali di riferimento che elevano un atto a concorrenza parassitaria sono la pluralità di azioni imitative e il fatto che esse perdurino nel tempo.

La singola azione imitativa, considerata isolata dalle altre, non rileva in qualità di illecito concorrenziale: solamente la valutazione globale e sistematica delle stesse permette di rilevare l'intento di sfruttare a proprio vantaggio la creatività e le iniziative altrui di successo, risparmiando tempo e risorse[85].

Secondo la variabile tempo, si individuano due tipologie di concorrenza parassitaria: quella sincronica e quella diacronica. Nel primo caso si ravvisa la contemporanea messa in essere di una globalità di azioni su imitazione di quelle del concorrente[86], mentre nel secondo caso, la pluralità di atti imitativi si susseguono nel tempo in momenti successivi[87]. Tra le due declinazioni, la concorrenza parassitaria sincronica è stata introdotta e definita in un momento successivo rispetto a quella diacronica; questo è avvenuto con la sentenza n. 5852 del 17 novembre 1984. In suddetta occasione la Suprema Corte ha ampliato la fattispecie della concorrenza parassitaria dal punto di vista temporale, decretando illecito qualsiasi sfruttamento sistematico dell'attività altrui mediante azioni imitative poste in essere contemporaneamente.

---

[82] Cass. civ., 17 aprile 1962, n. 752, in Riv. dir. ind., 1962, II, 12. Con siffatta sentenza si introduce nell'ordinamento giuridico italiano la fattispecie della concorrenza parassitaria; le società in opposizione erano Motta e Alemagna e i principi che emergono dalle decisioni del Giudice riguardano proprio le peculiarità di tale fattispecie.

[83] A. VANZETTI, Giurisprudenza annotata di diritto industriale, Giuffrè, Milano, 2009, 1090.

[84] A. SIROTTI GAUDENZI, Diritto industriale e diritto della concorrenza, Utet giuridica, Milano, 2008, 517.

[85] Trib. Ferrara, 1 settembre 1994, in Giur. dir. ind., 1994, 903.

[86] Cass. civ., 17 novembre 1984, n. 5852, in Foro it., I, 1985, 127. Con questa sentenza si affianca la concorrenza sincronica a quella già diffusa, ovvero la diacronica. La Corte Suprema si esprime infatti affermando che "non v'è ragione di ritenere indispensabile la ripetitività nel tempo di più atti imitativi, essendo perfettamente logico che, la sistematicità e continuità, da cronologicamente successive che sono nell'ipotesi di base, possano anche essere simultanee ed esprimersi nei caratteri quantitativi dell'imitazione".

[87] Cass. civ., 19 novembre 1994, n. 8927, in Dir. ind., 1995, 242.

La dicotomia descritta si basa sul dinamismo che l'impresa adotta nell'implementare le attività altrui, il quale, a sua volta, dipende dalla tempistica produttiva e commerciale dell'impresa imitata.

Accanto all'ampliamento temporale della fattispecie la Corte, nella medesima occasione, ha introdotto un ulteriore requisito essenziale che contraddistingue la concorrenza parassitaria. Ci si riferisce al tempo di permanenza dell'originalità della strategia adottata dal concorrente. Con la fattispecie in esame si vuole infatti tutelare la creatività adottata da un soggetto economico nelle proprie strategie imprenditoriali, poiché è proprio quella la caratteristica di un'iniziativa soggetta ad imitazione. A riguardo, la Corte ha deciso che la tutela non ha una durata illimitata, ma vale solamente per il periodo di tempo immediatamente successivo all'implementazione della nuova iniziativa. Con tale decisione, sono quindi considerati atti illeciti per concorrenza parassitaria solamente gli atti imitativi posti in essere ad una breve distanza dalla strategia innovativa del concorrente.

Da quanto appena esposto emerge come la concorrenza parassitaria si basi sul presupposto che il vantaggio derivi dall'imitazione di una serie di strategie innovative al fine di sfruttarne gli esiti. Essa non rientra nella fattispecie confusoria descritta al primo comma dell'art. 2598 c.c. e nemmeno in quella descritta al secondo comma. Tuttavia vi sono discussioni se l'appropriazione di pregi possa comunque essere considerata una condizione a supporto della sistematicità della fattispecie parassitaria. In molti casi la concorrenza parassitaria è stata negata proprio a causa della mancanza di sistematicità nelle azioni imitative; questa mancanza potrebbe non rilevarsi in presenza di atti di appropriazione di pregi che favorirebbero la condanna di un atto illecito alla stregua di concorrenza parassitaria.

Si conclude quindi che condotte illecite producenti confusione tra i consumatori possono essere prove rilevanti ai fini della sussistenza di illecito per parassitismo163.

Nel settore della moda, l'imitazione di strategie innovative e creative è molto diffusa: la creatività infatti è l'essenza di qualsiasi iniziativa in quanto permette di distinguersi dai concorrenti e di attirare in misura maggiore il pubblico di riferimento. Lo "sfruttamento sistematico del lavoro e della creatività altrui si connota tanto più come parassitario in un settore, quale appunto quello della moda, ove la creatività, l'innovazione, l'originalità appaiono essenziali, non potendosi definire semplici requisiti per la protezione, ma elementi connaturati all'intrinseca essenza della fattispecie"[88].

Nel caso in esame, come già spiegato nel precedente paragrafo, Laurence s.r.l. imita le forme delle borse Kelly e Birkin, ovvero due prodotti must della casa di moda francese. Esse si caratterizzano per la loro conformazione altamente riconoscibile,

88

M. TAVASSI, Tutela contro il parassitismo nel mondo della moda: gli sviluppi della giurisprudenza, in Dir. ind., 2013, 5.

anche a prescindere dall'apposizione del marchio Hermès sul prodotto. Il modo d'agire della società torinese potrebbe essere considerato alla stregua di concorrenza parassitaria per agganciamento. La convenuta infatti sfrutta la creatività che ha permesso di produrre due esemplari di borse estremamente riconoscibili tra quelle dei concorrenti, ma soprattutto celebri nel mondo della moda; per di più contraddistingue i modelli imitati con il proprio marchio e questo comportamento esclude il rischio di confusione presso l'acquirente.

La convenuta illegittimamente riproduce e commercializza due marchi di forma notori idonei alla registrazione[89] elevandosi così a concorrente parassita che trae numerosi vantaggi, inter alia risparmio di tempo e risorse per gli investimenti nelle campagne pubblicitarie, risparmio nello studio e nella progettazione del prodotto. Tale modo d'agire ben si inserisce nella fattispecie di cui all'art. 2598, comma secondo, rientrando tra gli atti che comportano concorrenza sleale in quanto si

sfrutta intenzionalmente la notorietà altrui dando origine ad un comportamento parassitario[90].

Proprio in quanto le forme di Kelly e Birkin sono immediatamente riconducibili al marchio Hermès a prescindere dalla sua apposizione sulle stesse, Laurence s.r.l. sfrutta intenzionalmente la notorietà del marchio, senza però imitare sistematicamente ogni iniziativa di Hermès; quest'ultimo particolare porterebbe escluderla dalla condanna per concorrenza sleale parassitaria ai sensi del terzo comma, art. 2598 c.c..

3.5 Sanzioni e risarcimento del danno nella concorrenza sleale

La disciplina sanzionatoria per concorrenza sleale prevede una specifica tutela data dall'inibitoria; stando infatti al contenuto di cui all'art. 2599 c.c., in caso di concorrenza sleale si esige che si ponga fine all'atto che ne ha dato origine e che si prendano gli opportuni provvedimenti fino a quando non saranno eliminati tutti gli effetti. Tale misura è posta dal Giudice e prescinde dalla ricorrenza di colpa o dolo e si prescrive in cinque anni. L'inibitoria ha quindi la finalità di prevenire un atto dannoso e di impedire, qualora esso si sia già verificato, il perdurare delle sue conseguenze.

Nel momento in cui viene pronunciata l'inibitoria è fondamentale l'accertamento che il danno concorrenziale sia ancora in atto o che sussista reale pericolo di ripetizione dello stesso per azione di parte convenuta168. Il contenuto della sentenza inibitoria

[89] Si ricorda che tutte le considerazioni in questo capitolo devono essere lette alla luce dei presupposti iniziali. Pertanto, ben consapevoli che durante la sentenza i marchi di forma a tutela di Kelly e Birkin sono stati dichiarati nulli per mancanza di capacità distintiva, si ricorda che qui si presuppone che essi non abbiano subito tale condanna ipotizzando che parte attrice abbia fornito delle prove valide e concrete a dimostrazione della loro capacità distintiva.

[90] Similmente si esprime il Tribunale di Milano nella sentenza del 6 maggio 2010 in cui una società di prodotti in ferro battuto, pubblicizzava la sua produzione con fotografie del catalogo di un concorrente e i prodotti venduti erano identici a quelli dello stesso. Il Tribunale in tale occasione ha accusato tale condotta di per concorrenza scorretta con la consapevole e voluta finalità di appropriarsi dell'accreditamento che il concorrente ha nel mercato

deve riguardare quei provvedimenti necessari per eliminare la fonte del danno concorrenziale ed evitare che una simile situazione possa ripetersi.

La giurisdizione, quanto all'azione di concorrenza sleale confusoria è di competenza delle Sezioni Specializzate situate presso determinati Tribunali, mentre del giudice ordinario per quanto riguarda le fattispecie residue. Più precisamente, le casistiche enunciate al secondo e terzo comma di cui all'art. 2598 c.c. spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre tutto quanto è connesso alla concorrenza sleale confusoria, ad esclusione di ciò che non interferisce con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale neppure indirettamente, è di competenza delle suddette Sezioni Specializzate.

La condanna al risarcimento del danno, disciplinato dall'art. 2600 del c.c., può essere comminata in qualità di sanzione in seguito ad un atto di concorrenza sleale lì dove vi sia dolo o colpa del convenuto e in presenza di prova concreta del danno arrecato, come recita il contenuto dell'art. 2043 c.c.. A differenza dell' inibitoria, la tutela risarcitoria necessita di una prova concreta del danno compiuto e deve essere dimostrato il nesso di causalità tra l'azione e il danno che essa reca. In altre parole, a fini risarcitori è necessario che il danno sia effettivamente verificato e che vi sia la dimostrazione del dolo o della colpa del soggetto responsabile del pregiudizio.

Nel caso in esame, l'atto di concorrenza sleale ad opera della convenuta ha comportato la violazione di diritti di proprietà industriale. L'inibitoria prevista a tutela del titolare di tali diritti, di cui all'art. 124 c.p.i., vieta al responsabile della violazione di proseguire con la produzione e la commercializzazione dei prodotti costituenti oggetto dell'atto lesivo. La sua concessione può essere predisposta sia ante causam, che durante lo svolgimento della stessa. Si prevede inoltre che il responsabile del danno paghi una certa somma per ogni giorno di ritardo di esecuzione di tale inibitoria.

Oltre all'inibitoria, il caso oggetto dell'elaborato coinvolge anche la richiesta di risarcimento del danno da parte dell'attrice. Il danno risarcibile, secondo quanto esplica l'art. 125 c.p.i., si configura in qualità di danno emergente e lucro cessante. Con l'espressione danno emergente si intende la perdita che il titolare del diritto leso ha subìto a causa della mancata prestazione da parte del debitore. La nozione di lucro cessante riguarda invece una situazione futura in cui il creditore non conseguirà il suo guadagno a causa della mancata prestazione del debitore. Trattandosi di evento futuro e solo prevedibile, per ottenere il risarcimento sarà necessaria una ragionevole certezza circa il suo accadimento.

La quantificazione del danno non è mai operazione semplice da effettuare; essa può coincidere con una valutazione equitativa del danno ad opera del Giudice170, nel caso in cui non vi siano elementi certi sui quale stimare la cifra esatta, sempre previa dimostrazione del nesso di causalità tra il fatto illecito ed il danno concorrenziale annesso. Nella maggior parte dei casi di concorrenza sleale i danni sono per lucro

cessante, per i quali, peraltro, vi sono numerosi ostacoli nel determinare quale sia l'effettiva perdita patrimoniale di colui che ha subìto171.

Con la richiesta di risarcimento dei danni, parte attrice può ottenere la pubblicazione della sentenza172, anche qualora il danno sia solo potenziale, sempre però previo accertamento della colpa o del dolo nella commissione dello stesso. Oltre a ciò la tutela risarcitoria permette a parte attrice di ottenere la rimozione degli effetti del danno recato dalla convenuta, ponendo quindi fine alle conseguenze dannose che esso comportava.

3.6 Il fenomeno della contraffazione

Il Tribunale di Torino ha accolto solamente in merito al modello Lindy la fattispecie della contraffazione; gli altri marchi non sono stati ritenuti contraffatti. Il presente paragrafo ha l'obiettivo di descrivere i presupposti necessari per constatare la presenza di tale illecito, contestualizzando il tutto nel caso in esame.

Parimenti alle fattispecie descritte in precedenza, si formula un probabile esito diverso del caso, escludendo la nullità dei marchi Kelly e Birkin.

Al fine di una miglior comprensione delle sue peculiarità, è importante sottolineare che il fenomeno della contraffazione si differenzia da quello di imitazione servile.

La contraffazione si configura in qualità di illecito in quanto viola il corretto rapporto di concorrenza tra due soggetti attivi in un determinato mercato: sostanzialmente rientra in un atto costituente concorrenza sleale, lesivo del normale rapporto concorrenziale tra due soggetti economici nel mercato. Tuttavia, come vedremo, la contraffazione si basa su presupposti diversi rispetto alla concorrenza sleale.

Tale azione consiste nell'illegale riproduzione di un prodotto che porta a credere si tratti di quello originale, senza il consenso del titolare dei diritti. L'atto tipico di contraffazione si verifica nel momento in cui si appone su un prodotto un marchio identico o simile ad uno registrato per beni dello stesso genere174. Si può verificare inoltre nel caso in cui un bene riproduca un'opera protetta da copyright, elevandosi ad atto di pirateria o mediante la riproduzione di disegni o modelli.

Una definizione più specifica di cosa costituisce merce contraffatta la fornisce il Regolamento CE n. 1383 del Consiglio del 22 luglio 2003, di cui all'art. 2. Secondo il primo comma, lett. a), di suddetta norma, per merce contraffatta s'intende quella merce, compreso anche il suo imballaggio, sulla quale viene apposto illegalmente un marchio uguale ad uno correttamente registrato per lo stesso tipo di merce, violando quindi i diritti che la registrazione conferisce in capo al titolare. Costituisce inoltre contraffazione la situazione appena descritta anche nel caso in cui si verifichi per qualsiasi segno distintivo e per gli imballaggi, sui quali vi sono marche di merce contraffatta presentati separatamente.

Nella sentenza in oggetto la contraffazione concerne i marchi, nazionali e comunitari, e un modello comunitario.

La tutela contro la contraffazione del marchio tradizionalmente era volta ad impedire che venissero usati segni simili ad un marchio registrato, per prodotti dello stesso genere o di genere affine. L'obiettivo era preservare e mantenere la funzione principale del marchio, ovvero la funzione distintiva e di indicazione d'origine, tutelando sia l'attività d'impresa del produttore, sia il consumatore finale. A livello imprenditoriale infatti, le aziende i cui prodotti son contraffatti subiscono un danno d'immagine, in quanto il loro marchio può essere confuso con quello copiato dalla concorrenza. Non è l'azienda la sola ad essere vittima della contraffazione: anche il consumatore finale è un soggetto che subisce tale fenomeno poiché egli viene direttamente ingannato circa la provenienza di un certo prodotto, non premettendogli la distinzione tra la copia e l'originale175.

La tutela contro la contraffazione del marchio è prevista dalle norme che nel c.p.i. proteggono il titolare che ne ha ottenuto la registrazione da eventuali azioni da parte di terzi che possono violare i diritti di uso esclusivo acquisiti. Sostanzialmente tale illecito si configura nel momento in cui un segno identico o simile ad un marchio registrato anteriormente, viene adottato per beni identici o affini. In questa circostanza si può affermare che il segno costituisce contraffazione del marchio, ma solamente se si verificano determinati presupposti176.

Per prima cosa si richiede di effettuare un confronto tra il marchio ed il segno successivo al fine di verificarne il rischio di confusione; a tale raffronto si affianca la verifica circa la similarità tra i settori di appartenenza dei due prodotti o servizi. E' necessario che vi sia la presenza di entrambi i fattori che potenzialmente possono comportare il rischio di confusione. Come già affermato in tema di concorrenza sleale, la confondibilità tra i segni viene valutata facendo riferimento al consumatore medio e non ai singoli elementi, ma all'insieme di essi e l'impressione che suscitano. Deve essere un confronto non analitico, bensì sintetico in quanto il consumatore, nel momento in cui associa un segno ad un altro già esistente, lo fa basandosi sul ricordo del marchio che ha visto precedentemente. Essendo quindi un collegamento fondato sul ricordo, esso non sarà rivolto a particolari e dettagli del marchio, bensì ad aspetti che maggiormente lo avranno colpito. Il confronto si basa quindi su un'impressione generale.

Circa il settore merceologico di appartenenza dei due prodotti/servizi oggetto di contraffazione, il confronto poggia sull'affinità esistente tra i marchi: si valuta se il consumatore può ragionevolmente considerare i due prodotti provenienti dalla stessa impresa in quanto contrassegnati da marchi identici o simili177. Se si considera solo questo aspetto, significa che si guarda solamente alla tutela del marchio circa la sua funzione distintiva, ma sappiamo che, con il passare degli anni, esso ha ricevuto tutela anche per ciò che concerne il valore pubblicitario e i messaggi che veicola. Per questo motivo, il confronto tra i segni distintivi deve ampliarsi

considerando anche il rischio di confusione che si avrebbe circa questi valori aggiunti che egli ha acquisito.

Proseguendo, la contraffazione si configura in qualità di illecito avente natura reale, e non personale, come invece ha la concorrenza sleale. Infatti "l'azione di contraffazione del marchio d'impresa ha natura reale, e tutela il diritto assoluto all' uso esclusivo del segno come bene autonomo, sulla base del riscontro della confondibilità dei marchi, mentre prescinde dall'accertamento della effettiva confondibilità tra prodotti e delle concrete modalità di uso del segno, accertamento riservato, invece, al giudizio di concorrenza sleale"178. Nel momento in cui si accerta la presenza di contraffazione di un marchio, significa che è stato leso il diritto all'uso esclusivo dello stesso in capo al titolare, acquisito in seguito all'avvenuta registrazione. Data la natura reale di tale diritto, comporta una sua violazione qualsiasi atto che ne comporti l'uso in modo illegittimo, a prescindere dalla buona o mala fede, dal dolo o dalla colpa del soggetto lesivo.

In sede giudiziale, per decretare l'illecito di concorrenza sleale è necessaria la verifica in concreto della confondibilità tra i prodotti oggetto d'illecito disponendo degli esemplari degli stessi. Per contro invece, al fine di accertare la sussistenza di contraffazione, basta la presunzione della confondibilità tra il segno ed il marchio registrato anteriormente, senza la necessità di disporre fisicamente dei prodotti recanti confusione.

Per il verificarsi di entrambe le fattispecie è sufficiente anche la sola potenzialità del rischio di confusione; tuttavia diventa estremamente importante la sua effettiva prova nel caso in cui si chieda il risarcimento del danno. In altre parole, disporre concretamente dei prodotti che suscitano confusione è essenziale e fondamentale in caso di tutela risarcitoria poiché permette di appurare in modo più preciso e certo il rischio di confusione che il prodotto-copia suscita nei confronti di quello originale.

Esaminati i presupposti che distinguono la contraffazione dalla concorrenza sleale, è necessario ora individuare l'atto di contraffazione nel caso in esame.

Nel settore della moda tale fenomeno è molto frequente ed esso può essere relativo al marchio o al prodotto.

La contraffazione relativa al marchio è quella descritta precedentemente e riguarda appunto la riproduzione più o meno fedele di un marchio già noto al consumatore.

Con tale azione il concorrente intende richiamare alla mente dell'acquirente il marchio originale nel momento della scelta d'acquisto e sfruttarne la notorietà. In queste circostanze è possibile trovare prodotti recanti il marchio contraffatto preceduto da "falso d'autore" oppure "ispirato da" costituendo la cosiddetta contraffazione palesata180. Sostanzialmente sarebbe come ammettere che si è voluto riprodurre intenzionalmente quel tale marchio rinomato.

La seconda forma di contraffazione riguarda il prodotto, ovvero fattura e la conformazione di un bene contraddistinto da un marchio rinomato. E' proprio tale fattispecie di contraffazione che si ravvisa nella sentenza in esame. Solamente per il modello Lindy il Giudice ha decretato la sussistenza della contraffazione e si è limitato a tale decisione poiché non vi erano le prove necessarie per l'accusa di concorrenza sleale; non disponendo dell'esemplare in concreto della borsa, la verifica della confondibilità è avvenuta mediante la documentazione a sua disposizione.

Inoltre, essendo Lindy protetto in qualità di modello comunitario, il giudizio della confondibilità avviene in modo diverso rispetto a quello riservato ai marchi.

Come già spiegato nel primo capitolo, riassumendone gli elementi essenziali, la verifica della confondibilità tra due modelli avviene prendendo come riferimento l'impressione che quello successivo suscita nell'utilizzatore informato: essa deve essere una generale impressione di diversità, la quale emerge solamente in presenza di un modello successivamente prodotto con carattere individualizzante che lo distingue da quello con cui si presuppone la somiglianza. Durante la sentenza, le prove messe a disposizione del Tribunale erano documenti riproducenti il modello Lindy del marchio Hermès ed esse hanno permesso che potesse concludersi per un giudizio di contraffazione poiché l'impressione che risultava dal raffronto tra l'originale e la copia, era una generale impressione di somiglianza.

Per contro, l'accertamento di illecito per contraffazione circa le borse Birkin e Kelly avrebbe avuto luogo qualora i marchi nazionali e comunitari in loro protezione fossero stati ritenuti validi. La contraffazione in questo caso avrebbe riguardato non il marchio denominativo Hermès, bensì la forma che contraddistingue Kelly e Birkin.

Si tratterebbe dunque di contraffazione di prodotto, sfruttando la notorietà e la riconoscibilità che tali forme hanno presso il consumatore finale.

La contraffazione relativa al caso in esame rientra in quei nuovi fenomeni di contraffazione emersi nell'ultimo decennio in cui la tutela del marchio è prevista non solo con riguardo alla sua primaria funzione di indicazione d'origine e provenienza, bensì anche ai valori e ai messaggi che comunica.

Tra i nuovi fenomeni della contraffazione si citano per esempio: l'uso di marchi identici per prodotti appartenenti allo stesso genere, ma distribuiti mediante diversi canali distributivi in modo tale da evitare il rischio di confusione; l'uso di segni che richiamano un marchio già diffuso, ma senza indurre il consumatore a pensare sia prodotto dalla stessa impresa (es. la parodia); l'imitazione della confezione di un prodotto appartenente ad un marchio ben riconosciuto nel mercato (fenomeno del look alike181), la pedissequa riproduzione della forma del prodotto utilizzando, molto spesso, stampi che ne riproducono quella originale182.

Questi fenomeni possono essere contrastati e denunciati più che invocando la il rischio di confondibilità che essi generano, facendo riferimento alla natura parassitaria che possiedono e alla volontà di sfruttare indebitamente la notorietà dei marchi originali imitati. Tale affermazione vale anche quando oggetto dell'imitazione è la forma del prodotto in quanto anch'essa ha la capacità di assumere rilevanza in qualità di segno distintivo portatore di un preciso messaggio. Si ritiene che vi sia contraffazione della forma non solamente quando vi è confondibilità, ma anche quando si collega il prodotto copia a quello originale in quanto riproducente le caratteristiche più distintive e singolari183 di quest'ultimo.

3.7 Concorrenza sleale e contraffazione: confronto tra due fattispecie a tutela dei segni distintivi

La tutela prevista dal primo comma, art. 2598 c.c., riguarda in generale i segni distintivi e ci si chiede se essa possa affiancarsi alla tutela che già è prevista in fatto di marchi registrati, ditta e insegna nel c.p.i.. Si tratta sostanzialmente di stabilire se la contraffazione di tali segni distintivi, già disciplinata da altre norme nel c.p.i., possa considerarsi anche illecito di concorrenza sleale e quindi rientrare nella fattispecie di cui al primo comma dell'art. 2598184.

Dalla lettura di quest'ultimo, e precisamente mediante l'espressione che lo introduce, "Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi", si può supporre che vi sia un accostamento della tutela riservata ai segni distintivi a quella in merito ad atti di concorrenza sleale.

Oltre all'alternatività delle due tutele, ci si interroga su un possibile cumulo delle stesse, ovvero la loro compresenza in uno stesso illecito in materia di marchi. Una loro contemporanea applicazione, da un lato, risulterebbe superflua, poiché un segno distintivo che viene contraffatto è già ampiamente tutelato dalla normativa prevista nel c.p.i.186, rendendo inutile la tutela contro la concorrenza sleale. Per contro, la tutela prevista dall'art. 2598 c.c. prevede per l'azione di concorrenza sleale due provvedimenti che, invece, il c.p.i. non contempla: l'art. 2599 c.c. infatti considera l'implementazione di tutti gli atti volti ad eliminare gli effetti dell'illecito, mentre l'art. 2600 c.c. aggiunge la possibilità al titolare del diritto leso di ottenere il risarcimento dei danni.

La giurisprudenza è giunta alla conclusione che la cumulabilità tra le due tutele è ammessa: il titolare di un marchio, sia esso registrato o di fatto, ha la possibilità di agire contro il concorrente che ha leso i suoi diritti mediante un'azione di contraffazione, invocando quindi quanto predisposto dal c.p.i. sulla disciplina dei marchi e anche con un'azione di concorrenza sleale, qualora voglia ottenere il risarcimento dei danni. Tali azioni sono ammesse, come risulta ormai noto, qualora vi sia confondibilità tra il marchio del titolare ed il segno del concorrente.

Nel caso qui in esame, è il marchio di forma registrato il segno distintivo ad essere oggetto di concorrenza sleale, secondo quanto accusa la parte attrice.

Come risulta da quanto affermato nei paragrafi precedenti, i presupposti per la tutela contro la concorrenza sleale sono diversi rispetto a quelli riguardanti il marchio registrato; ogni qualvolta si verifica contraffazione di un marchio non è assolutamente detto che esso costituisca anche atto di concorrenza sleale.

Riassumendo brevemente quali sono le peculiarità delle due tutele in esame possiamo affermare che:

- la tutela riservata ai segni distintivi nella sezione marchi del c.p.i. ha natura reale, mentre quella che riserva l'azione di concorrenza sleale, sempre con riferimento ai segni distintivi, ha natura anche personale;

- in sede di giudizio è sufficiente la presunta confondibilità tra marchi al fine di godere della tutela contro la contraffazione, mentre è necessaria la concreta sussistenza e verifica del rischio di confusione per ravvisare illecito da concorrenza sleale;

- l'azione di contraffazione, diversamente da quella di concorrenza sleale, non necessita di un presupposto soggettivo per determinarne la sua repressione (dolo o colpa dell'agente);

- essendo due azioni diverse, esse possono essere cumulabili.

Con particolare riguardo al secondo punto del precedente elenco, si ritiene indispensabile chiarire che l'affermazione si riferisce al caso in cui si arrivi in sede di giudizio a causa dell'illecito da esse provocato. In caso di concorrenza sleale, in seguito ad una prova concreta della confondibilità mediante il confronto tra i prodotti oggetto dell'illecito; mentre, in caso di contraffazione, è sufficiente anche solo la presunzione del pericolo di confondibilità senza la necessità della verifica in concreto della stessa. Nel caso in cui si chieda il risarcimento dei danni per contraffazione o per concorrenza sleale è invece strettamente necessario che il danno stesso venga provato e che venga data dimostrazione dell'effettiva confondibilità che i prodotti generano fornendo al Giudice degli esemplari.

Affinché un atto sia qualificato alla stregua di illecito per concorrenza sleale, è necessaria la presenza di una confondibilità potenziale o in concreto, la quale, a sua volta, sussiste solo nel caso in cui il marchio sia usato e quindi noto al consumatore finale. Questo spiega come nel caso in cui vi sia contraffazione di un marchio registrato non usato, esso non costituisca un atto di concorrenza sleale.

Ancora, il rischio di confondibilità in materia di concorrenza sleale, oltre ad essere correlato all'ambito merceologico di appartenenza dei prodotti oggetto dell'illecito, è limitato anche dall'ambito territoriale in cui tale prodotto circola. Nel caso quindi vi sia contraffazione di un marchio registrato, ma non vi è il rischio di confusione con uno non registrato, a causa dell'uso limitato nel territorio, non vi è concorrenza sleale.

In aggiunta, la disciplina a tutela del marchio registrato vale per tutti i prodotti per i quali il titolare ha chiesto e ottenuto la registrazione, mentre, la tutela contro la concorrenza sleale ricorre solo quando i prodotti del marchio registrato sono affini a quelli del contraffattore e previo uso del marchio. La verifica dell'affinità tra i prodotti, in caso di concorrenza sleale, avviene con riguardo ai prodotti che i due soggetti coinvolti nella controversia effettivamente usano, a differenza invece che nel caso di contraffazione, in cui la verifica dell'affinità tra i prodotti oggetto della fattispecie avviene per tutti quelli per i quali il marchio è stato registrato, a prescindere dall'uso che ne fanno i soggetti coinvolti nell'illecito della contraffazione.

Alla luce di quanto appena descritto, si rileva che il rischio di confondibilità risulta elemento determinante circa la qualifica di un atto come illecito per concorrenza sleale. Non sempre quindi, in caso di contraffazione di un marchio registrato, sussiste anche atto di concorrenza sleale, poiché come appena esplicato, le circostanze che ne determinano la loro sussistenza si basano su differenti presupposti.

Concludendo, per il marchio registrato è possibile applicare la tutela prevista sia in caso di contraffazione, che altro non è che quanto previsto dal c.p.i. in caso di violazione dei diritti di esclusiva conferiti dalla registrazione stessa, sia quella, ex. Art. 2598 c.c., in caso si verifichi un atto di concorrenza sleale nei suoi confronti. E' necessario però valutare, caso per caso, se entrambe le fattispecie sussistono, verificando l'uso dei marchi, il rischio di confusione e l'affinità tra gli stessi. Per la constatazione della concorrenza sleale sono necessarie valutazioni più approfondite; queste sono supportate dalle prove a sostegno dell'illecito fornite dalle parti in sede di giudizio. E' per tale motivo che nel caso oggetto dell'elaborato, a causa della scarsità di prove, la sola accusa decretata è stata per contraffazione e non per concorrenza sleale.

3.8 La nozione di secondary meaning applicata al caso in esame: la riabilitazione dei marchi di forma

Nonostante i marchi di forma a tutela di Kelly e Birkin siano dotati di notevole capacità distintiva, il Giudice ne ha dichiarato la loro nullità. Le forme per le quali era stata richiesta la registrazione erano già ampiamente diffuse e, tale fatto, è stato sottolineato dalla convenuta difendendosi dall'accusa di concorrenza sleale. Questo provvedimento poteva essere evitato qualora Hermès avesse fornito prove concrete circa la capacità distintiva dei marchi a tutela di Kelly e Birkin, sia prima della loro registrazione, sia in seguito.

Si approfondisce, in questa parte del capitolo, il tema della riabilitazione del marchio: in seguito alla dichiarazione di nullità per mancanza di capacità distintiva, esso può riacquisirla mediante la sua diffusione e il suo uso. Tale fenomeno è identificato con

l'espressione secondary meaning (secondarizzazione). In particolare si tratterà della riabilitazione del marchio di forma.

Suddetta tutela è strettamente connessa a quella prevista per il marchio notorio. La logica sottostante è infatti analoga: sia nel caso dell'acquisto di capacità distintiva mediante secondarizzazione, che in quello di acquisto di notorietà di un marchio già dotato di capacità distintiva, il legislatore ha l'obiettivo di rafforzare la tutela del segno qualora egli sia in grado di evocare nella mente del consumatore un'immagine qualitativa del prodotto[91].

Nel primo caso infatti, come già ampiamente spiegato, si prevede la tutela extra-merceologica volta a proteggere gli investimenti sostenuti per rendere notorio il marchio, nel secondo invece si permette la riabilitazione di un segno in seguito alla capacità distintiva acquisita mediante l'uso e i costi pubblicitari, tutelando il nuovo significato e il valore rafforzato.

La nozione di secondary meaning era già diffusa prima dell'emanazione del decreto legislativo n. 480 del 1992, che rende esplicita l'introduzione della fattispecie nella normativa nazionale[92]; la definizione però si riferiva solamente al rafforzamento di un marchio debole, non prevedendovi invece la sanatoria di uno originariamente privo di capacità distintiva.

Successivamente invece, si è riconosciuto che un segno, in seguito ad una significativa penetrazione nel mercato grazie ad azioni di pubblicità e strategie di marketing, può acquistare la capacità distintiva che in origine non possedeva e la cui assenza ne impediva la registrazione. Trattasi del cosiddetto "fenomeno" del secondary meaning di cui al secondo comma, dell'art. 13 c.p.i. circa la capacità distintiva e di cui all'art. 47, secondo comma della Legge Marchi.

Oltre a tale ipotesi, la normativa nazionale prevede un'ulteriore declinazione del fenomeno del secondary meaning, secondo cui un marchio non può essere considerato nullo se con l'uso ha acquisito capacità distintiva prima della richiesta della sua nullità191[93]. Quanto appena detto, tutela contro la nullità quel marchio che abbia acquisito un proprio carattere distintivo anche in seguito alla registrazione, mediante l'uso dello stesso. La sentenza in esame rientra proprio in quest'ultimo caso: i marchi di proprietà di Hermès avevano già ottenuto registrazione nel momento in cui la convenuta ha avanzato la richiesta di nullità. Tuttavia, non vi è stata prova che confermasse l'effettiva acquisizione del carattere distintivo in seguito al loro uso.

Per eccepire il secondary meaning non è sufficiente dare prova mediante dati relativi ai costi pubblicitari o al volume di vendita. Non c'è infatti alcun nesso causale tra gli

[91] Trib. Venezia, 25 marzo 2013, n. 669, consultata in www.tribunale-imprese.com.

[92] G. SENA, Il nuovo diritto dei marchi. Il marchio nazionale e il marchio comunitario, Giuffrè, Milano, 2001, 48 e ss..

[93] Art. 13, comma 3, c.p.i.; art. 47 bis, L.M..

investimenti pubblicitari e il fatto che il marchio abbia acquisito capacità distintiva. Ciò che è fondamentale è che vi sia da parte del consumatore finale una percezione che quel marchio abbia acquisito un proprio significato, tale da permettergli di collegare il prodotto all'impresa produttrice. Al fine di soddisfare quest'ultima condizione, si ritengono utili, come prova, le indagini demoscopiche le quali rilevano direttamente il parere dei consumatori circa un determinato marchio[94].

Oltre a tale elemento, il Giudice può valutarne altri come, per esempio, la quota di mercato detenuta dal marchio, l'intensità, l'estensione geografica e la durata dell'uso dello stesso oppure l'entità degli investimenti effettuati dall'impresa per promuoverlo Sostanzialmente, tutti i mezzi probatori nominati nei paragrafi precedenti per provare la notorietà del marchio sono validi anche per il secondary meaning.

La riabilitazione del marchio per secondarizzazione ha efficacia ex nunc, ovvero dal momento in cui essa ha luogo. Non è possibile pretendere che la capacità distintiva di un marchio acquisita in un secondo momento abbia effetto retroattivo essendovi il rischio di entrare in conflitto con i diritti anteriori acquisiti da terzi.

Nel caso in esame si fa riferimento alla forma in qualità di segno distintivo ed è doveroso specificare che la tutela qui discussa è prevista per quelle forme che non sono nulle ai sensi dell'art. 9 c.p.i.: la fattispecie del secondary meaning riabilita un marchio di forma quanto alla sua capacità distintiva e non in merito gli altri requisiti che deve possedere ai fini dell'idoneità ad essere registrato come marchio.

Questo implica che solamente le forme idonee ad essere registrate possono essere, tutelate dalla normativa prevista per la secondarizzazione. Per citare un esempio, qualora una forma inizialmente fosse stata esclusa dalla tutela riservata ai marchi a causa del valore sostanziale che conferiva al prodotto, essa non può successivamente essere registrata qualora acquisisse capacità distintiva in seguito all'uso e agli investimenti pubblicitari che l'hanno promossa. L'istituto del secondary meaning non ha il ruolo di sanare un vizio che la forma presentava originariamente,pertanto la notorietà e la capacità distintiva acquisite non sarebbero elementi validi per ottenere protezione dalla disciplina dei marchi.

Qualora Hermès avesse dato prova dell'acquisto di capacità distintiva dei modelli Kelly e Birkin, comunque non avrebbe potuto impedire l'uso alla convenuta dei modelli ritenuti una loro copia a causa appunto dell'effetto non retroattivo della fattispecie in esame. I modelli di borse per i quali parte attrice ha richiesto la registrazione erano ormai già diffusi da anni e la stessa Laurence s.r.l. aveva dichiarato di produrli e di commercializzarli a partire da decine di anni prima.

[94] Trib. CE, 15 dicembre 2005, procedimento T-262/04, consultato in www.eur-lex.europa.eu.; Trib. Bari, 18 febbraio 2008, n. 5271, in Giur. ann. dir. ind. 2008; Trib. Torino, 17 agosto 2011, in Dir. ind., 2012, 37. In quest'ultima sentenza si ribadisce di come sia utile la prova che il segno abbia acquisito, presso il consumatore, un significato che faccia scattare il processo di associazione prodotto-impresa produttrice.

Sostanzialmente, le prove esaurienti di parte attrice in merito all'acquisto successivo di capacità distintiva avrebbero solamente evitato la nullità dei marchi di loro titolarità. Entrambe le parti avrebbero potuto continuare a commercializzare i modelli oggetto della sentenza, previo accertamento dell'assenza di atti illeciti ad opera della convenuta nei confronti della casa di moda francese. Hermès, infatti, avrebbe potuto impedirne la vendita in presenza di un atto concorrenziale scorretto di Laurence s.r.l..

3.8.1 Il mutamento del valore sostanziale del marchio di forma

Accade in molti casi che inizialmente le forme siano determinanti e fortemente influenti nelle scelte d'acquisto in quanto conferiscono valore sostanziale al prodotto[95]; questo fatto le esclude dalla registrazione come marchi di forma.

Può però succedere che, con il passare del tempo, tale valore diminuisca influendo sempre meno sul potenziale di vendita e lasciando il posto al carattere distintivo. Si ravvisa quindi un cambiamento della funzione della forma e del valore assunto dai prodotti nel mercato, quasi come se il valore sostanziale avesse carattere recessivo, consentendo al segno di essere tutelato contro l'imitazione. Così affermando, l'impedimento alla registrazione di cui all'art. 9 c.p.i. circa il valore sostanziale della forma potrebbe presentarsi nel momento iniziale di diffusione del segno, con la probabilità di annullarsi una volta il segno si sia diffuso.

Quanto appena affermato sembra contraddire ciò che è stato esplicato nel paragrafo del secondary meaning in merito alla sua applicazione ai marchi di forma.

Se è vero che tale fattispecie non rimedia ai vizi in origine connessi alla forma, è altrettanto plausibile che talvolta si conceda la registrazione come marchio di forma nonostante all'inizio il segno conferisse valore sostanziale al prodotto; questo, se al momento della domanda la forma attrae il pubblico in modo prevalente non in quanto forma, ma in quanto segno distintivo.

Siffatto argomento è stato oggetto di discussione198 e vi sono pareri discordanti circa il divieto di registrare forme dotate di capacità distintiva, ma originariamente conferenti valore sostanziale al prodotto[96]

Da queste considerazioni emerge che vi è un sottile confine tra la forma che conferisce valore sostanziale e quella invece dotata di capacità distintiva. E' importante sottolineare che quest'ultimo requisito è tale da essere considerato elemento indipendente dal prodotto stesso, con la possibilità di essere separato da

[95] M. BOGNI, Il design: registrazione e tutela di fatto dei diversi valori delle forme, 22 ottobre 2010,

[96] Per ulteriori approfondimenti si veda: C. GALLI, Segni distintivi ed industria culturale, in Aida, 1997. L'autore sottolinea come l'impedimento di cui all'art. 9 c.p.i. circa la registrazione di un segno come marchio di forma qualora conferisca valore sostanziale al prodotti si possa escludere nei casi in cui tale valore sostanziale decresca a favore della capacità distintiva. Nei casi in cui la forma abbia acquisito mediante campagne pubblicitarie un plus conoscitivo che la rende attrattiva non per la sua configurazione, ma in qualità di segno distintivo, allora l'impedimento alla registrazione appena enunciato potrebbe essere evitato.

esso. La funzione distintiva di un marchio di forma può coincidere con quella comunicativa, ovvero con la capacità di incidere sul valore commerciale del prodotto in base alle informazioni che comunica. E' l'insieme di tutto ciò che la forma comunica che la eleva a elemento separabile dal prodotto e la rende quindi idonea ad essere registrata in qualità di marchio. Il marchio di forma sostanzialmente deve andare oltre all'essenza di semplice contenitore o involucro, elevandosi a portatore di informazioni e messaggi.

Per contro, una forma che conferisce valore sostanziale al prodotto comporta che il valore attrattivo dello stesso dipenda esclusivamente ed unicamente dalla forma, 198 Corte Giust. CE, 20 settembre 2007, procedimento C-371/06, consultato in www.curia.europa.eu.. In siffatta sentenza la Corte ha espresso la sua opinione in merito alla possibilità di registrare come marchio una forma che con il passare del tempo non conferisce più valore sostanziale al prodotto, bensì lo dota di capacità distintiva. In questo caso rifiuta tale posizione sostenendo che questo divieto non può essere aggirato nonostante la forma, al momento della registrazione, fosse attrattiva in modo prevalente o interamente grazie alla sua notorietà come segno distintivo. senza includere altri fattori al di fuori di essa. In quest'ultimo caso la scelta d'acquisto è influenzata dell'attrattività che la forma conferisce al prodotto, mentre nel caso della capacità distintiva il consumatore è portato a optare per un bene piuttosto che per un altro non in quanto attirato dalla conformazione dello stesso, bensì perché a tale forma sono connessi messaggi e valori trasmessi dall'impresa produttrice.

Nel mondo della moda è ancora più difficile stabilire quando è il valore sostanziale ad influire prevalentemente sulla scelta d'acquisto e quando invece è l'insieme dei messaggi che la forma, appartenente ad un determinato marchio, comunica ai consumatori. Tale difficoltà è dovuta al dinamismo ed al frequente cambiamento del modo di percepire i valori dei prodotti da parte dei consumatori che, a sua volta, dipende dalle strategie di comunicazione adottate dalle imprese.

Per di più, proprio in questo settore, il prodotto che resiste maggiormente nel tempo è quello in cui le ragioni d'acquisto legate al messaggio distintivo che esso comunica si sostituiscono a quelle iniziali legate più alla forma; queste ultime, nel prodotto di moda, con il passare del tempo si affievoliscono lasciando spazio ai valori che il marchio comunica, considerando quindi la forma in qualità di segno distintivo.

Quanto appena rilevato acquista particolare significato proprio con riferimento ai modelli di borse sopra citati. Ad avviso di chi scrive, Kelly e Birkin sono dotate di capacità distintiva, pertanto, in tale ottica, la scelta d'acquisto è influenzata non tanto dalla forma dei modelli che risulta essere esteticamente attrattiva, ma dal fatto che il marchio Hermès nel mondo della moda è immagine di eleganza e di lusso.

Entrambe hanno ottenuto l'idoneità alla registrazione, sia nazionale che comunitaria, e questo dimostra come i segni non contrastassero con le rispettive

normative in merito ai marchi di forma[97]. Ciò non toglie però che inizialmente, nel momento della loro diffusione, tali forme fossero tali da conferire valore sostanziale alla borsa.

Si può infatti ragionevolmente presupporre che sia la forma Birkin che Kelly, al momento della loro entrata nel mercato, fossero dotate di valore sostanziale, ma che, con il passare dei decenni, tali marchi di forma abbiano pian piano acquisito un valore distintivo diventando portatrici dei valori del colosso del lusso Hermès.

A supporto di queste considerazioni vi sono ulteriori sentenze, oltre a quella qui in commento, in cui i suddetti marchi sono stati oggetto d'imitazione da parte di un terzo.

Si citano in particolare le sentenze del Tribunale di Milano del 14 e 17 luglio 2006, in cui Hermès ha citato per contraffazione la società Sirena s.r.l.. In suddetta occasione il Giudice dichiarava che il marchio composto dalla lettera H, nelle due varianti registrate203, era stato oggetto di illecito di imitazione servile, constatandone appunto la riproduzione pedissequa ad opera della convenuta204. In questa sentenza emerge come il marchio originale goda di notevole capacità distintiva e come la rappresentazione della lettera H contraddistingua il prodotto in modo non indifferente: trattasi infatti della rappresentazione di una semplice lettera dell'alfabeto in un contesto diverso ed utilizzata in modo innovativo. Il consumatore, alla vista del marchio in questione, ne riconosce l'impresa di produzione.

Quanto appena affermato dovrebbe togliere tutti i dubbi circa la validità dei suddetti marchi: la loro notevole capacità distintiva, a prescindere dalla dimostrazione della notorietà del marchio Hermès e da qualsiasi altra prova circa il rafforzamento di tale rinomanza, ad avviso di chi scrive, li rende idonei alla registrazione e quindi tutelabili contro l'imitazione da parte di terzi.

Le borse inoltre portano ancora il nome che originariamente la maison aveva loro attribuito ispirandosi a due personaggi celebri e nel momento in cui si sentono tali nomi, ancora si ricollega il prodotto alla casa di moda francese ed immediatamente alla forma che esse possiedono (essendo essa caratterizzante).

In questi termini la Corte d'Appello milanese ha sottolineato come i due modelli di borse siano dotati di una grande capacità distintiva, sia per il nome che portano, sia per la particolare conformazione di cui sono dotate.

Le caratteristiche esteriori delle borse in questione non sono ritenute generalizzate, bensì distintive del prodotto ed è proprio tale elemento che permette alla titolare del marchio di invocare il divieto di imitazione servile degli stessi.

[97] 2008, in Dir. ind., 2008, 332. In quest'ultima sentenza il Tribunale ribadisce l'ambito di applicazione dell'art. 9 c.p.i.: una forma dotata di valore estetico autonomo e di conseguenza di maggior attrattività verso il consumatore, non può essere registrata come marchio di forma poiché assicurerebbe un vantaggio competitivo non indifferente all'impresa produttrice.

Tornando alla sentenza in commento, le informazioni appena fornite avrebbero potuto essere utilizzate come mezzo probatorio da parte attrice, a dimostrazione della capacità distintiva dei modelli Kelly e Birkin. Le pronunce antecedenti da parte di autorità giudiziarie costituiscono una fonte attendibile e rilevante nei casi in cui sia richiesto di provare che il marchio abbia nel tempo acquisito capacità distintiva o che ne fosse dotato in quel momento.

I marchi che il Tribunale di Torino ha dichiarato nulli, avevano ottenuto la registrazione in date anteriori rispetto alle due sentenze di nullità, pertanto si potrebbe essere portati a dedurre che essi erano perfettamente idonei alla registrazione. Purtroppo però gli Uffici di competenza, UAMI e UIBM, possono sempre incorrere in errori e pertanto la validità iniziale dei marchi a tutela di Birkin e Kelly non può essere utilizzata come elemento a dimostrazione della loro capacità distintiva.

Molte volte è difficile stabilire un equilibrio tra il valore sostanziale di un marchio di forma e la capacità distintiva poiché possono esservi dei casi in cui il pregio estetico che la forma di un marchio conferisce al prodotto non lo escluda dalla tutela riservata ai marchi.

Stando a quanto dispone l'art. 9 c.p.i., una forma dotata di valore estetico autonomo e di conseguenza di maggior attrattività per il consumatore, non può essere registrata come marchio di forma poiché ciò assicurerebbe un vantaggio competitivo non indifferente all'impresa produttrice.

Tuttavia è successo che nel caso della registrazione di un marchio per occhiali, composto da strass o da lettere metalliche esteticamente accattivanti, la registrazione della forma non sia stato considerata una violazione dell'art. 9 c.p.i.. il Tribunale ha infatti ritenuto che nella scelta d'acquisto di un occhiale l'elemento genericamente di prima valutazione è la forma dell'occhiale e non l'apposizione del marchio sullo stesso. Stando a questo ragionamento, la rappresentazione del marchio sull'occhiale non è l'elemento che determina la scelta dell'acquirente, pertanto la sua modalità decorativa non conferirebbe valore sostanziale al prodotto208.

Il Tribunale, in siffatta occasione, ha ravvisato l'esistenza di forme di valore estetico che non conferiscono valore sostanziale al prodotto e questo dipende dalla tipologia del bene stesso e dalle modalità di apprezzamento da parte del consumatore. Siffatta distinzione si basa però su criteri scarsamente oggettivi e ci si interroga circa la sua idoneità nella distinzione tra forme registrabili come marchio e forme invece registrabili in qualità di modelli o disegni (ovvero quelle forme dotate di valore ornamentale).

Concludendo, in questo paragrafo si è voluto sottolineare come molte volte è necessario "contestualizzare" la normativa al fine assicurarne la miglior applicazione.

3.9 Il marchio che gode di notorietà

Come già ampiamente spiegato nel primo capitolo, i marchi dotati di notorietà godono della cosiddetta tutela extra-merceologica, la quale opera oltre al rischio di confondibilità. I marchi di proprietà di Hermès sono certamente marchi celebri, ma il Giudice ha comunque ritenuto che essi fossero privi di capacità distintiva, accogliendo così l'azione di nullità di parte convenuta.

Come risulta dai precedenti paragrafi, i marchi di parte attrice avrebbero potuto essere riabilitati. La prova dell'acquisto di notorietà nel tempo dei marchi di forma fornita in seguito alla loro riabilitazione, avrebbe comportato un rafforzamento della capacità distintiva dei marchi stessi. La fattispecie della notorietà non limita la protezione del marchio all'uso di segni successivi identici o affini a quello notorio, ma la estende a quelli che contraddistinguono prodotti non affini. La tutela conferita al marchio che gode di rinomanza si basa su condizioni diverse rispetto a quella tradizionale, la quale ha la finalità di tutelare il marchio contro il rischio di confondibilità. Infatti, il pregiudizio alla rinomanza del marchio sussiste anche qualora non vi sia rischio di confusione tra il segno successivo ed il marchio anteriore; questo significa che basta solamente vi sia un danno all'immagine o uno sfruttamento indebito della stessa o ancora un suo uso illegittimo per considerare minata la notorietà del marchio Ciò che si deve dimostrare non è quindi il rischio di confusione, ma l'esistenza di un collegamento tra il marchio notorio e il segno dovuto ad una loro somiglianza. Stando al Reg. n. 40/94 sul marchio comunitario, quinto comma, art. 8, ci si riferisce alla fattispecie in esame mediante l'espressione marchio che gode di notorietà; nella normativa nazionale si usa invece l'espressione marchio che gode di rinomanza. Nei paragrafi seguenti si utilizzeranno indistintamente entrambe le espressioni, considerandole equivalenti. In dottrina, tuttavia, esse hanno suscitato divergenze interpretative.

122 3.9.1 **Ampiezza della notorietà** La nozione di notorietà include diversi fattori che la caratterizzano e vi sono precisi strumenti che possono essere utilizzati a prova della stessa. La natura e l'ampiezza della notorietà non trovano una specifica definizione nel Regolamento n. 40/94 sui marchi comunitari e nemmeno nel c.p.i.. In questo paragrafo, l'ampiezza della notorietà sarà definita attraverso i seguenti elementi: - grado di conoscenza del marchio; - pubblico di riferimento; - territorio di riferimento.

Stando all'orientamento della Corte, un marchio può considerarsi notorio nel momento in cui è conosciuto da una parte significativa dei consumatori di riferimento. Tale affermazione si riferisce ad un certo grado di conoscenza che determina una soglia al di sotto della quale non vi è notorietà. Il grado di conoscenza per definire se un marchio è notorio o meno non è lo stesso in tutti i settori merceologici e, inoltre, deve essere contemplato assieme ad altri fattori caso per caso, quali per esempio il territorio in cui esso è diffuso, le strategie pubblicitarie che lo promuovono oppure dati relativi al volume di vendita dei prodotti ad esso

annessi. Come vedremo in seguito, la notorietà del marchio si differenzia dalla fattispecie del secondary meaning proprio per la soglia stabilita dal grado di conoscenza. Infatti, nel caso in cui un segno acquisti una maggior capacità distintiva, non vi sono limiti da oltrepassare per godere della tutela che la secondarizzazione prevede. Si può affermare quindi che il grado di conoscenza è la linea di demarcazione tra la tutela concessa dalla notorietà e quella invece dal secondary meaning. In quest'ultimo caso, qualsiasi elemento che abbia contribuito ad accrescere il carattere distintivo del segno, presso il pubblico di riferimento, viene preso in considerazione a prescindere dal fatto che raggiunga un certo limite; nel caso della notorietà invece, la tutela ampliata viene concessa solamente se il grado di conoscenza supera una certa soglia.

La notorietà e la secondarizzazione sono accomunate però da un aspetto: la loro presenza viene valutata in base alla conoscenza presso il pubblico di riferimento. Circa il marchio notorio, il pubblico di riferimento è quello composto dall'insieme dei consumatori interessati al marchio, sia esso composto da numerosi individui o da una cerchia ristretta. La dimensione del pubblico varia in base al prodotto che il marchio contraddistingue, ovvero dipende dal fatto che si tratti di un bene di largo consumo o meno; nel primo caso infatti i consumatori di riferimento saranno in numero maggiore rispetto a quelli ai quali è destinato un prodotto di nicchia, composto da un pubblico più specializzato. E' fondamentale sottolineare che la dimensione ristretta del pubblico di riferimento non è in nessun caso un elemento che porta ad escludere la notorietà di un marchio, in quanto la soglia di conoscenza si misura non in termini assoluti, ma in proporzione alle dimensioni del pubblico stesso. Oltre al grado di conoscenza e al pubblico di riferimento, l'ampiezza della notorietà dipende anche dall'estensione territoriale del marchio registrato. Qualora si tratti di un marchio nazionale, il territorio di riferimento è lo Stato in cui tale registrazione è avvenuta, mentre esso coincide con i paesi membri della Comunità Europea (o alcuni dei Paesi) se si considera un marchio comunitario.

Si ritiene che il marchio abbia acquisito una notorietà in una parte sostanziale e consistente del territorio in cui esso è stato registrato[98].

***3.9.2* Valutazione della notorietà**: onere probatorio, variabili e strumenti L'onere probatorio della notorietà spetta a colui che rivendica i diritti annessi alla tutela extra-merceologica del marchio in suo possesso, qualora siano violati da parte di un terzo che usa un segno identico o affine e ne trae indebitamente vantaggio. Nel momento in cui il titolare deposita la relativa domanda di opposizione, il marchio deve concretamente godere di rinomanza, previa infondatezza della domanda stessa. Il Tribunale è tenuto ad esaminare solamente le prove che le parti forniscono; non è

[98] Cfr. Corte Giust., 14 settembre 1999, procedimento C-375/97, consultato in www.oami.europa.eu. In suddetta sentenza non si fornisce una precisa nozione di parte sostanziale; tuttavia, al fine di stabilire se il riferimento territoriale è consistente, a fini probatori della notorietà del marchio, bisogna far riferimento anche alla dimensione dello stesso territorio e della popolazione complessiva che vi abita.

infatti tenuto a valutare elementi pervenuti in ritardo o non pervenuti affatto. Le uniche eccezioni vi sono nel momento in cui fatti universalmente conosciuti possono essere considerati delle prove grazie alla loro natura, nonostante non siano presentati in sede di giudizio. Ad esclusione di quest'ultima situazione in tutte le altre si deve devono dimostrare che il marchio gode di notorietà mediante prove concrete e portate dalle parti. La valutazione delle prove deve avvenire mediante una ponderazione globale, contemplando le singole informazioni del caso concreto, congiuntamente con tutte le altre che sono messe a disposizione del Giudice. Se un dato è confermato da una pluralità di fonti, allora esso sarà considerato più attendibile rispetto a uno presentato mediante una singola fonte. Allo stesso modo, se le prove provengono da fonti autorevoli o consistono in dati ufficiali verificati, vi è una maggior attendibilità rispetto a quelle, per esempio, ottenute mediante sondaggi od opinioni. Il Giudice, nel momento in cui esamina tutte le prove messe a sua disposizione, deve compiere un'attenta analisi delle stesse. Proseguendo nella descrizione degli elementi valutativi, uno tra quelli più rilevanti consiste nella conoscenza del marchio. Tale criterio è di difficile definizione quantitativa poiché non è possibile stabilire in modo agevole una determinata soglia percentuale di pubblico che deve conoscere il marchio in questione, oltre la quale vi è notorietà dello stesso. Tuttavia, i dati statistici che un'impresa possiede a riguardo non è detto che non possano essere presi in considerazione nonostante la Corte talvolta li abbia esclusi a causa della loro limitata rilevanza. Informazioni relative alla percentuale di conoscenza del marchio possono essere utili, previa attendibilità della fonte, per verificare se è sufficientemente noto a fini applicativi dell'art. 8, comma 5 del Reg. 40/94.

La percentuale di conoscenza del marchio può essere alta o bassa; nel primo caso è molto probabile che egli goda di notorietà, ma non è possibile basare la valutazione solo su questo dato poiché non vi è una soglia definita alla quale fare riferimento. Si può solamente affermare che, valutati altri elementi, questo può essere considerato come una sorta di conferma o meno della rinomanza del marchio. La quota di mercato è il secondo elemento preso in considerazione a fini valutativi della notorietà. Essa rappresenta la percentuale delle vendite totali realizzate dal marchio nel settore merceologico di riferimento. Qualora il marchio comprenda una vasta tipologia di prodotti appartenenti a diversi settori, la quota di mercato dovrà riguardare il marchio in ogni settore. Contestualizzando quanto appena detto, nel caso in esame dovrebbe prendersi in considerazione la quota di mercato del marchio Hermès relativa al settore di appartenenza delle borse, ovvero quello della pelletteria [99]. In quest'ultimo rientrano numerosi altri prodotti, quali abbigliamento,

[99] 220 Cfr. Hermès fait nettement mieux que ses pairs au T3, 6 novembre 2013, consultato in www.lesechos.fr. Stando agli ultimi dati forniti dal giornale economico-finanziario più diffuso in Francia, Les Echos, il colosso del lusso Hermès, nel terzo trimestre 2013 ha dichiarato un fatturato pari a 895,5 milioni di euro. Comparando la crescita di Hermès con il gruppo LVMH, la sua performance è stata decisamente migliore. Tra i prodotti che hanno realizzato il maggior numero di vendite sono state proprio la borsa Birkin e i carrés di seta. Nel settore moda le vendite sono aumentate del 18,9%, in quello della seta del 12,7%, mentre nel settore della bigiotteria e dei prodotti della casa del 34%.

articoli da profumeria, bigiotteria e prodotti per l'arredamento, ma la posizione del marchio che interessa in questa sede è quella relativa alle borse. La quota di mercato, se elevata, lascia presupporre che il marchio goda di una certa notorietà, mentre se bassa si potrebbe pensare il contrario. Tuttavia non è sempre corretto tale ragionamento, poiché non è detto che un marchio con una bassa quota di mercato non goda di notorietà: può essere che le vendite non siano così elevate, ma che invece esso sia comunque conosciuto da una significativa percentuale di consumatori. Ciò significa che ogni fattore non deve essere preso in considerazione in modo totalmente isolato dagli altri, ma vi deve essere una contemporanea valutazione al fine di delineare l'ampiezza della notorietà il più fedele possibile alla realtà dei fatti. Un terzo elemento da considerare è l'intensità dell'uso del marchio, dimostrata mediante il volume delle vendite e il fatturato su base annua.

Suddetta variabile deve essere analizzata ponderando le dimensioni del mercato di riferimento, la tipologia di prodotto che contraddistingue in base alla durata dello stesso e se si tratta di un bene di largo consumo o meno. Questi ultimi elementi influenzano direttamente il volume delle vendite del prodotto, determinando quindi un'intensità d'uso più o meno elevata. In merito al caso in esame, le borse che Hermès mette in circolazione nel mercato hanno un prezzo elevato e per tal motivo appartengono alla categoria dei beni di lusso. Il fatturato incassato in termini monetari corrisponderà quindi ad un importo elevato. Il volume di vendita (totale dei pezzi venduti in un anno) di Kelly e Birkin potrebbe risultare inferiore rispetto a quello di altri marchi meno costosi, proprio in quanto il loro prezzo è alto e vi sono un numero inferiore di soggetti disposti all'acquisto. Ciò non significa tuttavia che un marchio con un volume di vendita non elevato non goda di rinomanza; per tal motivo è necessario integrare l'intensità d'uso nella valutazione della notorietà con ulteriori elementi, tra i quali anche quelli precedentemente descritti. Un ulteriore fattore determinante per la notorietà del marchio è la durata dell'uso: se un marchio è presente nel mercato da tempo è probabile che esso sia dotato di rinomanza in maggior misura rispetto ad un marchio che, invece, è stato diffuso da poco nel mercato. Questo in quanto più consumatori hanno avuto la possibilità di venire a contatto con esso ed eventualmente di utilizzarlo. La durata dell'uso non si calcola necessariamente a partire dalla data di registrazione del marchio, in quanto potrebbe essere stato usato antecedentemente (marchio di fatto), oppure potrebbe venire usato in un momento successivo alla registrazione. Ciò che conta a fini probatori della notorietà è che il marchio sia effettivamente usato anteriormente al deposito della domanda convenzionale avanzata dal titolare in caso di violazione di diritti di esclusiva ad opera di un terzo. Le attività promozionali costituiscono un ulteriore elemento rilevante per la notorietà del marchio[100]. La loro intensità, durata e la

[100] 221 Trib. di primo Grado CE, 6 febbraio 2007, procedimento T-477/04, consultato in www.oami.europa.eu. In siffatta sentenza il Tribunale sottolinea come le prove fornite dalla società titolare del marchio TDK a supporto e dimostrazione della notorietà dello stesso, fossero state rilevanti e determinanti. Esse consistevano nella sponsorizzazione di importanti eventi, musicali e sportivi, per un lungo periodo di tempo i quali avevano portato a

tipologia degli strumenti utilizzati sono variabili che contribuiscono a determinare se un marchio gode di rinomanza o meno. E' necessaria una loro contemporanea valutazione al fine di giudicare se esse hanno avuto un ruolo rilevante. Poiché ogni caso è a sé stante, è importante considerare qualsiasi elemento risulti direttamente rilevante per provare che il marchio gode di rinomanza. Nelle diverse situazioni ogni fattore può assumere un diverso peso, diventando marginale in un caso, oppure fondamentale in un altro. Ciò che conta è che ogni fattore sia valutato inserendolo nel contesto della vicenda a cui appartiene. Per dimostrare la notorietà e concretizzare gli elementi appena descritti, il titolare del marchio notorio deve utilizzare mezzi idonei probatori. L'interesse risiede nella volontà di porre fine al vantaggio indebito che il terzo ha tratto mediante l'uso di un segno identico o simile per prodotti affini o non. Lo sfruttamento della notorietà altrui è un fenomeno molto frequente nel mondo della moda e porta allo sviamento della clientela dal prodotto originale a quello copia, generando confusione presso i consumatori e accreditando, senza merito, pregi nei confronti dei prodotti simili agli originali realizzati da terzi222. Tra i mezzi probatori a disposizione del titolare del marchio notorio rientrano: certificati e premi, sondaggi d'opinione, precedenti decisioni di autorità giudiziarie a conferma della notorietà, articoli di stampa in riviste specializzate, indagini di mercato, revisioni contabili, fatture, materiale pubblicitario e promozionale. Oltre a questi ve ne sono molti altri; il titolare del marchio può infatti avvalersi di qualsiasi mezzo probatorio di cui all'art. 76 del Reg. n. 40 del 1994, purché idoneo a dimostrare la notorietà del marchio. E' importante che per ogni mezzo probatorio la fonte sia attendibile, pertanto essa va verificata al fine di considerare veritieri i dati e le informazioni fornite. Inoltre, più le prove sono diversificate, più materiale il Tribunale ha a disposizione per accertare la presenza della notorietà.

3.9.3 Prove a favore della notorietà dei marchi di forma per Kelly e Birkin

La notorietà, alla luce delle precedenti considerazioni e se adeguatamente provata, poteva costituire per parte attrice un valido elemento di supporto alla capacità distintiva dei marchi oggetto della sentenza di nullità. Come già affermato, prima di suddetta dimostrazione è necessario che i marchi siano riabilitati; solo in seguito quindi ogni prova che supporti la loro effettiva capacità distintiva costituisce una conferma alla legittimità della loro riabilitazione.

Il riferimento alla notorietà, in questo caso, riguarda la forma, in quanto è la conformazione delle borse ad essere stata imitata. Sostanzialmente ci si riferisce al fatto che non vi è stata un'esplicita imitazione del nome Hermès, ma imitando la forma delle borse che esso contraddistingue, vi è comunque un agganciamento alla notorietà che tale marchio ha assunto con il passare del tempo.

conoscenza il marchio presso un vasto numero di persone. Con questo si sottolinea la rilevanza delle attività pubblicitarie in un caso specifico di dimostrazione della notorietà del marchio.

Le prove più rilevanti che parte attrice avrebbe potuto fornire sarebbero state quelle in merito alle rispettive forme delle borse Kelly e Birkin, i cui marchi sono stati dichiarati nulli; ciò non toglie che altre informazioni a dimostrazione della notorietà del logo Hermès sarebbero state di supporto e di rafforzamento alle prime. In questo paragrafo si prova ad elencare alcune delle prove che parte attrice avrebbe potuto presentare durante lo svolgimento del caso.

La rinomanza di Kelly e Birkin è legata alle due personalità alle quali le borse sono state dedicate, ovvero la principessa monegasca Grace Kelly e la cantante Jane Birkin. L'adozione e l'uso di un accessorio da parte di personaggi famosi espone maggiormente il prodotto alla vista ed alla conoscenza dei consumatori, incuriosendoli ed accrescendo il valore del prodotto stesso. Il grado di conoscenza dei suddetti modelli probabilmente è aumentato nel tempo ed esso avrebbe dovuto essere concretamente provato da sondaggi d'opinione ed indagini di mercato dalla provenienza attendibile. Tali fatti risalgono agli anni Cinquanta per quanto riguarda il mito della Kelly, mentre agli anni Ottanta per la Birkin; potevano essere validi elementi a fini probatori della notorietà dei modelli.

Questo fattore può essere valutato unitamente al fatturato e il volume delle vendite delle rispettive borse, sia in ambito nazionale, ma anche a livello internazionale (intensità dell'uso del marchio). Dati relativi ai volumi di vendita del settore pelletteria provenienti dai bilanci delle società sembrano avere un peso rilevante nella valutazione della rinomanza delle borse in questione, come del resto quelli relativi alle performance del marchio Hermès nei vari settori merceologici[101].

Per quanto riguarda la durata dell'uso del marchio, non sono rilevanti solo i dati successivi alla registrazione dei marchi stessi. In altre parole, la notorietà è indipendente dalla data di registrazione in quanto il marchio può aver raggiunto un certo grado di conoscenza anche in periodi antecedenti. Questa circostanza riguarda proprio il marchio Hermès. E per questo è importante valutare l'andamento dell'impresa a partire dal momento della sua nascita. La storia del celebre marchio francese inizia nel 1837 e fino ad oggi le sue performance sono state sempre in continua crescita. In presenza di un marchio la cui tradizione e valori perdurano con il passare dei decenni, le prove a dimostrazione della sua notorietà con maggiore probabilità sono considerate veritiere ed attendibili.

Inoltre, come descritto nel capitolo primo, la casa di moda francese aveva già un passato in cui si distingueva per l'eccellente qualità e professionalità nella

[101] Cfr. Un 2012 eccezionale per Hermès. Ricavi a +22%, 12 febbraio 2013, in Finanza & bilanci, consultato in www.pambianconews.com. Il colosso del lusso Hermès ha realizzato nel 2012 un fatturato pari a 3,48 miliardi di euro, registrando una crescita del 22,6 %. Tali dati fanno riferimento ad un periodo successivo allo svolgimento della sentenza; come spiegato nel paragrafo precedente, è importante che il marchio goda di notorietà nel momento in cui si avanza la relativa domanda, pertanto sono estremamente utili dati relativi a quel periodo e anche alle performance degli anni precedenti.

produzione di borse. La haute à courroie è infatti il modello precursore di quello che noi tutti oggi conosciamo con il nome Kelly.

I marchi che nel 2007 sono stati registrati a tutela di Kelly e Birkin, riguardano forme di borse che erano già in uso molti anni prima e che la stessa casa di moda francese produceva. Tali marchi di forma sono infatti stati diffusi prima che la loro registrazione avvenisse e, pertanto, è molto probabile che essi fossero già conosciuti nel momento in cui è stata richiesta una loro protezione.

Tutte le prove che ipoteticamente parte attrice avrebbe potuto fornire, dovevano riguardare dati ed informazioni provenienti dal territorio per cui opera e ne effettua la loro registrazione. In altre parole, essendo marchi sia nazionali che comunitari, si doveva dimostrare che la notorietà era diffusa in gran parte del territorio nazionale e comunitario.

Il Giudice formula il giudizio su quanto concretamente provato. Nel caso in esame, avendo a disposizione solamente rassegne stampa, i mezzi probatori sono stati ritenuti insufficienti per dimostrare la secondarizzazione e, analogamente, sarebbero stati insufficienti anche per dimostrarne la notorietà.

Conclusione

Il principale obiettivo del presente elaborato è quello di fornire un esempio di uno dei tanti casi di contraffazione che caratterizzano il mondo della moda e, in particolar modo, quello dei marchi celebri. Dalla lettura dello stesso si possono dedurre numerose considerazioni.

Le riflessioni proposte nel terzo capitolo permettono di andare oltre il decreto del Tribunale, il quale comporta la soccombenza di entrambe le parti protagoniste. Nonostante il parziale accoglimento delle accuse di Hermès e nonostante siano stati dichiarati nulli i marchi a protezione dei noti modelli di borse Kelly e Birkin, si ritiene che tale decisione non comporti particolare sconvolgimento per quanto riguarda la reputazione e la notorietà di tali modelli. E' sicuramente una conseguenza negativa la perdita della titolarità di marchi registrati, ma questo, per Hermès, non comporta un danno alla sua immagine, data la pluridecennale produzione nel mondo della moda in forza dei messaggi di eleganza, attenzione al dettaglio e alla qualità che la società trasmette.

Soffermando l'attenzione nelle considerazioni svolte nel terzo capitolo del presente lavoro, il tema centrale è la riproduzione illecita di prodotti di lusso dotati di notorietà, altrimenti detto la contraffazione.

Qualsiasi riproduzione illegittima di un marchio o di un prodotto costituisce atto di contraffazione, sia essa qualificabile alla stregua di imitazione servile, di appropriazione di pregi o di agganciamento parassitario alla notorietà altrui. La definizione in separata sede della contraffazione è volta solamente ad evidenziare quali sono i diversi presupposti di base rispetto alla fattispecie della concorrenza

sleale; questo al fine di spiegare le motivazioni che hanno indotto il Tribunale di Torino a sanzionare un comportamento per contraffazione piuttosto che per concorrenza sleale.

La proposta d'analisi ipotizzata nel corso del capitolo permette di evidenziare quegli aspetti del caso, quali la contraffazione e le varie declinazioni di atti di concorrenza sleale, che non sono stati presi in considerazione per la mancanza di concrete prove di parte attrice. Gli elementi chiave che avrebbero modificato l'esito della sentenza sono la notorietà e la capacità distintiva delle borse Kelly e Birkin. A partire dalla dimostrazione della riabilitazione dei marchi oggetto del decreto di nullità, supportata a sua volta dalle prove della celebrità che essi possiedono, la nullità dei marchi registrati non avrebbe trovato fondamento.

Dall'analisi emerge come il comportamento di Laurence s.r.l. possa rientrare in numerose fattispecie costituenti atto illecito nel normale rapporto di concorrenza, tra le quali l'imitazione servile, l'appropriazione di pregi e la concorrenza parassitaria per agganciamento. I suddetti modi d'agire sono accomunati tutti dall'intento di sfruttare la notorietà e la celebrità del marchio originale che viene imitato, al fine di deviare sui prodotti-copia opinioni e considerazioni positive di cui godono già quelli notori.

Si tratta di un comportamento scorretto, che viola il normale rapporto di concorrenza tra due imprese attive nello stesso settore.

Hermès, come altre società di moda di marchi di lusso, continuamente si batte contro la contraffazione al fine di preservare l'integrità del proprio marchio. Questo caso è infatti uno dei tanti in cui la società francese è stata coinvolta. Tra i più rilevanti si ricorda quello avvenuto nel 2008, in cui la casa di moda francese è stata risarcita dal noto sito d'aste Ebay di una somma pari a € 20000, in quanto quest'ultimo commercializzava online falsi modelli di borse, spacciandoli per originali224. In suddetto caso però, si rileva una diversa sfumatura di contraffazione rispetto a quello qui in commento ed essa riguarda proprio gli acquirenti. Coloro che hanno acquistato tramite Ebay le borse marchiate Hermès, infatti, non erano consapevoli si trattassero di falsi; al contrario, i consumatori che acquistano i modelli copia di Hermès presso Laurence s.r.l. sono ben coscienti della loro non originalità e della loro provenienza da altra impresa. Pertanto, nel primo caso si tratta di un reato di truffa in quanto l'obiettivo era quello di spacciare per originale un prodotto falso, mentre, nel secondo caso, come già ampiamente spiegato, l'obiettivo era quello di sfruttare la notorietà del marchio francese.

Questo fatto dimostra come oggigiorno sempre più le imprese debbano difendersi dalla contraffazione non solo agendo sul fronte del retail, ma anche su quello dell

rete: le vendite online di prodotti di marchi notori devono essere strettamente monitorate dalle case di moda al fine di prevenire la circolazione di falsi[102].

In Italia, il fenomeno della contraffazione nel settore della moda è molto diffuso: da un articolo de "Il Sole 24ore"[103] di recente pubblicazione emerge come il nostro Paese si trovi al primo posto in Europa per acquisti di prodotti contraffatti e quinto al mondo per la produzione di falsi.

Tale fattispecie illecita è dannosa sia per l'andamento economico, sia per l'immagine del brand contraffatto. Vi sono tuttavia delle situazioni che potrebbero indurre a pensare il contrario. Con questa affermazione ci si riferisce al fatto che i marchi di lusso potrebbero beneficiare della contraffazione, per esempio grazie all'aumento della disponibilità a pagare dei consumatori. Può succedere infatti che volendo acquistare un prodotto di un noto brand, il quale però risulta tra i più contraffatti, l'attenzione si sposti verso altri modello dello stesso brand, magari più costosi, ma imitati in misura notevolmente inferiore. Tale comportamento si spiega con la volontà di possedere a tutti i costi un prodotto originale di tale marchio e fare in modo che anche i terzi comprendano che lo stesso non corrisponde ad un prodotto contraffatto.

La volontà di possedere un prodotto di lusso a tutti i costi è mossa da diverse ragioni, quali, per esempio, l'esclusività nell'usare il prodotto, i valori e i messaggi che il brand comunica, la qualità che esso possiede. Nel prodotto di lusso contano di più la dimensione estetica e psicologica del prodotto, piuttosto che quella funzionale ed è in gran parte la loro essenza che spinge e motiva l'acquisto228. Quanto appena affermato aiuta a comprendere perché la contraffazione dei prodotti di lusso potrebbe non essere solamente un fenomeno negativo per l'impresa imitata.

Tuttavia, nonostante questi possibili effetti positivi, l'impatto della contraffazione ha quasi sempre conseguenze negative.

Il Brevetto

Le invenzioni industriali sono quelle creazioni innovative e originali, in grado di risolvere un problema tecnicoe contribuire al progresso. Esse possono riguardare i prodotti o i procedimenti ed essere principali, ovverosia autonome rispetto ad altre invenzioni esistenti, o derivate, ovverosia collegate ad altre invenzioni, che vanno a perfezionare (invenzioni di perfezionamento), sfruttare in maniera diversa (invenzioni di traslazione), combinare con elementi o mezzi differenti e innovativi (invenzioni di combinazione).

[102] Per ulteriori approfondimenti si veda: C. GALLI, Contraffazione web e luxury goods: le sfide del commercio elettronico al sistema della moda, 2013, consultato in www.iplawgalli.it.

[103] Cfr Il boom della contraffazione: in dieci anni +1.850%. E l'Italia è prima in Europa per acquisti di falsi, 7 ottobre 2013, consultato in www.moda24.ilsole24ore.com.

Nel caso in cui le invenzioni industriali, oltre che innovative e frutto di attività inventiva, siano anche lecite e atte ad avere un'applicazione industriale, esse possono essere oggetto di tutela brevettuale. Se sfruttano il brevetto di precedenti invenzioni, con l'autorizzazione di quest'ultimo, sono definite dipendenti, altrimenti sono considerate indipendenti. Occorre specificare che non sono considerate invenzioni le scoperte, le teorie scientifiche e i metodi matematici; i piani, i principi e i metodi per attività intellettuali, per gioco o per attività commerciali e i programmi per elaboratore; le presentazioni di informazioni. Il brevetto per invenzione industriale viene concesso al titolare dell'invenzione, dietro richiesta corredata dalla descrizione chiara, completa e idonea a consentire a ogni persona esperta del ramo di attuare l'invenzione, e dai disegni necessari alla sua intelligenza. La concessione è devoluta all'Ufficio italiano brevetti e marchi, che accerta la regolarità della domanda, la liceità e la brevettabilità dell'invenzione ma non l'effettiva titolarità del diritto in capo al richiedente.

Una volta concesso, il brevetto conferisce al suo titolare il diritto di utilizzare in via esclusiva l'invenzione e di trarne profitto nel territorio dello Stato per venti anni, senza possibilità di rinnovo.

Se il brevetto è nullo o da esso si decade, il diritto di esclusiva viene meno prima della scadenza dei venti anni.

In particolare il brevetto è nullo quando l'invenzione non è brevettabile, non è descritta in maniera chiara e completa, si estende oltre il contenuto della relativa domanda o il titolare non aveva diritto di ottenerlo e l'inventore non si sia avvalso della facoltà di trasferire a suo nome il brevetto o l'attestato di registrazione a far data dal momento del deposito.

Il brevetto è, invece, oggetto di decadenza quando non è stato attuato o è stato attuato in maniera insufficiente entro due anni o non è stata pagata la tassa annuale di concessione.

Trasferimento e licenza di brevetto

Il brevetto può essere liberamente trasferito o concesso in licenza d'uso.

Il trasferimento ha luogo con atto inter vivos o mortis causa e non è necessariamente connesso al trasferimento di azienda.

La licenza d'uso può essere sia esclusiva che non esclusiva e comporta il pagamento di un compenso al titolare. In ogni caso, in difetto di un'espressa regolamentazione in merito, i contenuti della licenza possono essere i più vari. Talvolta la licenza è obbligatoria: ciò accade quando l'invenzione non sia attuata o sia attuata in maniera insufficiente ai bisogni del paese per oltre un triennio o nel caso in cui le invenzioni oggetto della stessa consentano un progresso particolarmente rilevante dal punto di vista economico rispetto a invenzioni precedenti.

Il brevetto, infine, può essere oggetto di esecuzione forzata o di espropriazione per pubblica utilità.

I REQUISITI DI BREVETTABILITÀ

ATTIVITÀ INVENTIVA O NOVITÀ INTRINSECA O ORIGINALITÀ O PASSO INVENTIVO (CBE) O NON OVVIETÀ (USA)

Un'invenzione è considerata nuova se non è compresa nello stato della tecnica, ossia se non è mai stata resa accessibile al pubblico, neppure dallo stesso inventore, in Italia od all'estero, prima del deposito della domanda di brevetto.

Sostanze o composizioni di sostanze note sono brevettabili purché in funzione di una nuova utilizzazione.

Il concetto di novita' è universale: non importa se la divulgazione è avvenuta al di fuori dell'Italia, in tempi remoti o recenti, né in quale forma è stata divulgata (scritta, visiva o orale) e neppure in quale lingua.

Un'invenzione è considerata come implicante un'attività inventiva se, per una persona esperta del ramo, essa non risulta in modo evidente dallo stato della tecnica.

È necessario, infatti, uno sforzo inventivo, un momento creativo che non consista soltanto nell'applicazione di normali conoscenze tecniche o non sia direttamente desumibile dalla tecnica nota.

Per originalità, quindi, si intende la non evidenza del trovato rispetto alla tecnica già accessibile al pubblico al momento del deposito della domanda, secondo le capacità deduttive ed applicative di un tecnico medio del settore. In sostanza, è necessario che nel trovato che si intende brevettare ricorra un apporto, un contribuito, pure se modesto, al progresso, "un passo in avanti", qualche cosa che, allo stato della tecnica, non solo non esisteva ma neppure poteva dedursi come una conseguenza logica e necessaria delle conoscenze già acquisite.

INDUSTRIALITÁ

Esprime l'attitudine di un'invenzione ad avere una applicazione industriale cioè la concreta capacità dell'oggetto dell'invenzione di essere fabbricato o utilizzato in un qualsiasi genere di industria, compresa quella agricola.

Il requisito dell'industrialità va inteso come applicabilità dell'invenzione nella pratica operativa: il trovato deve essere realizzabile tecnicamente, deve condurre ad un risultato utile e deve essere riproducibile con caratteri costanti.

LICEITÁ

Non possono costituire oggetto di brevetto le invenzioni la cui attuazione sarebbe contraria all'ordine pubblico od al buon costume.

SUFFICIENZA DI DESCRIZIONE

L'invenzione deve essere descritta in modo sufficientemente chiaro e completo perché ogni persona esperta del ramo possa attuarla.

Occorre fare quindi particolare attenzione nel redigere la domanda di brevetto affinché un esperto del ramo possa attuare quanto descritto utilizzando le proprie conoscenze e le comuni conoscenze generali, ma senza ricorrere ad ulteriori ricerche né a lunghe sperimentazioni per tentativi.

L'azione di nullità del brevetto

Anche se un brevetto è stato concesso può potenzialmente esserne contestata la sua validità; il fatto cioè che una domanda di brevetto abbia superato positivamente l'iter di esame da parte dell'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (UIBM) e sia stato concesso, non significa che non possa essere impugnato per dichiararne la nullità. Una tale azione deve ovviamente essere proposta da un qualcuno che, a causa della concessione di quel brevetto, vede pregiudicati i propri interessi o il proprio business; ad esempio, si supponga che un proprio concorrente presenti una domanda di brevetto relativa ad un qualcosa di già noto (magari all'estero) e che il brevetto venga concesso.

Continuiamo a supporre di voler produrre un qualcosa di simile al brevetto concesso al concorrente; essendo l'oggetto del brevetto una tecnica in realtà già nota all'estero, se ne comincia la produzione ma ben presto ci si vede recapitare una diffida del concorrente, che ci intima la sospensione della produzione in virtù del brevetto in suo possesso.

A questo punto ci si può difendere riuscendo a dimostrare che quel brevetto è in realtà nullo; bisogna cioè riuscire a dimostrare che la tecnologia da esso introdotta era già nota prima che la domanda di brevetto fosse depositata. Ciò è sancito dall'art. 2697 c.c. che testualmente recita "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento".

Oggi è difficile che un brevetto venga concesso anche se riguarda una tecnologia nota, ma è tuttavia possibile; a partire dal 2008, quando l'UIBM riceve una domanda di brevetto ne affida l'esame di anteriorità all'Ufficio Europeo dei Brevetti il quale indaga a livello mondiale per verificare che la tecnologia da esso rivendicata sia effettivamente nuova. L'esito di una tale ricerca è solitamente piuttosto affidabile.

Prima del 2008 ciò invece non veniva fatto ed era più probabile che venisse concesso un brevetto anche se privo di novità. Ricordiamo che un brevetto per essere valido deve possedere principalmente tre requisiti:

— attività inventiva
— applicabilità industriale
— novità

Se un brevetto viene concesso ma non possiede anche uno solo dei predetti requisiti sarà annullabile da parte di chi ritiene di essere stato diffidato ingiustamente; egli dovrà però fornire prova dell'assenza dei requisiti, il che non è facile anche in vista dell'incertezza dell'esito.

Il modello di utilità

Il brevetto per modello di utilità è un tipo di tutela non riconosciuta in tutti gli Stati in quanto molti di essi accettano solo la distinzione tra Invenzione e Modello Ornamentale. Il modello di utilità, consiste nella forma nuova di un prodotto industriale, che dia al prodotto stesso una "particolare efficacia o comodità di applicazione o di impiego". La differenza tra modello di utilità e invenzione (invenzione di prodotto) è stata affidata ad un criterio qualitativo (che vede il modello come una "piccola invenzione"). La difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra Invenzione e modello di utilità crea all'inventore un delicato problema di qualificazione del trovato al momento della presentazione della domanda. Su di esso si sta molto discutendo ed è stato elaborato anche un Libro verde della Commissione della Comunità Europea del 19 Luglio 1995 per cercare di uniformare la disciplina. Il modello di utilità viene normalmente concesso anche in quegli Stati che prevedono un esame sostanziale per le invenzioni e pertanto è più facile da ottenere ma anche più difficile da proteggere, dura 10 anni e non è rinnovabile. Al modello di utilità si ricorre per proteggere quegli oggetti (non i procedimenti) che rappresentano una modifica di oggetti esistenti che comporta una maggiore utilità o facilità d'uso nell'oggetto stesso. Normalmente si dice che con il modello di utilità si protegge la forma di un prodotto che abbia una sua specifica funzionalità. Anche nel modello di utilità devono essere soddisfatti i requisiti di novità intrinseca ed estrinseca e industrialità tipiche delle invenzioni, ma qui il grado innovativo richiesto può essere inferiore anche se l'apporto creativo e l'utilità della soluzione deve necessariamente esserci. Spesso scegliere tra invenzione e modello di utilità non è cosa facile, e per questo la legge prevede la possibilità di effettuare quello che si chiama un "doppio deposito" (art. 4 R.D. 25.08.1940 n. 1411), ovvero un deposito contemporaneo della stessa domanda di brevetto sia come invenzione che come modello di utilità, lasciando che sia l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi a scegliere tra l'una e l'altra soluzione. Per ottenere un modello di utilità occorre preparare la documentazione necessaria e pagare le relative tasse.

L'invenzione non brevettata

Non sempre l'inventore ha interesse a brevettare la propria opera, potendo egli ritenere maggiormente conveniente sfruttarla in segreto. In tale ipotesi, se un terzo sviluppa e brevetta la medesima invenzione, è in capo a questo che sorge il diritto di sfruttamento esclusivo. CIò, si badi bene, a meno che l'inventore non abbia in buona fede utilizzato la propria invenzione non brevettata non in segreto ma divulgandola, nel qual caso la seconda invenzione difetterà del necessario requisito di novità.

In ogni caso, chi abbia fatto uso segreto della propria invenzione senza brevettarla nei dodici mesi antecedenti il deposito della domanda di brevetto su analoga invenzione da parte di terzi, può continuare a sfruttarla nei limiti del preuso e può anche trasferire tale facoltà, benché esclusivamente insieme all'azienda.

Il Preuso del Marchio e del brevetto

Esiste, infatti, un caso in cui il titolare di un brevetto (o di un marchio) non può avere l'esclusiva sull'invenzione brevettata e, quindi, non può impedire ad un terzo di produrre il medesimo trovato; questo è il caso del "preuso". Il diritto di preuso consente all'ideatore di un'invenzione non registrata come brevetto (ad esempio per mancanza di volontà o di denaro), di continuare ad utilizzarla anche se, in seguito, qualcun'altro registra come brevetto la sua stessa idea.

Questo significa cioè che se esiste un soggetto che utilizzava già una soluzione tecnica prima che altri la registrassero come brevetto, costui può continuare ad utilizzarla. Esistono però delle condizioni e dei limiti a carico del pre-utente che desidera continuare ad utilizzare l'invenzione brevettata da altri:

- il pre-utente non deve aver divulgato in pubblico la soluzione tecnica da lui ideata;
- il pre-utente deve aver utilizzato la soluzione tecnica nei dodici mesi anteriori alla data di deposito dell'altrui domanda di brevetto;
- il pre-utente deve aver utilizzato lecitamente detta soluzione tecnica (per esempio non può avvalersi del preuso chi, illecitamente, abbia sottratto l'invenzione altrui prima del deposito della domanda).

Ricapitolando, tutto ciò implica che chiunque nei dodici mesi anteriori alla data dell'altrui deposito della domanda di brevetto, abbia fatto uso, in buona fede, di un'invenzione, può continuare ad usarla anche in futuro pur se altri la registrino come brevetto. Le medesime considerazioni valgono nel caso di una registrazione di marchio

Il limite di tale preuso, è dato dal fatto che il pre-utente può continuare ad utilizzare l'invenzione solo nelle quantità e nell'ambito geografico in cui la utilizzava prima del deposito dell'altrui domanda di brevetto. Ciò implica che anche se è vero che il titolare del brevetto registrato a posteriori non potrà fare alcun tipo di azione per evitare che il pre-utente continui ad utilizzare la sua stessa idea, è anche vero che quest'ultimo non potrà mai espandersi né quantitativamente e né geograficamente.

.

La tutela civilistica della proprietà industriale (Marchi e Brevetti)

In Italia la tutela della proprietà intellettuale è affidata, dal 2003, alle 12 sezioni specializzate allocate presso i Tribunali di Torino, Milano, Venezia, Trieste, Genova, Bologna, Firenze, Roma, Napoli, Bari, Catania e Palermo.

In caso di violazione di un diritto di privativa, è possibile instaurare un giudizio ordinario oppure richiedere l'applicazione di misure "cautelari", qualora ne sussistano i presupposti.

Gli strumenti di tutela dei diritti di privativa sono regolati agli artt. 124 al 134 del Codice della Proprietà Intellettuale e sono:

- inibitori, ovvero finalizzati a bloccare la contraffazione nonché la continuazione della contraffazione;

- ripristinatori, che mirano invece a ripristinare lo stato di fatto anteriore alla contraffazione;

- risarcitori, finalizzati a ripristinare la situazione patrimoniale del titolare di un diritto anteriore prima della contraffazione.

Sia prima dell'instaurazione del giudizio ordinario che in pendenza dello stesso, sarà possibile per il titolare della privativa industriale ottenere, ricorrendo al Tribunale competente, l'emissione di provvedimenti diretti a garantire una difesa immediata del diritto che, nelle more del giudizio ordinario, spesso di lunga durata, potrebbe essere pregiudicato.

Tali provvedimenti cautelari sono:

- la descrizione, con la quale si acquisisce - in previsione di un giudizio ordinario - la prova della violazione della privativa. Tale prova si raccoglie con l'intervento di un ufficiale giudiziario che ha il compito di ispezionare e descrivere quei prodotti sospetti di essere contraffatti, mediante l'impiego di mezzi fotografici o altri mezzi tecnici di accertamento;

- il sequestro, attraverso il quale viene sottratta al presunto contraffattore la disponibilità dei prodotti da lui utilizzati in violazione di un diritto di privativa, impedendo la prosecuzione di tutte le attività illecite denunciate dal legittimo titolare di un marchio, modello, brevetto;

- l'inibitoria, infine, impone al presunto contraffattore il divieto di iniziare, proseguire, riprendere la fabbricazione o il commercio ovvero l'uso di quei prodotti che costituiscono violazione di un diritto di proprietà industriale ed intellettuale. Con l'inibitoria potrà essere fissata altresì la corresponsione di una somma di denaro per ogni successiva violazione dell'ordine del giudice o per ogni ritardo nella sua esecuzione.

Attualmente la maggior parte delle controversie civili hanno una definizione già in fase di procedimento cautelare, precedente al giudizio di merito che è sempre possibile instaurare davanti al Tribunale territorialmente competente (azione di contraffazione) al fine di far cessare l'illecito ed ottenere il risarcimento dei danni subiti.

In un'ottica di armonizzazione dell'ordinamento italiano a quello comunitario, il Decreto Legislativo n. 131 del 13 agosto 2010, in vigore dal 2 settembre 2010, ha introdotto misure integrative e correttive al Codice della proprietà industriale del 2005.

La riforma del codice ha rafforzato la tutela dei marchi e delle denominazioni di origine contro comportamenti di indebito sfruttamento e con riferimento ai brevetti, la stessa riforma mira ad allineare il sistema italiano a quello europeo. Importanti modifiche sono state apportate anche alle norme sulla tutela giurisdizionale dei titoli di proprietà industriale, dirette a facilitare l'ottenimento di misure di emergenza contro i contraffattori e semplificare le procedure e rendere efficiente e rapida la tutela. Con le nuove norme settori importanti come le invenzioni biotecnologiche avranno una maggiore valorizzazione e protezione giuridica, in attuazione della direttiva Ue 98/44.

Tra le altre novità, la possibilità per le amministrazioni statali e per gli enti locali di ottenere la registrazione di un marchio, anche avente ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del proprio territorio, che sarà cosi valorizzato commercialmente.

Minor tutela viene riconosciuta al marchio non registrato. Infatti il legislatore stabilisce che:"chi ha fatto uso di un marchio non registrato ha la facoltà di continuare ad usarlo, nonostante la registrazione da altri ottenuta, nei limiti in cui anteriormente se ne è avvalso"; conseguentemente sarà possibile impedire l'uso del marchio stesso per gli stessi prodotti, ma non per prodotti affini; questo tranne che il titolare di un diritto di preuso abbia tollerato, essendone a conoscenza, l'uso di un marchio posteriore registrato uguale o simile, durante cinque anni consecutivi. È possibile, inoltre, agire usando l'azione per concorrenza sleale, tesa ad ottenere l'inibitoria, il risarcimento del danno e la pubblicazione della sentenza .Per quanto riguarda, invece, la tutela ammministrativa è possibile bloccare attraverso la cooperazione con l'Agenzia delle Dogane Nazionale e con i vari Uffici Europei la contraffazione di prodotti e marchi provenienti dall'estero e, soprattutto dai Paesi maggiormente a rischio (Cina, Taiwan, Indonesia).

La semplice compilazione di alcuni moduli ed il relativo inoltro presso le competenti sedi delle Agenzie delle Dogane permetterà di attivare la "Procedura di Sorveglianza Doganale", un utilissimo strumento in virtù del quale gli ufficiali di polizia preposti inseriranno in sofisticati sistemi informatici tutti i dati relativi alle possibili fattispecie di contraffazione. In questo modo si realizzerà una preziosa

cooperazione tra Autorità Amministrativa ed il privato cittadino finalizzata a bloccare gli abusi illegittimi degli altrui diritti di privativa industriale.

I diritti reali su cosa altrui, a differenza del diritto di proprietà, si estinguono per non uso, il termine di prescrizione è di venti anni (ex artt. 970, 1014, 1073 c.c.).

Si trascrivono tutti a norma dell'articolo 2643 del codice civile, per l'opponibilità verso terzi che vantino altri diritti reali della stessa o di altra specie, non verso il proprietario con il quale si è instaurato un rapporto volontario o legalmente imposto.

Ad esempio non si potranno fare valere i diritti di usufrutto, uso, abitazione, servitù, se non trascritti, verso un creditore ipotecario iscrivente a norma dell'articolo 2812 del codice civile, e allo stesso modo verso un nuovo proprietario della res, e questo limita il diritto di sequela a un adempimento-onere del titolare del diritto limitato.

Secondo l'opinione tradizionale, i diritti reali nell'ordinamento giuridico italiano sono "tipici", e questo significa che non se ne possono creare di diversi da quelli elencati e disciplinati tassativamente dalla legge. In riferimento a questo orientamento la funzione caratteristica di ognuno di essi è fissata dalla legge e il titolo dal quale traggono origine ne può integrare il contenuto, ma non li può piegare ad assolvere una funzione diversa.

Già da alcuni anni, questa affermazione è ampiamente contestata.

La dottrina più attenta all'evoluzione della società e dei traffici economici afferma, al contrario, che nell'ordinamento possono entrare diritti reali atipici. Paradigmatica è l'ipotesi del diritto di multiproprietà (anche nota come proprietà turnaria).

Quando, per una qualsiasi causa, il diritto reale su cosa altrui si estingue, il diritto del proprietario si riespande, assumendo automaticamente il carattere di piena proprietà.

Questa è la cosiddetta consolidazione (si parla, ad esempio, di consolidazione dell'usufrutto per alludere al fatto che, cessato l'usufrutto, il proprietario riacquista il godimento della cosa). La pratica corrente, nella sua disinvoltura, parla di "consolidamento" invece che di "consolidazione" che è il termine corretto.

La confusione si ha quando il proprietario diventa egli stesso titolare di un diritto minore sulla sua cosa.

Anche in questo caso agisce la consolidazione, il diritto minore si estingue e la proprietà diventa piena proprietà.

Con l'azione confessoria, che l'art. 1079 del codice civile regola con riferimento alle servitù, si mira a ottenere il riconoscimento in giudizio del proprio diritto sulla cosa altrui contro chiunque, proprietario o no, ne contesti l'esercizio.

Si mira anche a ottenere la cessazione delle eventuali turbative o molestie (i comportamenti del proprietario o di terzi che impediscono l'esercizio del diritto) e, se necessario, la riduzione in pristino.

I diritti reali di garanzia sono invece pegno, ipoteca e privilegio speciale, e servono a fornire una garanzia per un credito.

Il creditore titolare del diritto di garanzia si potrà così soddisfare in via preferenziale sul bene oggetto del diritto.

Il privilegio (che grava su tutti i beni del debitore) non è un diritto reale di garanzia, perché è previsto in via eccezionale e solo nei casi tassativi di legge.

il privilegio speciale, invece, grava su beni determinati e ha carattere di realità. Si distinguono dai diritti personali di garanzia che sono l'avallo, la fideiussione, il mandato di credito.

DIRITTO DI SUPERFICIE A TEMPO DETERMINATO EX ARTT. 952 E 953 DEL CODICE CIVILE

A CURA DI FRANCESCO MELONE

Sommario: 1. Il diritto di superficie - Diritti ed obblighi delle parti. - 2. Diritto di Superficie e Locazione. – 3. Costituzione e Circolazione. 4. – Legittimazione a richiedere il titolo edilizio. 5. - Estinzione. 6. – Ipoteca e Diritti Reali di Godimento.

oooo oooo oooo

1. - Il diritto di superficie - Diritti ed obblighi delle parti.

La disciplina contenuta nell'art. 952 del codice civile, relativamente al diritto di superficie, stabilisce che "Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo".La cessione del diritto di superficie rappresenta, innanzitutto, una deroga al principio generale dell'accessione secondo cui il proprietario del suolo diventa automaticamente proprietario dell'opera o della costruzione soprastante effettuata da terzi.

La costituzione del diritto di superficie implica, difatti, la separazione tra la proprietà del suolo e la proprietà della costruzione soprastante o sottostante già esistente o da costruire e gli effetti da esso discendenti sono, per il concedente, l'obbligo di consentire la costruzione dell'opera e di astenersi da modalità d'uso del suolo che possano successivamente arrecare pregiudizio alla costruzione, per il superficiario, invece, vi è la costituzione del diritto di fare e mantenere l'opera sopra o sotto il suolo e/o la costituzione del diritto di proprietà sulla costruzione. Con la concessione del diritto di superficie, quindi, il proprietario del suolo limita radicalmente le facoltà di godimento sul terreno, in quanto consente ad altri di

esercitare quella che è una delle facoltà più importanti, vale a dire la facoltà di costruire.

Ed invero ove la concessione sia fatta senza limite di tempo, il diritto del proprietario può dirsi privo di ogni pratico contenuto : la costituzione di un diritto di superficie perpetuo, infatti, viene equiparata al trasferimento della proprietà del suolo.

2. Diritto di Superficie e Locazione.

A tal proposito occorre, innanzitutto, precisare che la locazione, ai sensi dell'art. 1571 cod. civ., è il contratto, avente carattere obbligatorio, mediante il quale una parte, in tal caso il proprietario del suolo, trasferisce ad altro la disponibilità del bene immobile per un determinato tempo ed in cambio di un corrispettivo, anche nel caso in cui sia pattuita la facoltà del conduttore di costruire manufatti sull'area locata da rimuovere o meno alla scadenza del contratto, mentre, l'atto di cessione del diritto di superficie, a differenza della contratto di locazione rappresenta, a tutti gli effetti, un atto di trasferimento di un diritto reale minore di godimento, consistente nella possibilità di edificare e mantenere una costruzione al di sopra (o al di sotto) di un fondo di proprietà altrui. Sul punto si veda la sentenza della Corte di Appello di Roma del 13 febbraio 1989, che stabilisce espressamente: "**La concessione del diritto di superficie su un'area prevede il pagamento in unica soluzione di un corrispettivo al proprietario, a tutt'al più di un solarium annuale, mentre il canone mensile, tanto più se indicizzato, è tipico della locazione; inoltre, come conseguenza normale dell'estinzione del diritto di superficie, l'eventuale costruzione cade nel dominio del proprietario, mentre nel caso di locazione il conduttore ha diritto ad asportare le eventuali opere realizzate sul terreno oggetto del contratto; di conseguenza un contratto novennale, per di più stilato per scrittura privata, che preveda il pagamento di un canone mensile indicizzato e l'obbligo del ripristino del terreno con abbattimento di eventuali manufatti e asporto del materiale, ha natura obbligatoria e carattere locatizio**".

Tralasciando le ulteriori e più recenti pronunce giurisprudenziali, appare opportuno richiamare un tratto interessante della relazione del Consiglio Nazionale del Notariato, rubricata "Studio n. 221-2011/C: prime note approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 14 luglio 2011", nella quale si legge testualmente: "La costituzione di un diritto reale, in quanto atta a garantire un rapporto stabile con il terreno, oltre ad apparire, in linea generale, più consona agli interessi di colui che si accinga a porre in essere un investimento, talvolta sostanzioso, costituisce il mezzo tecnicamente più idoneo per acquisire la disponibilità di un terreno a fini edificatori.

Strumenti contrattuali diversi dalla costituzione del diritto di superficie, quali la locazione, il comodato, ed altre fattispecie obbligatorie (anche atipiche), appaiono, in

linea di massima, più idonei alla realizzazione di interessi diversi rispetto a quello dell'acquisizione della disponibilità delle aree per la costruzione, ed essenzialmente legati al godimento statico di impianti già esistenti; non è, tuttavia, escluso che le parti, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale e in relazione alla peculiare natura degli interessi dalle stesse perseguiti, possano far ricorso anche a strumenti contrattuali aventi natura ed effetti obbligatori al fine di ottenere la disponibilità delle aree e il consenso all'edificazione sulle stesse".

La conseguenza diretta di quanto innanzi specificato è che, data la diversa natura giuridica, i due istituti non possono coesistere in un unico contratto ed, in termini pratici, ciò sta a significare che qualora il rapporto tra le parti sia regolato da un contratto di locazione ed il proprietario dell'immobile decida di cedere, ad altri o al locatario medesimo, il diritto di superficie sull'area, le parti dovranno, preventivamente e/o contestualmente, risolvere il contratto di locazione già in corso tra le parti.

3. Costituzione e Circolazione.

Ai fini della costituzione di un valido diritto di superficie è necessario, poi, sia l'impiego della forma scritta che la trascrizione dell'atto di acquisto nei registri immobiliari ai fini dell'opponibilità ai terzi (art. 2643, n 2, cod. civ.).

La regola generale riguardante la forma dell'atto è contenuta nell'articolo 1350 del cod. civ. nel quale si chiarisce che i diritti reali di godimento, nel cui amplus genus rientra anche il diritto di superficie, devono essere redatti "per atto pubblico o scrittura privata (2702 c.c. e seguenti), sotto pena di nullità...".

Sul punto, tra le tante, si veda la sentenza della Cassazione Civile, sez. II, n.24679 del 21.11.2006, nella parte in cui stabilisce che "In caso di trasferimento di un terreno su cui insistono dei fabbricati, al fine del superamento del generale principio dell'accessione, è necessario pervenire alla individuazione di una specifica volontà delle parti di scindere il contenuto del diritto di proprietà con la creazione di un diritto di superficie per la cui costituzione è necessaria la forma scritta "ad substantiam".

Ciò posto, deve ora rilevarsi che la proprietà della costruzione che il superficiario ha diritto di mantenere sul suolo altrui, denominata "proprietà superficiaria", pur essendo caratterizzata dalla dipendenza rispetto al diritto di superficie rientra, comunque, nel comune schema del diritto di proprietà con la conseguenza che, rappresentando un diritto distinto rispetto al diritto di superficie seppure intimamente connesso con quest'ultimo, la proprietà superficiaria può anche essere alienata a terzi, che acquistano ovviamente a titolo derivativo la proprietà della costruzione, così come, di regola, il diritto superficie può formare oggetto di ipoteca o di altre iscrizioni pregiudizievoli

In termini pratici, il titolare del diritto di superficie sul suolo, potrà in qualsiasi momento, decidere non solo di alienare e/o di costituire un'ipoteca sul bene oggetto del diritto, ma anche, nel momento successivo alla realizzazione delle opere, potrà decidere di trasferire la proprietà superficiaria o far iscrivere ipoteca su di essa.

Particolarmente incisiva è la sentenza della Cassazione Civile, Sez. II, n. 1844 del 13.02.1993, nella quale si legge testualmente: "La proprietà superficiaria è autonoma dalla proprietà separata della costruzione: alla formazione della proprietà superficiaria si perviene mediante la costituzione del diritto di superficie; mentre la proprietà separata si realizza con la alienazione della costruzione indipendentemente dalla costituzione di un diritto di superficie".

Ipotecabile è, quindi, anche la concessione ad aedificandum in sé e per sé anche se la costruzione non è stata ancora eseguita - quindi prima e indipendentemente dalla costruzione, - così che quando poi la costruzione verrà in essere, l'ipoteca si estenderà automaticamente a quest'ultima: tale strumento viene adoperato, principalmente, per consentire al concessionario di ottenere finanziamenti per la realizzazione delle opere ancora da eseguire (in dottrina, Commentario al Codice Civile di Attilio Guarneri – "La Superficie Artt. 952-956" – Giuffrè Editore – pag. 112).

Una volta realizzate le opere, il soggetto titolare del diritto di superficie può, quindi, liberamente disporne a favore di terzi e cedere le opere costruite sull'area oggetto di tale diritto, darle in locazione, in comodato o farle oggetto di qualsiasi altro atto di disposizione sulla base di contratti tipici o atipici, a meno che tale possibilità non sia stata espressamente esclusa dal titolo costitutivo del diritto di superficie : in esso, difatti, possono essere poste limitazioni in merito alla disponibilità delle opere da costruirsi sull'area, la quale rimane sempre di proprietà dell'originario soggetto concedente.

4. – Legittimazione a richiedere il titolo edilizio.

Relativamente alla legittimazione a richiedere il rilascio del permesso di costruire deve, poi, rilevarsi che la titolarità del diritto di superficie sul suolo costituisce idoneo titolo per la richiesta di permesso di costruire delle opere.

L'art. 11, comma I, del D.P.R. n. 380 del 06.06.2001, a tal proposito, recita che "Il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o di chi abbia titolo per richiederlo" e quindi il diritto di superficie, costituito mediante dichiarazione scritta di assenso del proprietario dell'area alla realizzazione, da parte di altro soggetto, della costruzione prevista in progetto , è titolo idoneo a legittimare il beneficiario della dichiarazione alla richiesta della concessione edilizia, atteso che, ai fini dell'edificazione, il diritto di superficie ha contenuto del tutto coincidente con la proprietà stessa : in breve, in applicazione di tali principi, anche il superficiario potrà richiedere il rilascio del permesso edilizio, purché però non fuoriesca dalle sue prerogative.

Al riguardo, in via del tutto generale, si veda la recente sentenza del T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, n. 504 del 01.09.2011, che precisa quanto segue: "L'art. 11 del D.P.R. n. 380/2001 (T.U. Edilizia) stabilisce espressamente che il PdC non comporta limitazione dei diritti di terzi e che il rilascio del permesso di costruire è fatto non solo al proprietario, ma anche a "chi abbia titolo per richiederlo", ovvero per tutte le posizioni civilisticamente utili per esercitare un'attività costruttiva (cd. disponibilità giuridica ad aedificandum), che è possibile individuare anche in soggetti che vantano altra qualificata relazione legittimante il titolo edilizio, diversa dalla proprietà esclusiva, quali i contitolari del diritto dominicale, l'enfiteuta, l'usufruttuario, il titolare del diritto di superficie, d'uso e d'abitazione, fino al promissorio acquirente in possesso del godimento dell'immobile".

Discorso diverso va fatto, invece, per il caso della conferenza dei servizi, disciplinata dall'art. 5 del D.P.R. n. 447 del 1998 e finalizzata ad apportare alla strumentazione urbanistica comunale le variazioni necessarie a consentire il rilascio della concessione edilizia richiesta per la realizzazione di impianti produttivi.

Occorre, a tal punto, precisare che l'art. 14, comma 4, della legge n. 241 del 07.08.1990, modificato dall'art. 21 della L. 11 febbraio 2005, n. 15, a proposito della conferenza dei servizi, stabilisce quanto segue: "….. Quando l'attività del privato sia subordinata ad atti di consenso, comunque denominati, di competenza di più amministrazioni pubbliche, la conferenza di servizi è convocata, anche su richiesta dell'interessato, dall'amministrazione competente per l'adozione del provvedimento finale".

In tal ipotesi, quindi, la preventiva ed espressa autorizzazione, da parte del proprietario dell'area, ad attivare la conferenza di servizi, di cui all'art. 5 del D.P.R. n. 447 del 1998 e s.m.i. - così come, la partecipazione del medesimo proprietario in fase di conclusione della conferenza dei servizi – appaiono indispensabili in considerazione del fatto che l'approvazione della variazione urbanistica dell'area comporta ex lege la conseguente cessione gratuita , all'Ente Comunale, di parte delle aree da adibire a standards urbanistici.

5. - Estinzione.

Da ultimo occorre soffermarsi sulle modalità di estinzione del diritto di superficie con particolare riferimenti agli effetti ed alle conseguenze che da essa derivano.

Nel caso in cui il diritto di superficie abbia un termine di durata, la sua scadenza comporta il passaggio della proprietà della costruzione al proprietario del suolo ed infatti l'art. 953 del codice civile stabilisce epressamente che "Se la costituzione del diritto è stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione".

Si precisa che l'estinzione del diritto di superficie per decorso del termine, salvo diversa previsione nel titolo di cessione del diritto, non comporta legalmente alcun obbligo di indennizzo a favore del superficiario.

6. – Ipoteca e Diritti Reali di Godimento.

L'estinzione del diritto di superficie, per scadenza del termine, comporta, inoltre, che i diritti reali gravanti sul suolo si estendono alla costruzione mentre quelli costituiti sul diritto di superficie, invece, si estinguono; l'estinzione del diritto di superficie per scadenza del termine importa, quindi, l'estinzione dei diritti reali imposti dal superficiario ed in tal modo, eventuali diritti di usufrutto, uso, abitazione, enfiteusi, servitù prediale, costituiti o trasferiti dal superficiario simul stabunt simul cadent con la superficie.

Ed invero l'art. 954 del cod. civ., relativamente alla estinzione del diritto di superficie, stabilisce proprio che: "L'estinzione del diritto di superficie per scadenza del termine importa l'estinzione dei diritti reali imposti dal superficiario. I diritti gravanti sul suolo si estendono alla costruzione, salvo, per le ipoteche, il disposto del primo comma dell'articolo 2816".

Per quel che riguarda invece i contratti di locazione, stipulati dal superficiario ed aventi ad oggetto la costruzione, essi non durano se non per l'anno in corso alla scadenza del termine (art. 954, comma 2°, cod. civ.).

Regole particolari sono previste in materia di ipoteca. Qualora il diritto di superficie si estingue per scadenza del termine originariamente previsto, ciò comporta anche l'estinzione delle relative ipoteche.

Ai sensi dell'art. 2816, comma I, cod. civ., difatti, "le ipoteche che hanno per oggetto il diritto di superficie si estinguono nel caso di devoluzione della superficie al proprietario per decorso del termine. Se però il superficiario ha diritto ad un corrispettivo, le ipoteche iscritte contro di lui si risolvono sul corrispettivo medesimo" ed il medesimo articolo precisa poi, che "Le ipoteche iscritte contro il proprietario del suolo non si estendono alla superficie. Se per altre cause si riuniscono nella medesima persona il diritto del proprietario del suolo e quello del superficiario, le ipoteche sull'uno e sull'altro diritto continuano a gravare separatamente i diritti stessi".

La giurisprudenza

In ordine alla concessione la Suprema Corte, ed in species le Sezioni Unite, hanno ammesso che "rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la domanda avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo della concessione, ai sensi della L. 18 aprile 1962, n. 167, art. 10, come sostituito dalla L. 22 ottobre 1971, n. 865, art. 35, su aree

comprese nei piani per l'edilizia economica e popolare e, in particolare. la quantificazione del corrispettivo di cessione, allorchè non siano in contestazione questioni relative al rapporto di concessione e in ordine alla determinazione del predetto corrispettivo non sussista alcun potere discrezionale della P.A. (cfr anche Cass. civ. Sez. Unite, nn. 17142 e 9842 del 2011; n. 7573 del 2009; n. 18257 del 2004)" (Cassazione civile, sez. un., 11/10/2016, (ud. 27/09/2016, dep.11/10/2016), n. 20419).

Ancora, sempre la giurisprudenza amministrativa ha, invece, all'uopo rilevato che "La giurisprudenza ha infatti acclarato, con riferimento all'art. 42 del D.Lg.vo n. 267/2000, che, "spetta al consiglio comunale, ai sensi del citato articolo 42, di esprimere gli indirizzi politici ed amministrativi di rilievo generale e gli atti fondamentali di natura programmatoria, tra cui gli atti di disposizione del patrimonio immobiliare, compresa l'approvazione della cessione del diritto di superficie di aree di proprietà comunale" (C.S., V, 23 giugno 2014, n. 3137; C.S., V, 17 settembre 2010, n. 6982; cfr. pure, di recente, T.A.R. Lazio, II, 18 aprile 2016, n. 4528)" (T.A.R. Potenza, (Basilicata), sez. I, 16/09/2016, (ud. 27/07/2016, dep.16/09/2016), n. 889).

Il diritto di usufrutto

Il diritto di usufrutto, regolato dagli articoli 978 e seguenti c. c., consiste nel diritto di godere e disporre della cosa entro determinati limiti stabiliti dalla legge e, soprattutto, compatibilmente con il diritto del proprietario.

Il primo limite connaturato alla posizione dell'usufruttuario attiene alla durata del diritto. Esso, infatti, non può essere costituito a tempo indeterminato, a pena di nullità dell'atto costitutivo, bensì non può eccedere in ogni caso la vita dell'usufruttuario. Qualora, invece, il diritto sorga in favore di una persona giuridica, la durata massima prescritta dalla legge è di trent'anni.

Altri limiti caratteristici del diritto di usufrutto sono da individuare nel divieto, posto a carico dell'usufruttuario, di mutare la destinazione economica impressa alla cosa dal proprietario (ad esempio, l'usufruttuario non può compiere sul fondo lavori volti a trasformare un bosco in un frutteto, e viceversa) ed il dovere dello stesso di esercitare il proprio diritto usando la diligenza del buon padre di famiglia, nel rispetto delle regole della tecnica. Sotto il profilo della legittimazione processuale, tuttavia, l'usufruttuario ha facoltà di promuovere l'azione negatoria, volta ad accertare l'inesistenza di servitù o altri diritti vantati da terzi sul fondo, nonché di far valere il divieto di immissioni sancito dall'art. 844 c. c..

L'usufruttuario è altresì obbligato a sostenere tutte le spese di ordinaria amministrazione dirette alla conservazione del bene, laddove ogni esborso di carattere straordinario compete esclusivamente al proprietario. Il titolare del diritto in commento, infatti, deve tenere sempre presente il carattere temporaneo della propria situazione giuridica: egli, alla scadenza del termine originariamente previsto,

o i suoi eredi, qualora il diritto si estingua a seguito della morte dell'usufruttuario stesso, sono obbligati a restituire la cosa al proprietario nello stato in cui essa si trova.

A tale riguardo, peraltro, occorre effettuare una distinzione a seconda che l'usufrutto abbia ad oggetto cose deteriorabili oppure consumabili. Nel primo caso (si pensi, ad esempio, all'usufrutto di cave e torbiere) l'usufruttuario può liberamente sfruttare il bene e rendere al proprietario la miniera ormai in via di esaurimento, senza incorrere per questo motivo in alcun obbligo risarcitorio. Nella seconda ipotesi, invece, parlare di usufrutto di cose consumabili appare in realtà improprio: sull'usufruttuario, infatti, grava soltanto l'obbligo di restituire alla controparte, al momento dell'estinzione del proprio diritto, cose della medesima quantità e qualità di quelle ricevute in godimento: risulta allora più corretto inquadrare la fattispecie in un "quasi-usufrutto", figura che verrebbe a condividere con l'usufrutto in senso tecnico pressoché esclusivamente l'elemento della temporaneità.

Tra gli obblighi che possono far capo all'usufruttuario è altresì da ricordare l'obbligo di pagamento di un canone periodico in favore del proprietario, previsto nell'atto costitutivo. Nell'esercizio del diritto di usufrutto, pur senza alterare la destinazione economica del bene, l'usufruttuario ha comunque facoltà di apportare ad esso miglioramenti, ossia interventi volti ad accrescere la produttività e la redditività della cosa, incorporandovisi, e addizioni, cioè modifiche della cosa che, tuttavia, mantengono rispetto ad essa un'entità distinta. L'usufruttuario vanterà allora un diritto di credito nei confronti del nudo proprietario nella misura di un'indennità determinata in base al maggior valore arrecato alla cosa; peraltro, fino a quando detto credito non viene regolarmente soddisfatto, al titolare dell'usufrutto compete un diritto di ritenzione della cosa goduta, ossia di rifiutare la restituzione del bene, paralizzando così la pretesa del dominus.

L'usufruttuario, inoltre, può disporre del proprio diritto concedendo a terzi l'uso o l'abitazione sul medesimo bene ovvero attribuendo ad altri diritti personali di godimento, per esempio mediante la stipula di un contratto di locazione. Al contrario, non rientra nelle facoltà dell'usufruttuario la costituzione di servitù a carico del fondo: tale diritto spetta esclusivamente al proprietario.

Una breve parentesi, da ultimo, va dedicata alla posizione dell'usufruttuario di un piano o di una porzione di piano in un edificio in condominio. A tale proposito la giurisprudenza è unanime nel rilevare che l'usufruttuario ha diritto di partecipare alle assemblee condominiali e ad esprimere il proprio voto nelle delibere che riguardano l'ordinaria amministrazione o il godimento dei servizi comuni, mentre il proprietario ha diritto di voto quando si tratti di decidere in ordine alle innovazioni, alle ricostruzioni o alle opere di straordinaria manutenzione.

Modi di costituzione e cause di estinzione dell'usufrutto

Per quanto concerne le modalità di costituzione del diritto di usufrutto, va detto che, analogamente a ciò che accade per gli altri diritti reali di godimento, anche l'usufrutto può sorgere in virtù della stipula di un contratto ad efficacia reale e redatto in forma scritta, a pena di nullità, ovvero in forza di testamento, unico atto tipico mortis causa consentito dall'ordinamento giuridico per regolare gli interessi patrimoniali di un individuo per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Altra possibilità da prendere in considerazione è quella che riconduce la costituzione del diritto di usufrutto ad una forma di acquisto per usucapione, fenomeno che sarà analizzato a breve.

Maggiori problematiche vengono generalmente sollevate dall'estinzione del diritto in oggetto. Infatti, oltre alle tradizionali ipotesi della prescrizione per non uso dell'usufrutto, del totale perimento della cosa e dell'estinzione dovuta a provvedimenti in tal senso adottati dalla Pubblica Amministrazione o dall'autorità giudiziaria, debbono ricordarsi i modi della consolidazione e della decadenza per abuso.

La consolidazione si verifica ogniqualvolta l'usufrutto e la proprietà si riuniscano, per qualunque motivo (ad esempio per rinuncia dell'usufruttuario) in capo alla stessa persona; la decadenza per abuso, disciplinata dall'art. 1015 c. c., invece, viene integrata tutte le volte in cui l'usufruttuario non rispetti i limiti e non osservi gli obblighi caratteristici della sua posizione. A tale riguardo, importante è da ritenersi l'intervento della giurisprudenza. Per esempio, la Cassazione ha deciso che, in caso di deterioramento, perché scatti la sanzione della decadenza dal diritto, occorre che esso consista in un deterioramento grave, di carattere permanente e tale da incidere sul valore del bene, menomandolo in maniera sensibile. Nei casi meno gravi, invece, l'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, limitarsi ad imporre all'usufruttuario una cauzione o adottare un provvedimento che lo privi di ogni potere di ingerenza sulle cose, disponendo magari che esse siano poste sotto amministrazione o locate a spese dell'usufruttuario stesso.

Ad ogni modo, il codice civile interviene a regolare compiutamente tutte le conseguenze che possono derivare dall'estinzione dell'usufrutto. Tra i profili esaminati, un'attenzione particolare va riservata alla sorte dei frutti della cosa concessa in usufrutto ed alla eventuale sopravvivenza del contratto di locazione concluso dall'usufruttuario. Sotto il primo aspetto, i frutti naturali e civili devono essere ripartiti tra usufruttuario e proprietario proporzionalmente alla durata del godimento del bene da parte di ciascuno; d'altro canto, i diritti personali di godimento sorti per volontà dell'usufruttuario, in linea generale, vengono meno in concomitanza con l'estinzione dell'usufrutto; **tuttavia, con riguardo alle locazioni, l'art. 999 c. c. introduce una deroga, stabilendo che i rapporti in corso di esecuzione alla cessazione dell'usufrutto, purchè risultino da atto pubblico o scrittura privata avente data certa anteriore, continuano per la durata stabilita dal contratto, anche se non per più di cinque anni. In particolare, poi,**

l'anteriorità della formazione di un contratto di locazione stipulato, con scrittura privata, dall'usufruttuario può stabilirsi anche provando il fatto che il nudo proprietario ne era a conoscenza.

Ai sensi dell'art. 999 cod. civ., nel caso di consolidazione dell'usufrutto per morte dell'usufruttuario, le locazioni da quest'ultimo concluse non possono protrarsi oltre il quinquennio dalla cessazione dell'usufrutto. La norma realizza un equo contemperamento tra il diritto del nudo proprietario e quello del conduttore, al quale è così assegnato un congruo termine per reperire altro immobile, e prevale sulla disciplina di cui alla legge 27 luglio 1978, n.392 (Corte Cassazione 26 maggio 2011, n.11602)

Le locazioni immobiliari stipulate dall'usufruttuario sono pertanto opponibili, per tutta la loro residua durata che comunque non può protrarsi oltre il quinquennio dalla cessazione dell'usufrutto, al pieno proprietario che consolidi la propria titolarità dominicale in conseguenza della cessazione dell'usufrutto, solamente qualora esse constino da atto pubblico ovvero da scrittura privata avente data certa anteriore.

Il nudo proprietario si trova in posizione di terzietà rispetto ai contratti conclusi dall'usufruttuario aventi ad oggetto il bene dato in usufrutto. La norma codicistica, in ipotesi di consolidazione dell'usufrutto, prescrive che comunque il contratto debba avere una durata non oltre il quinquennio dall'estinzione non potendo trovare applicazione la più lunga durata eventualmente prevista dalla disciplina generale in materia di locazioni di immobili urbani, e ciò significa che si privilegia il nudo proprietario al fine di fargli godere pienamente il bene, ma si tengono presenti anche le ragioni del conduttore, che all'epoca della stipula e, a meno che il locatore non gli abbia nascosto la sua qualità, contravvenendo al principio immanente in materia contrattuale della correttezza, sa bene che la locazione e' stata stipulata non già con il proprietario, ma con l'usufruttuario.

La regola prevista dall'art. 999 cod. civ. non è stata abrogata dalla legislazione successiva ma anzi prevale sulla disciplina di cui alla legge 27 luglio 1978, n.392 e secondo l'interpretazione, ormai consolidata, mentre la c.d. legge sull'equo canone detta la disciplina «generale» dei contratti di locazione urbani, l'art. 999 cod. civ. costituisce - invece - norma «speciale», in quanto diretta a disciplinare, con riguardo al tempo della cessazione dell'usufrutto, i contratti di locazione conclusi dall'usufruttuario (in tal senso si sono espresse Cass. 26 maggio 2011, n. 11602 e Cass. 10 aprile 2008, n.9345). Tuttavia la norma, introducendo una deroga al principio dell'efficacia strettamente personale del vincolo obbligatorio diretto a trasferire il godimento di un bene, ha natura eccezionale e non può trovare applicazione fuori dei casi da essa espressamente previsti, conseguentemente rientrano nella previsione di essa soltanto i contratti di locazione che abbiano per oggetto immobili urbani o fondi rustici e non pure i contratti di mezzadria e di colonia (Cass. 21 dicembre 1982, n.7060). Poichè ai sensi dell'art. 999 cod. civ., il

contratto di locazione stipulato dall'usufruttuario è opponibile allo stesso proprietario solo se risulti da scrittura avente data certa anteriore all'estinzione dell'usufrutto per consolidazione, ne consegue che non è opponibile al proprietario la locazione stipulata verbalmente. Perché il contratto possa essere opposto dal conduttore al nudo proprietario deve risultare da un atto scritto comunque idoneo a fornire la prova del contratto di locazione tra le parti.

A tale proposito, la Corte di Cassazione Civile con sentenza 25 febbraio 1999 n. 1643, in contrasto con il precedente orientamento che riteneva sufficiente la ricevuta del canone contenente un preciso riferimento al rapporto in corso (Corte Cassazione Civile Sez. III, 14 febbraio 1994 n. 1455), ha escluso che i requisiti prescritti dall'articolo 999 cod. civ. fossero soddisfatti dalle lettere a firma dell'usufruttuario spedite al convenuto, nelle quali si faceva espresso riferimento al contratto di locazione e dalle ricevute di pagamento del canone a firma dello stesso usufruttuario.

L'usufrutto e la donazione

L'art. 796 c.c. non consente al donante di riservare l'usufrutto dei beni donati a suo vantaggio e, dopo di lui, a vantaggio di altri soggetti, in ordine successivo. È, invece, ammesso l'usufrutto congiuntivo (ex art. 678 c.c.) in cui il godimento del diritto di usufrutto alla morte di ognuno passa ad altri chiamati, le cui quote si accrescono; tale accrescimento si concentra nella persona che sopravvive: solo alla morte dell'ultimo usufruttuario, l'usufrutto si estingue.

La donazione con riserva di usufrutto in favore di un terzo dà luogo a due distinti negozi: un trasferimento della nuda proprietà in favore del donatario, ed un'offerta di donazione dell'usufrutto in favore del terzo, improduttiva di effetti fino a che non intervenga l'accettazione del terzo medesimo, prima della morte del costituente, nella prescritta forma dell'atto pubblico. (Cass., 24 luglio 1975, n. 2899).

In caso di donazione con riserva di usufrutto a favore del donante e dopo di lui di un'altra persona, trattandosi di un'ulteriore donazione a favore del terzo, questo ultimo è tenuto ad accettare con le forme previste per tale tipo di contratto, ancorchè in un momento successivo, purchè in data anteriore al decesso del donante. (Trib. Napoli, 17 maggio 2006, Corr. Merito, 2006, 14, 1393 ss.). Si rammenta, ancora, come il diritto di usufrutto possa essere costituito anche mediante disposizione testamentaria, purché nei limiti di cui all'art. 698 c.c., che prevede: "La disposizione, con la quale è lasciato a più persone successivamente l'usufrutto, una rendita o un'annualità, ha valore soltanto a favore di quelli che alla morte del testatore si trovano primi chiamati a goderne".

Da quanto fino qui dedotto emerge che seppur non sia da escludere la possibilià di disporre tramite donazione del proprio diritto di usufrutto, questo non potrebbe eccedere la durata della vita del donante. È invece possibile che il proprietario di un immobile possa donare la nuda proprietà riservando l'usufrutto per sé e successivamente nei confronti di un singolo soggetto. In tal caso il diritto di

usufrutto seguirà la vita dell'ultimo usufruttuario, rientrando la piena proprietà, alla morte di questo, in capo al nudo proprietario.

La dottrina dominante ritiene che l'unica eccezione al divieto di usufrutto successivo (cfr. artt. 698 e 979 c.c.) sia rappresentata dalla donazione di nuda proprietà con riserva di usufrutto in favore del donante e dopo di lui in favore di una o più persone congiuntamente (Torrente 1956, 401).

In questa ipotesi, l'usufruttuario che dispone per atto inter vivos ed a titolo oneroso del proprio usufrutto, cede un diritto che non potrà mai eccedere la durata della propria vita.

In ogni caso si deve tenere conto che nel contratto aleatorio è incerto – al momento della stipulazione – il rapporto fra il sacrificio e il vantaggio derivante dal negozio, la vendita del diritto di usufrutto è un contratto commutativo, atteso che il valore del diritto, seppure con valutazione probabilistica, è determinato in modo obiettivo sulla base di coefficienti rapportati alla vita dell'usufruttuario e secondo un meccanismo stabilito dalla legge. (Cass., sez. II, 20 agosto 2004, n. 17399, Giust. Civ. Mass., 2004). Si può quindi concludere ritenendo che la donazione del diritto di usufrutto sia ammissibile, e tuttavia la durata del diritto non potrà eccedere la vita del donante. È invece possibile, nell'ambito di una donazione circa un bene immobile, riservare il diritto di usufrutto a favore di un soggetto specifico.In ogni caso, chi gode del diritto di usufrutto può disporne tramite atto inter vivos ed in tal caso il diritto si estinguerà alla morte dello stesso cedente; tuttavia, nell'ipotesi in cui il cessionario sia anche nudo prorietario, si verificherà l'estinzione immediata del diritto di usufrutto per c.d. consolidazione, talchè il nudo proprietario diverrà da subito pieno proprietario del bene in questione.

Il diritto di uso e il diritto di abitazione

Il diritto d'uso di mobili e/o immobili, definito dall'art. 1021 c. c., consente al suo titolare di servirsi di una cosa e, se fruttifera, di raccoglierne i frutti nei limiti dei bisogni propri e della propria famiglia, tenuto conto della condizione sociale del soggetto; il diritto di abitazione, delineato dall'art. 1022 c. c., invece, può essere esercitato esclusivamente dimorando nell'immobile adibito ad abitazione. Entrambe le situazioni giuridiche in commento si caratterizzano nel senso che l'usuario e l'habitator possono godere del bene soltanto in modo diretto e per un periodo di tempo limitato, senza trarre da esso i proventi ricavabili cedendolo o dandolo in locazione.

Tali diritti , oltre che nei modi già esaminati, sorgono anche per legge in via del tutto eccezionale, alla stregua dell'art. 540 c. c., secondo il quale sono riconosciuti al coniuge superstite il diritto di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la arredano se di proprietà del defunto o comune..

L'enfiteusi

Diritti reali di godimento su cosa altrui: l'enfiteuta ha lo stesso potere di godimento del fondo che spetta al proprietario, salvo l'obbligo di migliorare il fondo e di pagare al proprietario concedente un canone periodico. L'enfiteusi costituisce quel diritto reale di godimento su cose altrui che attribuisce al titolare lo stesso potere di godimento del fondo che spetta al proprietario, salvo l'obbligo di migliorare il fondo e di pagare al proprietario concedente un canone periodico. L'enfiteusi è, dunque, il più ampio dei diritti reali limitati, in quanto concede al suo titolare poteri quasi analoghi a quelli del proprietario. Può essere costituita su fondi agricoli ma anche su fondi urbani (enfiteusi urbana). La norma generale sulla disciplina giuridica dell'enfiteusi è contenuta nell'art. 957 c.c. il quale, nell'affermare che la disciplina dell'istituto è dettata dal titolo o, in mancanza, dalla legge, sancisce, però, l'inderogabilità di alcuni principi (durata, pagamento del canone, divieto di subenfiteusi, affrancazione del fondo).

Può convenirsi che l'enfiteuta non ceda il suo diritto per un periodo non eccedente i venti anni ma, in tal caso, la cessione posta in essere contravvenendo al divieto, non sarà invalida ma inefficace nei confronti del proprietario che potrà valersi della responsabilità solidale del cedente e del cessionario. A mente dell'art. 1077 cc l'enfiteuta ha anche il diritto di costituire servitù a carico o a favore del fondo enfiteutico; in caso di cessazione dell'enfiteusi, le servitù a carico del fondo si estinguono mentre di quelle a favore beneficia il proprietario a seguito della consolidazione del diritto di proprietà. II concedente del diritto di enfiteusi (che può essere anche una persona giuridica ex art. 977 c.c.), per contro, ha il diritto di veder migliorato il fondo e di ricevere un canone che può essere pattuito sotto forma di denaro o in natura (cfr. gli artt. 959 e 960 c.c.). L'art. 969 c.c. stabilisce, inoltre, in favore del concedente il diritto di ricognizione dell'enfiteusi il diritto, cioè, a veder riconosciuto il proprio diritto di proprietà da chi si trovi nel possesso del fondo enfiteutico un anno prima del compimento del ventennio (ciò al fine di evitare l'usucapione ove, successivamente alla concessione dell'enfiteusi siano avvenuti atti d'interversione del possesso).Si discute sulla natura giuridica dell'atto di ricognizione che, secondo la prevalente dottrina, costituisce un atto di riconoscimento con valenza puramente probatoria e non negoziale; ove, nell'atto di riconoscimento, sia trascritto il titolo, si potrebbe versare in un'ipotesi di riproduzione o di rinnovazione dell'atto costitutivo.

L'enfiteusi si costituisce con contratto, per donazione (anche se, nel caso di trasferimento a titolo gratuito si discute sulla possibilità di configurare l'operazione negoziale come una donazione in quanto l'obbligo del pagamento del canone escluderebbe la configurabilità della fattispecie della liberalità), per testamento o per usucapione; come già detto il diritto di enfiteusi può essere trasferito a titolo oneroso.

Affrancazione

Tra i diritti essenziali che spettano all'enfiteuta vi è il diritto all'affrancazione dell'enfiteusi. Con l'affrancazione, l'enfiteuta, infatti, pagando una somma risultante dalla capitalizzazione del canone annuo e pari, a mente dell'art. 10 della L. n. 1138 del 18 dicembre 1970, a 15 volte l'ammontare del canone stesso, diventa proprietario del fondo enfiteutico. Deve sottolinearsi che il diritto all'affrancazione dell'enfiteusi può essere fatto valere solo con domanda giudiziale anche se gli effetti della sentenza retroagiscono al momento della proposizione della domanda. Il diritto all'affrancazione dell'enfiteusi prevale sul diritto alla devoluzione del fondo, sul diritto, cioè, del proprietario del fondo di chiederne la restituzione allorché l'enfiteuta non apporti i dovuti miglioramenti al fondo enfiteutico ovvero ometta di pagare due annualità di canone. Nel giudizio incardinato per la devoluzione del fondo da parte del proprietario, l'enfiteuta potrà evitare le conseguenze della devoluzione stessa alternativamente sanando la morosità prima della conclusione del giudizio di primo grado ovvero domandando l'affrancazione dell'enfiteusi (cfr. gli artt. 971 e 972 c.c.).

Devoluzione

È un diritto potestativo del proprietario il quale, in caso di inadempimento degli obblighi fondamentali da parte dell'enfiteuta, può ottenere la liberazione del fondo, chiedendo all'Autorità Giudiziaria una sentenza costitutiva che pronunzi la caducazione dell'enfiteusi, con conseguente consolidamento, a favore del concedente, del dominio utile e del dominio diretto (azione di devoluzione). La devoluzione ha come presupposto un inadempimento qualificato da parte dell'enfiteuta, consistente nel deterioramento o nel mancato miglioramento del fondo o nella mora del pagamento di due annualità del canone.

Ricognizione

È l'atto che il concedente può richiedere a chi sia nel possesso del fondo in vista del compiersi di un ventennio al fine di evitare il maturarsi dell'usucapione (art. 969 c.c.). Si tratta di un atto di accertamento con valore probatorio, con il quale le parti, allo scopo di dare certezza giuridica ad un rapporto già in corso, riconoscono ed affermano l'esistenza di questo fin dall'origine, quale esso è sorto, con il suo contenuto e le sue clausole originarie.

Estinzione

L'enfiteusi si estingue per:

- scadenza del termine, se si tratta di enfiteusi temporanea (in tal caso la durata non può essere inferiore a venti anni);
- perimento totale del fondo;
- non uso del diritto da parte dell'enfiteuta, protratto per venti anni;
- affrancazione;
- devoluzione.

. a servitù prediale è il diritto reale che "consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario" (art. 1027 cod.civ.).

Le Servitù prediali

di Michele Iaselli

1. Nozione

Le servitù sono diritti reali (dal latino praedium = fondo) che presuppongono l'esistenza di due fondi. Secondo l'art. 1027 c.c. la servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo (servente) a vantaggio di un fondo limitrofo o vicino (dominante).

Due sono le condizioni poste dalla norma:

- che i fondi anche se non confinanti siano almeno vicini, così da permettere l'esercizio della servitù. Non costituiscono servitù prediali i diritti e le servitù di uso pubblico (spettanti ad esempio a cittadini che hanno la facoltà di visitare una villa di interesse artistico o passeggiare in un parco);
- deve essere ravvisabile un'effettiva utilità pur se non perpetua, ma provvisoria (l'utilità non è soggettiva ma è oggettiva, riferita all'oggetto cioè al fondo nella sua concreta destinazione e conformazione).

La servitù come qualunque altro ius in re aliena, rappresenta una facoltà del proprietario di un immobile che intanto rileva, in quanto è attribuita ad un soggetto diverso. Vige, infatti, il principio che il titolare del diritto di proprietà non può godere del suo fondo a titolo di servitù, in quanto se ne serve già come proprietario, principio icasticamente scolpito nell'espressione: nemini res sua servit.

La servitù, quindi, richiede una duplicità di soggetti, e tale intersoggettività sussiste anche quando il proprietario di un fondo sia comproprietario dell'altro, nonché una duplicità di beni. La servitù è, pertanto, un diritto reale di godimento su fondo altrui, appartenente ad un diverso soggetto.

2. Costituzione

Si distingue tra:

Servitù volontarie. Si può costituire una servitù a favore di un altro soggetto in modo volontario con atto inter vivos cioè con contratto o con atto mortis causa cioè con testamento. Il contratto può essere a titolo gratuito e dovrà rivestire la forma della donazione. Non è possibile costituire una servitù con atto unilaterale che non sia mortis causa cioè testamento.

Servitù coattive. Sono un numero limitato di servitù corrispondenti a quelle particolari situazioni nelle quali il legislatore ha riscontrato la necessità di imporre un peso su di un fondo a favore di un altro fondo, al fine di consentire al proprietario di questo fondo una proficua utilizzazione. Sono quelle particolari situazioni nelle quali, in mancanza di contratto e quindi di accordo, la servitù viene costituita a seguito di una sentenza o con atto amministrativo da parte della pubblica amministrazione. Anche in osservanza di un contratto, il titolare del fondo dominante deve corrispondere una indennità in favore del titolare del fondo servente. La sentenza o l'atto amministrativo stabilisce le modalità della servitù e determina l'indennità. Il pagamento dell'indennità è indispensabile perché il titolare della servitù possa esercitare il suo diritto altrimenti il titolare del fondo servente può opporsi. Sono servitù coattive:

- servitù di acquedotto e scarico;

- servitù di somministrazione di acqua;

- servitù elettrodotto coattivo;

- servitù di passaggio coattivo.

Quest'ultimo caso (sono esenti i cortili, le case, i cortili, i giardini, le aie ad esse attinenti) presuppone che un fondo (dominante) sia intercluso da altri fondi e non abbia accesso alle via pubblica. Di conseguenza può ottenersi il passaggio attraverso il fondo (servente) che permette con minore danno l'accesso più breve alla via pubblica. Le parti possono costituire la servitù con un contratto e quindi costituire una servitù volontaria, stabilendo anche l'indennità. Ma in mancanza di un accordo, il proprietario del fondo intercluso ha diritto (esperendo un'azione giudiziale) ad ottenere la servitù che non sarà più volontaria ma coattiva. Tale diritto è imprescrittibile e si ritiene sia anche irrinunciabile. L'azione può essere esperita non solo dal proprietario ma anche dal titolare di un diritto reale di godimento sul bene.

In merito a tale tipologia di servitù, la Suprema Corte ha ammesso che "la possibilità di costituire un passaggio coattivo in favore di un fondo che, benché circondato da altri, fruisca di accesso alla via pubblica in forza di servitù volontaria su altro fondo, al fine di consentirne un altro sbocco sulla via pubblica, esula, dalla previsione dell'art. 1051 c.c., restando regolata dal successivo art. 1052 c.c.; in questo caso il diritto alla costituzione della servitù è condizionato all'esistenza dei seguenti presupposti: che il preesistente accesso sia inidoneo od insufficiente, che il suo

ampliamento sia materialmente irrealizzabile od eccessivamente oneroso e che il nuovo passaggio risponda in concreto alle esigenze di sfruttamento agricolo od industriale del fondo dominante, senza impedire o compromettere analoghe utilizzazioni del fondo servente (Cass. 20 febbraio 2012, n. 3125). In dottrina c'è chi ritiene che la legge attribuisca al titolare del fondo dominante un diritto di credito ad ottenere dal titolare del fondo servente la costituzione di una servitù e quest'ultimo di conseguenza abbia il relativo obbligo; altri ritengono che il titolare della servitù sia anche titolare di un diritto potestativo per la cui realizzazione non sarebbe sufficiente la sola manifestazione di volontà, come di regola, ma occorrerebbe l'intermediazione di una sentenza.

3. Disciplina

La legge detta delle norme volte a regolare l'esercizio della servitù e i contrapposti interessi dei proprietari di due fondi:

- la servitù va esercitata in modo conforme al titolo e al possesso e in caso di dubbio, va esercitata in modo da arrecare minor aggravio al fondo servente;
- il proprietario del fondo dominante non può fare innovazioni che rendono più gravosa la condizione del fondo servente;
- il proprietario del fondo servente può trasferire l'esercizio della sua servitù in luogo diverso da quello nel quale essa era stata stabilita originariamente, ma solo se tale esercizio sia divenuto più gravoso o impedisca di fare lavori, riparazioni o miglioramenti;
- il proprietario del fondo dominante, nel fare le opere sul fondo servente, deve scegliere i modi e i tempi che arrechino minore incomodo al proprietario del fondo servente;
- se il fondo dominante viene diviso, la servitù è a vantaggio di tutti i nuovi fondi, nei limiti in cui non si renda più gravosa alla condizione del fondo servente.

4. Tipicità

Il principio di tipicità in materia di diritti reali viene desunto dall'art. 832 c.c. secondo il quale i limiti al diritto di proprietà possono essere stabiliti solo dalla legge. Il principio ha ragioni storiche derivanti dalla concezione - ormai superata - della proprietà come diritto pieno, ma ha anche un suo fondamento attuale derivante dall'esigenza di garantire la libera circolazione della proprietà e la tutela dell'affidamento dei terzi: questi ultimi possono conoscere e quindi essere chiamati a rispettare solo quei vincoli definiti dalla legge e non quelli stabiliti dai contratti che hanno efficacia relativa. In materia di tipicità si pone una specifica problematica relativamente alle servitù: invero mentre le servitù coatte sono tipiche e nominate, nelle servitù volontarie solo lo schema è tipizzato dal legislatore mentre il contenuto

del diritto può essere definito dall'autonomia delle parti. E' necessario quindi approfondire lo schema tipico di cui all'art. 1027 c.c. la cui individuazione nelle fattispecie concrete previste dai soggetti interessati è essenziale per comprendere se si rientri nella figura del diritto reale, ovvero se i privati nell'esercizio del loro potere di autonomia abbiano inteso realizzare un rapporto obbligatorio.

Tre sono i caratteri indefettibili della servitù:

- l'utilità per il fondo dominante da valutarsi in termini oggettivi,
- l'esistenza di un peso che gravi sul fondo servente,
- l'appartenenza dei due fondi a proprietari diversi.

Quanto al primo elemento occorre affrontare le problematiche connesse al significato di utilità. Anzitutto questa deve essere valutata oggettivamente, in relazione alla funzione del fondo e non agli interessi particolari della persona del proprietario (ad esempio la servitù di costruire secondo un certo stile architettonico non realizza un'utilità oggettiva per il fondo e non può integrare il contenuto del diritto reale di servitù). In tale ottica non sono state ritenute ammissibili le servitù aziendali nelle quali il collegamento funzionale è tra l'azienda ed il fondo e non tra i due fondi: si fa l'esempio della servitù di appoggio dell'insegna dell'azienda che per le ragioni esposte costituisce diritto di credito (BRANCA). Si può parlare di servitù solo quando il rapporto si instauri tra i due fondi: è questo il caso di una servitù di acquedotto su fondo servente che sia funzionale all'industria esistente sul fondo dominante. L'utilità può essere anche futura (servitù di acqua in funzione di una futura determinata destinazione agricola del fondo dominante).

Quanto al secondo elemento della servitù costituito dal peso gravante su un fondo va specificato che questo non deve consistere in un asservimento totale: ad esempio non è configurabile una servitù di prodotti del fondo servente in favore del fondo dominante (TRABUCCHI). Ciò viene desunto dal 1° comma dell'art. 1064 c.c. che nel prevedere l'estensione del diritto di servitù specifica che esso comprende "tutto ciò che è necessario per usarne", mentre l'art. 1065 c.c. stabilisce quale regola interpretativa circa il contenuto della servitù che questa deve ritenersi costituita in modo tale da soddisfare il bisogno del fondo dominante con il minor aggravio per il fondo servente. In altri termini il legislatore nel dettare la disciplina relativa al contenuto delle servitù si preoccupa di tutelare il titolare del fondo servente il quale non può essere privato di tutte le sue facoltà. L'elemento in esame comunque evidenzia ulteriormente che il rapporto deve sussistere tra i beni e non tra i soggetti, in quanto la maggiore utilità del fondo dominante deve derivare direttamente dalle caratteristiche del fondo servente che consentano l'imposizione del peso.

Quanto al terzo elemento relativo all'appartenenza a diverso proprietario va specificato che il principio non trova applicazione nell'ipotesi in cui il proprietario

esclusivo di un fondo sia comproprietario dell'altro fondo, né quando il proprietario dei due fondo ne abbia concesso uno in usufrutto o in enfiteusi conservando per sé solo la nuda proprietà. Sono ammesse inoltre le servitù reciproche che si realizzano quando i proprietari di due fondi vicini concordino di imporre un peso sopra ciascun fondo; in tal caso si è in presenza comunque di due distinti diritti reali per cui non è possibile invocare l'eccezione di inadempimento nel caso di mancato rispetto della servitù da parte di uno dei contraenti. Le servitù reciproche vanno in ogni caso distinte dai limiti legali alla proprietà i quali nascono automaticamente e non rappresentano un autonomo diritto ma costituiscono il contenuto del medesimo diritto di proprietà.

E' affermazione pacifica in dottrina che la servitù in quanto diritto reale non può consistere in un obbligo di fare per il titolare del fondo servente, giacché l'utilità del fondo dominante, come già osservato, deve essere tratta direttamente dall'altrui bene. In altri termini ciò significa che il peso imposto sul fondo servente deve avere natura reale e quindi è inammissibile in linea di principio porre attività a carico del titolare del fondo servente. Tuttavia l'art. 1030 c.c. ammette la possibilità di costituire obblighi esterni, accessori alla servitù, in capo al titolare del fondo servente. Tali obblighi possono essere stabiliti dall'accordo delle parti ovvero dalla legge.

La natura giuridica degli obblighi in esame è quella delle obbligazioni reali, data la loro funzione strumentale rispetto all'esercizio della servitù (Cassazione, 21 luglio 1967, n. 1899 ed in senso conforme 28 gennaio 1987, n. 775). Dalla natura di obbligazione propter rem deriva il carattere ambulatoriale per cui il soggetto attivo o passivo dell'obbligazione muta con il mutare dei titolari dei fondi, sempre che il rapporto obbligatorio risulti da atto scritto e debitamente trascritto ex art. 2645 c.c. (Cassazione, 26 luglio 1983, n. 5129).

Dottrina (BRANCA) e giurisprudenza (Cassazione, 24 febbraio 1981, n. 1131) sono concordi nel ritenere che siano applicabili le norme sui contratti in tema di inadempimento. E' quindi possibile che il titolare del fondo dominante richieda il risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale (azione che prescrive in dieci anni) ovvero eccepisca l'inadempimento qualora da parte del titolare del fondo servente inadempiente gli venga richiesto il corrispettivo pattuito.

Discussa è invece l'applicazione delle norme sulla eccessiva onerosità sopravvenuta. Invero la dottrina (BRANCA) la ammette in base alla considerazione che essa è compatibile con la ratio della disciplina della servitù che prevede il minor aggravio del fondo servente secondo le esigenze esistenti al momento della costituzione del diritto e con la natura contrattuale degli obblighi imposti che consente il richiamo alle norme generali sulla risoluzione. La Suprema Corte, invece, sottolineando il carattere meramente accessorio degli obblighi rispetto al contenuto essenziale della

servitù - che deve conservare il suo carattere prediale - esclude l'azione di risoluzione (Cassazione, 30 ottobre 1956, n. 4062).

Il dibattito sulla disciplina relativa agli obblighi accessori della servitù deriva dalla sempre maggiore difficoltà nel distinguere tra diritti reali di godimento e diritti personali di godimento. Invero in alcune servitù (ad esempio le servitù di non edificare) il soddisfacimento del titolare dipende dal comportamento di colui che ha la disponibilità del fondo servente. Tuttavia la distinzione tra diritto reale e diritto personale non è priva di rilievo in quanto se il diritto è personale dovranno ritenersi ammissibili i rimedi previsti in materia obbligatoria, quale ad esempio l'azione di inadempimento, mentre se il diritto è reale sarà ammissibile l'azione possessoria. Proprio in tale ottica e per maggior coerenza, una parte della giurisprudenza ha escluso l'esperibilità in materia di inadempimento degli obblighi accessori delle azioni previste per i rapporti obbligatori e ha sostenuto debbano, anche in tal caso, esperirsi le azioni possessorie (Cassazione, 18 giugno 1981, n. 4011).

5. Tipologia

Si distinguono nel nostro ordinamento diverse tipologie di servitù:

- **Apparenti e non apparenti**. La differenza tra le due servitù è relativa alla esistenza o meno di opere visibili e permanenti necessarie per l'esercizio delle servitù stesse.

In particolare la servitù può considerarsi apparente quando esistano opere permanenti (artificiali o naturali) obiettivamente destinate al suo esercizio e tali da rivelare per la loro struttura e funzionalità l'esistenza del peso gravante sul fondo servente. In assenza di opere visibili la servitù si definisce non apparente (è questo il caso scolastico della servitù di passaggio per la quale non esista nessuna opera stabile, ma solo un sentiero naturalmente formatosi per il calpestio nel tempo). Si discute invece se siano apparenti oppure no le servitù di luce e d'aria in quanto benché esse si concretino in opere stabili non si potrebbe da esse argomentare in modo obiettivo e non equivoco l'esistenza di un peso sulla proprietà contigua (il proprietario del fondo servente potrebbe limitarsi a tollerare la presenza delle luci: in tal senso Cassazione, SS.UU., sentenza 21 novembre 1996, n. 10285).

Il legislatore nel distinguere all'art. 1061 c.c. tra le due figure di servitù esclude che le servitù non apparenti possano essere acquisite per usucapione.

Se la ratio del divieto fosse da ravvisare nella impossibilità di configurare il possesso per assenza di materialità dell'oggetto del diritto dovrebbe desumersi dalla norma anche la esclusione di ogni forma di tutela possessoria.

Tuttavia il fondamento dell'art. 1061 c.c. è da ravvisare nei particolari requisiti che il possesso ad usucapionem deve presentare ed in particolare nel carattere non

clandestino dovendo consentirsi al proprietario la possibilità di conoscere dell'altrui potere sulla cosa. Ne deriva che la presenza di opere visibili e permanenti indicative di un transito configura requisito solo ai fini dell'acquisto della servitù per usucapione o per destinazione del padre di famiglia, mentre non è richiesta per la tutela possessoria essendo all'uopo sufficiente la prova dell'esercizio della servitù di transito (Cassazione, SS.UU., sentenza 18 febbraio 1989, n. 958).

Esempio: non è opera visibile e permanente un sentiero formatosi sul fondo servente per effetto del calpestio. Mentre, sarebbe un'opera visibile e permanente, un ponte.

- **Affermative e negative**. Le prime consistono in un atteggiamento attivo da parte del titolare (ovvero, l'esercizio del diritto) e il titolare del fondo servente deve solo subire la altrui iniziativa. Le seconde, consentono al titolare di vietare al proprietario del fondo servente, di svolgere una determinata attività (esempio: servitù di non edificare).

- **Continue e discontinue.** La servitù di acquedotto è continua. La servitù di passaggio è discontinua.

6. Estinzione

- Per confusione: cioè quando si riunisce in una sola persona il diritto di proprietà del fondo dominante e di quello servente;

- per non uso: il diritto si prescrive quando la servitù non sia esercitata per 20 anni dal momento in cui, con sufficiente certezza, sia dimostrabile che è cessato l'esercizio, o è successo un fatto che ha reso l'uso impossibile;

- per inutilizzabilità e inutilità sopravvenute: il diritto non si estingue anche se vi è l'impossibilità ad utilizzare la servitù o viene meno l'utilità della stessa, a meno che non siano trascorsi 20 anni oppure a meno che il fondo perisca totalmente perché ad esempio sommerso dalle acque in modo permanente. Invece, la servitù esercitata in modo atto a trarne una minore utilità qualitativa o quantitativa non è motivo di estinzione della servitù;

- estinzione enfiteusi: le servitù che sono state costituite a carico del fondo enfiteutico, si estinguono quando si estingue il diritto di enfiteusi. Le servitù costituite dall'enfiteuta o dall'usufruttario in favore del fondo sopravvivono all'estinzione dell'enfiteusi o dell'usufrutto;

- scadenza del termine: alle servitù volontarie potrebbe essere opposto un termine (iniziale o finale) o una condizione (sospensiva o risolutiva). L'avverarsi della condizione risolutiva o la scadenza del termine finale, determinerebbero l'estinzione.

Ma vi sono anche casi di soppressione della servitù quando viene meno il presupposto di legge (esempio: l'interclusione del fondo) oppure quando il fondo muta destinazione.

La comunione

La comunione è un fenomeno giuridico di contitolarità di diritti, che si realizza ogni qual volta più soggetti hanno in comune la proprietà o altro diritto reale su un bene, mobile o immobile che sia, e ciascuno dei partecipanti (detti "comunisti") è proprietario (o titolare del diritto reale, vuoi di godimento, come l'usufrutto, vuoi di garanzia, come il pegno) per l'intero del bene in comunione. A differenza del condominio (per il quale si veda la Guida al Condominio) come vedremo a breve), nella comunione ogni partecipante ha un solo diritto: quello sulla totale proprietà comune indivisa, tanto che non è identificabile, nella res in comunione, una porzione specifica il cui godimento spetti, in via esclusiva, a uno o più dei comunisti.

Alla comunione in senso stretto, il codice dedica ben diciassette articoli, raggruppati nel capo I del titolo VII, a sua volta contenuto nel libro III intitolato "della proprietà" (cfr. artt. 1100 – 1116 c.c.).

Vari tipi di comunione

All'interno del genus "comunione" è possibile operare una serie di partizioni. Una prima distinzione rilevante è quella tra comunione ordinaria e comunione forzosa: ricorre la prima allorché sono le parti a decidere, con un atto di autonomia privata, la costituzione della comunione e ciascun comunista ha la facoltà (che può essere inibita al massimo per un decennio e che la dottrina qualifica come diritto potestativo) di chiedere la divisione. Si tratta di comunione forzosa, invece, quando tale facoltà non spetta ai partecipanti, poiché, se si procedesse alla divisione, il bene di cui si ha la contitolarità non sarebbe più idoneo a svolgere la funzione cui era preposto (caso esemplare è la comunione forzosa del muro, di cui agli artt. 874 e 875 c.c.).

Altra partizione importante è quella fondata sul titolo in base al quale la comunione nasce: quest'ultima è detta "legale" se esso risiede nella legge, "volontaria", se esso è rappresentato da una convenzione liberamente stipulata tra due o più soggetti, "incidentale", se trae origine da un atto indipendente dal volere dei partecipanti, come nel caso tipico della comunione ereditaria.

La comunione dei beni tra coniugi

Quando si parla di comunione dei beni tra coniugi è bene preliminarmente fare una chiarificazione terminologica, distinguendo tra la comunione legale e la comunione ordinaria dei beni.

In passato, prima della riforma del 1975 il regime legale adottato nel caso in cui i coniugi non abbiano stipulato uno specifico accordo era quello della separazione dei beni. Successivamente ed ancora oggi, il regime legale è quello della comunione dei beni. Il Codice Civile stabilisce quali sono i beni che costituiscono oggetto della

comunione (art.177 c.c.) e quelli che invece vengono definiti "beni personali" e che ne sono pertanto esclusi (art.179 c.c.).

In sostanza fanno parte della comunione:

a) gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali;

b) i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione;

c) i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati;

d) le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio. Qualora si tratti di aziende appartenenti ad uno dei coniugi anteriormente al matrimonio ma gestite da entrambi, la comunione concerne solo gli utili e gli incrementi.

Sono invece esclusi dalla comunione perché considerati beni personali quelli il cui coniuge era proprietario prima del matrimonio, quelli che ha acquistato anche durante il matrimonio per successione o per donazione e i beni di uso personale o che sono da considerarsi necessari per l'esercizio di una professione.

Amministrazione dei beni della comunione

Entrambi i coniugi hanno l'amministrazione disgiunta sui beni della comunione ma se debbono compiere atti che eccedono l'ordinaria amministrazione ogni decisione deve essere presa congiuntamente come dispone l'articolo 180 del Codice Civile. È chiaro che possono sorgere dei disaccordi ma nel caso di rifiuto del consenso di uno dei coniugi su un atto di straordinaria amministrazione è possibile per l'altro rivolgersi al giudice ai sensi dell'articolo 181 e chiedere l'autorizzazione al compimento dell'atto. Le conseguenze di atti compiuti senza il consenso dell'altro coniuge sono indicate nell'articolo 184 del Codice Civile: "Gli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro coniuge e da questo non convalidati sono annullabili se riguardano beni immobili o beni mobili elencati nell'articolo 2683.

L'azione può essere proposta dal coniuge il cui consenso era necessario entro un anno dalla data in cui ha avuto conoscenza dell'atto e in ogni caso entro un anno dalla data di trascrizione. Se l'atto non sia stato trascritto e quando il coniuge non ne abbia avuto conoscenza prima dello scioglimento della comunione l'azione non può essere proposta oltre l'anno dallo scioglimento stesso.

Se gli atti riguardano beni mobili diversi da quelli indicati nel primo comma, il coniuge che li ha compiuti senza il consenso dell'altro è obbligato su istanza di quest'ultimo a ricostituire la comunione nello stato in cui era prima del compimento dell'atto o, qualora ciò non sia possibile, al pagamento dell'equivalente secondo i valori correnti all'epoca della ricostituzione della comunione".

Di cosa rispondono i beni della comunione (i creditori)

I beni della comunione legale rispondono di tutti i pesi e gli oneri gravanti su di essi al momento dell'acquisto, di tutti i carichi dell'amministrazione, delle spese per il mantenimento della famiglia e per l'istruzione e l'educazione dei figli e di ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia, di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi.

Per quanto riguarda le obbligazioni contratte separatamente dai coniugi i beni della comunione rispondono fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato quando i creditori non sono in grado di soddisfarsi sui beni personali per le obbligazioni contratte da uno dei coniugi senza il consenso dell'altro.

In altri termini chi ha un credito nei confronti di un singolo coniuge non può soddisfarsi sui beni della comunione se c'è la possibilità di soddisfarsi sui beni personali del loro debitore. Solo se questi beni non sono sufficienti allora è possibile aggredire anche beni in comunione tra i coniugi limitatamente alla quota di proprietà del coniuge debitore.

Anche in questo caso però bisogna considerare che se dovesse sorgere un conflitto con i creditori della comunione, questi ultimi sono preferiti ai creditori particolari del singolo coniuge.

La possibilità per i creditori particolari di uno dei coniugi di soddisfarsi sui beni della comunione sussiste anche se il credito è sorto prima delle nozze. In tal caso si tratta di un credito vantato nei confronti di un solo coniuge e per questo, vale anche qui la regola della possibilità di colpire i beni della comunione solo in via sussidiaria rispetto ai beni personali del coniuge che debbono quindi essere aggrediti per primi.

Cosa accade invece quando i creditori della comunione non riescono soddisfarsi per intero del loro credito? La regola stabilita dall'articolo 190 è che "I creditori possono agire in via sussidiaria sui beni personali di ciascuno dei coniugi, nella misura della metà del credito, quando i beni della comunione non sono sufficienti a soddisfare i debiti su di essa gravanti".

Diritti dei comunisti

La circostanza che il bene non è di esclusiva proprietà, ma è condiviso con gli altri in ragione della quota di appartenenza di ciascuno (quota che si presume uguale, fino a prova contraria, ex art. 1101 c.c.), comporta una serie di rilevanti conseguenze. Innanzitutto, nell'utilizzo della res, ossia nel godimento delle utilità offerte dal bene nella sua interezza, ciascun comunista deve rispettare due limiti fondamentali: quello di non alterare la destinazione della cosa e quello di non impedire che gli altri partecipanti ne facciano pari uso (cfr. art. 1102 c.c.). Per quanto riguarda la gestione della cosa comune, poi, essa avviene in forma congiunta, avendo ogni comunista il diritto di concorrere all'amministrazione della cosa, salva restando la facoltà di delegare l'amministrazione stessa a uno o più partecipanti o affidarla ad un

amministratore scelto da questi. La gestione congiunta avviene sulla base del principio maggioritario (cfr. artt. 1105, 1106, 1108 c.c.), il quale tiene conto non già del numero delle persone, bensì del valore delle quote possedute da ciascuno. Mentre per gli atti di ordinaria amministrazione è sufficiente la maggioranza semplice dei voti (metà del valore più uno), per quelli di straordinaria amministrazione è indispensabile che la decisione sia approvata da una maggioranza qualificata (corrispondente ai due terzi del valore complessivo del bene). Oltre a richiedere un consenso più ampio, per gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, il legislatore ha introdotto anche due ulteriori vincoli: il divieto di ledere l'interesse di alcuno dei comunisti e, qualora si vogliano apportare innovazioni dirette al miglioramento della res ovvero a renderne semplicemente più comodo o redditizio il godimento, poiché si tratta affatto di interventi non necessari, essi non devono essere tali da comportare una spesa eccessivamente gravosa.

Atti di disposizione del bene e doveri dei comunisti

Per quanto riguarda, invece, gli atti "di disposizione" della res, quali l'alienazione, la locazione ultranovennale o la costituzione su di essa di diritti reali di godimento, è imprescindibile ottenere il consenso di tutti i partecipanti, ferma restando la facoltà di ogni comunista di cedere la propria quota, determinando, in capo all'acquirente, l'acquisizione di pari diritti nel godimento (cfr. art. 1103 c.c.). Qualora la maggioranza abusi dei suoi diritti, contravvenendo alle regole appena viste, i singoli contitolari potranno impugnare la delibera davanti al giudice, come previsto dall'art. 1109 del codice civile. Tra i diritti dei comunisti vi è anche quello di chiedere lo scioglimento della comunione, facoltà che l'art. 1111 del codice civile riconosce a ogni singolo partecipante; il diritto potestativo suddetto spetta anche se il bene è indivisibile, con la precisazione che, nell'eventualità che non sia realizzabile un'assegnazione in natura del bene, lo si potrà vendere e dividerne i relativi frutti.

Per quanto riguarda i doveri, tutti i partecipanti sono responsabili in solido e dovranno obbligatoriamente partecipare alle spese necessarie per manutenzioni e riparazioni onde conservare in buono stato il bene posseduto in comune (ex art. 1104 c.c.). Anche in merito alla ripartizione delle spese vige il principio generale dell'imputazione pro quota. Qualora, poi, un partecipante non intenda accollarsi la propria parte dell'onere richiesto, può decidere in ogni momento di procedere al c.d. "abbandono liberatorio", rinunciando alla propria posizione di contitolare (facoltà esclusa nel condominio degli edifici, come stiamo per vedere).

Lo scioglimento della comunione

Infine, allo scioglimento della comunione ordinaria si procede mediante divisione, negoziale, se tutti i comunisti sono concordi ovvero giudiziale, quindi per ordine del Tribunale su domanda di uno dei partecipanti che “può chiedere in qualsiasi momento lo scioglimento”, salvo si tratti di cose che, se divise, cesserebbero di

servire all'uso cui sono destinate (artt. 1111 e 1112 c.c.). Se possibile, la divisione si attua in natura, trasformando le quote ideali in parti fisiche della res, altrimenti si procede alla sua assegnazione in proprietà ad uno dei partecipanti, che verserà in denaro il valore della loro quota, oppure alla sua vendita con conseguente ripartizione dei ricavi tra i partecipanti.

Il condominio

La figura del condominio ricorre quando coesistono, in un medesimo edificio, più unità immobiliari in proprietà esclusiva di singoli condomini e parti comuni strutturalmente e funzionalmente connesse al complesso delle prime. Gli appartamenti sono oggetto di proprietà solitaria dei singoli, mentre altre parti, cd. parti comuni, specificamente indicate dalla legge (quali, a mero titolo esemplificativo, il suolo, i parcheggi e i cortili) sono oggetto di comproprietà tra tutti.

Posto che, a livello sistematico, il Titolo VII della comunione contiene al proprio interno, al capo II, la disciplina del condominio, si è ritenuto che tra i due istituti intercorra un rapporto di genere a specie, anche alla luce del rinvio generale di cui all'art. 1139 c.c.

In particolare, il condominio sarebbe una comunione forzosa.

Prima di analizzare le differenze tra le figure in parola, pare opportuno premettere qualche breve cenno sulla specifica normativa di riferimento (artt. 1117 ss c.c.), peraltro oggetto di un recente intervento riformatore (l. 220/2012).

Il diritto di ciascun condomino sulle parti comuni

Salva diversa disposizione del titolo, il diritto di ciascun condomino sulle parti comuni è proporzionale al valore della relativa unità immobiliare e, trattandosi appunto di comunione forzosa, non è possibile né rinunciarvi né sottrarsi al pagamento delle relative spese.

Stante il rinvio, deve ritenersi applicabile l'art. 1102 c.c. in tema di uso della cosa comune (c.d. uso promiscuo) e di miglioramenti, rispetto al quale vale la pena di precisare che "la nozione di pari uso della cosa comune non va intesa nei termini di assoluta identità dell'utilizzazione del bene da parte di ciascun comproprietario, in quanto l'identità nel tempo e nello spazio di tale uso comporterebbe un sostanziale divieto per ogni partecipante di servirsi del bene a proprio esclusivo o particolare vantaggio, pure laddove non risulti alterato il rapporto di equilibrio tra i condomini nel godimento dell'oggetto della comunione".

Invero, per pacifica giurisprudenza, non è necessario che gli utilizzi dei singoli condomini siano corrispondenti, non essendo "precluso al comproprietario il diritto di trarre dal bene condominiale una utilità maggiore e più intensa rispetto agli altri comproprietari, ovviamente nel rispetto dei paletti imposti dall'art. 1102 c.c.".

Le differenze tra comunione ordinaria e condominio

Il diritto del singolo. Passando ai tratti peculiari, una prima caratteristica consiste nel diritto di cui il singolo è titolare, giacché il comunista vanta un diritto sull'intera cosa, mentre il condomino è titolare sia di un diritto sulla cosa comune che di un diritto di proprietà esclusiva sul proprio immobile.

Le quote. Inoltre, se è vero che in entrambi i casi le singole partecipazioni sono identificabili dalle quote ideali, è anche vero che nella comunione esse si presumono uguali (art. 1101 c.c.), mentre nel condominio sono proporzionali al valore dell'unità immobiliare ed espresse in millesimi (art. 1118 c.c.).

Le quote servono per individuare la misura in cui i singoli sono tenuti a partecipare alle spese per la cosa comune, con la differenza che il comunista può rinunciare al suo diritto mentre ciò è precluso al condomino, se non congiuntamente alla porzione immobiliare di proprietà esclusiva.

A tal proposito è stato precisato che è nulla la clausola, contenuta in un contratto di vendita di un'unità immobiliare di un condominio, che escluda dal trasferimento la proprietà di alcune delle parti comuni, perché in questo modo si attuerebbe una rinuncia del condomino alle predette parti, vietata dal capoverso dell'art 1118 c.c.

Invero, la ratio che giustifica la differente disciplina risiede nella "diversa utilità dei beni che formano oggetto del condominio e della comunione: rispettivamente, l'utilità strumentale e l'utilità finale. Le parti comuni dal codice sono considerate beni strumentali al godimento dei piani o delle porzioni di piano in proprietà esclusiva; cose in comunione costituiscono beni autonomi, suscettibili di utilità fine a sé stessa e come tali sono considerate". In altre parole, le parti condominiali comuni, essendo serventi rispetto all'utilizzo dell'immobile in proprietà solitaria, sono necessarie per il suo godimento, con la conseguenza che la cessione delle parti comuni può avvenire solo contestualmente alla cessione dell'immobile; al contrario, con riferimento alla cosa in comunione, ciascun comunista può sempre disporre della propria quota (art. 1103 c.c.).

Lo scioglimento della comunione. Per le medesime ragioni, la legge ammette ciascun partecipante a chiedere lo scioglimento della comunione, a meno che la divisione delle cose impedisca alle stesse di servire all'uso cui sono destinate (artt. 1111 e 1112 c.c.), laddove nel condominio vige la regola della indivisibilità, salve eccezioni (art. 1119 c.c.). Del resto, neppure in relazione all'immobile di proprietà individuale sussiste un potere di disposizione totale in capo al titolare, il quale non può eseguire opere che rechino danno alle parti comuni o a stabilità, sicurezza e decoro architettonico dell'edificio (art. 1122 c.c.), a dimostrazione della preminenza dell'interesse collettivo.

Sul punto è stato ritenuto che, salve eventuali limitazioni derivanti dal regolamento approvato da tutti i condomini, la norma de qua "non vieta di mutare la semplice destinazione della proprietà esclusiva ad un uso piuttosto che ad un altro, purché non siano compiute opere che possano danneggiare lo parti comuni dell'edificio o che rechino altrimenti pregiudizio alla proprietà comune".

L'amministrazione della cosa comune. Ulteriori profili differenziali emergono circa l'amministrazione della cosa comune.

In primo luogo, nella comunione non è mai obbligatoria la nomina di un amministratore, a prescindere dal numero dei partecipanti, nomina che è invece necessaria nell'ipotesi in cui i condomini siano più di otto (art. 1129 comma 1 c.c.).

In secondo luogo, se in tema di comunione la legge nulla dispone, nei condomini in cui vi siano più di dieci condomini è richiesta l'adozione di un regolamento condominiale (art. 1138 comma 1 c.c.).

La soggettività del condominio

È infine opportuno soffermarsi sulla soggettività del condominio. Secondo la tesi tradizionale, esso consisterebbe nella semplice proprietà comune di alcune parti dell'edificio poste a servizio di altre parti ed a queste ultime legate da un rapporto necessario e perpetuo di accessorietà e complementarietà a senso unico: la comunione sarebbe quindi meramente strumentale rispetto all'esercizio dei singoli diritti di proprietà esclusiva. In senso più ampio, invece, parte della dottrina ha fatto riferimento ad una "situazione mista di comproprietà e concorso di proprietà solitarie", configurando il condominio come una struttura organizzativa in cui vi sono organi titolari di poteri gestori volti a realizzare l'interesse del condominio (interesse oggettivo), distinto dagli interessi dei singoli condomini (interessi soggettivi).

Ancora, la giurisprudenza ha parlato di "ente di gestione", che è però sfornito di una personalità giuridica distinta da quella dei singoli partecipanti.

In senso favorevole a tale personalità si richiamano i lavori preparatori della l. 220/2012, dove v'era stato un tentativo che però non andò in porto. Inoltre, ad avviso delle Sezioni Unite, dalla riformata disciplina emergerebbero una serie di indicatori favorevoli alla configurabilità della personalità giuridica, quali gli obblighi per l'amministratore di tenere distinta la gestione del patrimonio del condominio e di quello personale o di altri condomini (art. 1129 comma 12 n. 4 c.c.), per l'assemblea di costituire un fondo speciale per la manutenzione straordinaria e le innovazioni (art. 1135 n. 4 c.c.) e per i condominii, in tema di trascrizione, di indicare l'eventuale denominazione, l'ubicazione e il codice fiscale (art. 2659 n. 1 c.c.). Si legge infatti che "se pure non è sufficiente che una pluralità di persone sia contitolare di beni destinati ad uno scopo perché sia configurabile la personalità giuridica e se dalle altre disposizioni in tema di condominio non è desumibile il riconoscimento

della personalità giuridica (…) tuttavia non possono ignorarsi gli elementi sopra indicati, che vanno nella direzione della progressiva configurabilità in capo al condominio di una sia pure attenuata personalità giuridica e comunque (…) di una soggettività giuridica autonoma". Ad oggi tuttavia non si ritiene che tale personalità sussista.

L'amministratore di condominio è il soggetto che cura appunto l'amministrazione dei beni comuni e dei servizi. In altre parole si tratta di una figura con funzioni esecutive rispetto alle decisioni che vengono assunte dall'assemblea dei condomini.

Oltre ad una specifica serie di compiti che (come vedremo) la legge gli attribuisce, l'amministratore riveste sempre il compito di rappresentante legale del condominio.

L'amministratore di condominio può essere una persona fisica oppure una società.

La legge non definisce quale forma deve assumere una società che si incarica di gestione condominiale e, pertanto, può trattarsi sia di una società di persone (società semplice, società in accomandita semplice o società in nome collettivo) sia di una società di capitali (società per azioni, società a responsabilità limitata, ecc.).

In ogni caso la legge prescrive una serie di requisiti che l'amministratore-persona fisica deve possedere. Possono infatti svolgere l'incarico coloro che

- hanno il godimento dei diritti civili
- non sono stati condannati per delitti contro la pubblica amministrazione, l'amministrazione della giustizia, la fede pubblica, il patrimonio o per ogni altro delitto non colposo per il quale la legge commina la pena della reclusione non inferiore, nel minimo, a 2 anni e, nel massimo, a 5 anni
- non sono stati sottoposti a misure di prevenzione (ad es.: l'obbligo di soggiorno) divenute definitive, salvo che non sia intervenuta la riabilitazione
- non sono interdetti o inabilitati
- non sono stati annotati nell'elenco dei protesti cambiari
- possiedono il diploma di scuola secondaria di secondo grado
- hanno frequentato un corso di formazione iniziale
- svolgono attività di formazione periodica in materia di amministrazione condominiale.

Se l'assemblea ha nominato amministratore uno dei condomini dello stabile (e quindi si tratta di un amministratore non "professionale") gli ultimi tre requisiti non sono richiesti.

Se invece l'amministrazione è affidata ad una società i requisiti devono essere posseduti:

- dai soci illimitatamente responsabili (cioè dai soci che rispondono dei debiti della società con il loro patrimonio personale come il socio accomandatario nella Società in accomandita semplice)
- dagli amministratori della società
- dai dipendenti che vengono incaricati di svolgere concretamente le funzioni di amministrazione dei condominii ai quali la società fornisce i propri servizi.

La perdita dei requisiti (ad eccezione degli ultimi tre) causa l'immediata cessazione dall'incarico di amministratore.

La nomina di un amministratore di condominio non è sempre obbligatoria. La legge infatti impone di dotarsi di un amministratore soltanto quando i condomini sono più di 8.

Sotto questa soglia è comunque sempre possibile scegliere liberamente di nominare un amministratore, rispettando però i requisiti indicati nel paragrafo precedente.

La nomina dell'amministratore è effettuata dall'assemblea.

Per la validità della nomina è sempre necessaria la maggioranza dei condomini presenti all'assemblea stessa che rappresentino almeno la metà del valore dell'edificio.

Questa maggioranza è necessaria sia nel caso di nomina obbligatoria sia nel caso di nomina facoltativa.

Il nominativo dell'amministratore va annotato in un apposito registro (che deve essere tenuto a cura dello stesso amministratore) detto registro delle nomine e delle revoche.

Compiti e doveri dell'amministratore

a) La rappresentanza dei condomini: in primo luogo all'amministratore compete la rappresentanza del condominio. Ciò significa che nell'ambito dei suoi poteri e doveri egli rappresenta i condomini e può promuovere azioni giudiziali nell'interesse del condominio, sia contro i terzi sia contro i condomini.

Si pensi al caso in cui debba recuperare da un condomino moroso le spese di riscaldamento.

Allo stesso modo chi intende promuovere una causa contro il condominio (o anche solo inviare solleciti o comunicazioni) deve notificare presso l'amministratore tutti gli atti.

b) Gli obblighi dell'amministratore: L'amministratore è tenuto:

- all'atto della nomina (e ad ogni rinnovo dell'incarico) a comunicare i propri dati anagrafici e professionali e il luogo dove vengono tenuti i registri dell'anagrafe condominiale, dei verbali e delle revoche nonché della contabilità specificando giorni e ore in cui gli interessati possono prenderne visione gratuitamente
- a stipulare una polizza che lo copra in caso di errore professionale, se ciò viene richiesto dai condomini come condizione per la nomina
- ad adeguare i massimali di polizza quando nel periodo del suo incarico vengono deliberati lavori straordinari
- ad affiggere sul luogo di accesso al condominio un documento dal quale risultino le sue generalità e i suoi recapiti, anche telefonici (se l'amministratore manca vanno affissi i riferimenti della persona che svolge compiti analoghi a quelli dell'amministratore)
- ad aprire uno specifico conto corrente dedicato al condominio e a fare transitare su questo conto le somme ricevute (a qualunque titolo) dai condomini o da terzi e quelle erogate per conto del condominio
- alla cessazione dell'incarico, a consegnare tutta la documentazione in suo possesso riguardante il condominio e i singoli condomini e ad eseguire tutte le attività urgenti per evitare danni per gli interessi comuni
- ad agire per il recupero forzoso delle somme dovute al condominio entro 6 mesi dalla chiusura dell'esercizio salvo che l'assemblea lo dispensi espressamente.

c) I doveri dell'amministratore: l'amministratore deve in ogni caso

- eseguire le deliberazioni dell'assemblea
- convocare annualmente l'assemblea per l'approvazione del rendiconto condominiale
- curare l'osservanza del regolamento di condominio
- disciplinare l'uso delle cose comuni e l'utilizzo dei servizi in modo tale che tutti possano goderne nel migliore dei modi
- riscuotere i contributi
- erogare le spese necessarie per la manutenzione ordinaria delle parti comuni dell'edificio e per l'esercizio dei servizi comuni

- compiere tutti gli atti per conservare le parti comuni dell'edificio
- curare gli adempimenti fiscali
- tenere il registro dell'anagrafe condominiale, nel quale annotare i dati dei singoli proprietari e degli altri titolari di diritti sui singoli alloggi, specificando i dati catastali e quelli relativi alle condizioni di sicurezza delle parti comuni
- curare la tenuta del registro dei verbali delle assemblee
- curare la tenuta del registro di nomina e di revoca dell'amministratore
- curare la tenuta del registro di contabilità, anche con modalità informatizzate
- conservare la documentazione riguardante la propria gestione
- in caso di richiesta dei condomini fornire una attestazione riguardo allo stato dei pagamenti degli oneri condominiali e allo stato delle cause in corso
- predisporre il rendiconto condominiale annuale della gestione e convocare l'assemblea per la relativa approvazione entro 180 giorni.

In caso di cattiva esecuzione dell'incarico l'amministratore può andare incontro a responsabilità nei confronti del condominio.

Il compenso dell'amministratore

La legge prevede, come forma di garanzia e di trasparenza nei confronti dei condomini, che l'amministratore nel momento in cui accetta la nomina debba specificare analiticamente (quindi voce per voce) l'importo che chiede come compenso per l'attività da svolgere.

La sanzione, in caso di omissione di questa formalità, è particolarmente severa. In questa ipotesi, infatti, la nomina si considera nulla.

Durata dell'incarico e revoca dell'amministratore

La legge stabilisce che l'incarico dell'amministratore ha durata di un anno e, in caso di mancata revoca, si intenderà rinnovato per un altro anno.

I condomini, tuttavia, possono sempre deliberare la revoca dell'amministratore con le modalità previste nel regolamento di condominio.

Se il regolamento non disciplina la revoca dell'amministratore occorre una delibera favorevole dell'assemblea con la maggioranza dei presenti che rappresenti almeno la metà del valore dell'edificio.

La revoca può però essere anche disposta dall'autorità giudiziaria su richiesta anche solo di uno dei condomini se ricorrono alcuni gravi motivi stabiliti dalla legge ed, in particolare, quando l'amministratore:

- non comunica ai condomini la notificazione al condominio di un atto di citazione in giudizio che riguarda questioni che vanno oltre le sue attribuzioni, ivi compresa la richiesta di una revisione o di una modifica della tabella millesimale
- non effettua il rendimento dei conti nel termine di 180 giorni dalla chiusura della gestione condominiale
- non convoca l'assemblea per l'approvazione dei conti
- si rifiuta di convocare l'assemblea per la nomina di un nuovo amministratore
- omette l'esecuzione di un provvedimento del giudice o dell'autorità amministrativa (ad esempio: il sindaco)
- omette di dare esecuzione ad una delibera dell'assemblea
- omette di aprire il conto corrente condominiale
- gestisce il patrimonio del condominio in modo tale da creare il rischio di confusione tra il suo patrimonio o con quello di altri soggetti
- omette la comunicazione dei propri dati oppure li comunica in modo incompleto
- si rifiuta di fornire dati aggiornati in merito allo stato dei pagamenti
- non cura la tenuta dei registri obbligatori
- non cura il recupero dei crediti e la relativa fase di esecuzione (pignoramento, vendita all'asta e assegnazione delle somme)
- cancella immotivatamente delle formalità di annotazioni nei registri immobiliari a tutela del condominio.

Inoltre quando emergono gravi irregolarità fiscali o risulta la mancata apertura del conto corrente obbligatorio (o il suo mancato utilizzo) ciascun condomino può chiedere che venga convocata un'assemblea per la revoca dell'amministratore o per fare cessare le irregolarità. In caso di mancata revoca il condomino potrà ricorrere al giudice.

L'amministratore revocato dall'autorità giudiziaria non potrà più essere nominato dall'assemblea.

La comunione ereditaria

Qualora l'eredità sia acquistata da più persone, sui beni ereditari si forma una comunione tra i coeredi, in particolare una comunione incidentale, e trova applicazione la disciplina generale sulla comunione ordinaria (artt. 1110 ss c.c.).

Le differenze tra comunione ordinaria ed ereditaria

Struttura e divisione. Una prima differenza risiede nel fatto che la comunione ordinaria presenta una struttura per così dire atomistica, tant'è che il codice parla sempre di "cosa comune", mentre la comunione ereditaria è una universitas iuris.

Infatti, la divisione della prima deve tendenzialmente avere luogo in natura ex art. 1114 c.c., mentre nel secondo caso è necessario procedere alla formazione delle porzioni, previa stima dei beni, in modo da comprendere beni mobili, immobili e crediti che presentino natura e qualità uguali ex art. 727 c.c.

Le quote. Inoltre, se nella comunione ereditaria le quote sono predeterminate dalla legge (successione legittima) oppure individuate dal de cuius (testamento), in quella ordinaria si presumono uguali.

Le norme sulla divisione sono quelle previste dal libro delle successioni agli artt. 713 ss c.c., cui l'art. 1116 c.c. fa rinvio in quanto non siano in contrasto con la disciplina delle cose comuni.

Diritti e obblighi dei comunisti. Le differenze derivano dal fatto che, nell'ambito del diritto successorio, coesistono interessi, diritti e obblighi tanto personali quanto patrimoniali, laddove la comunione si connota pressoché esclusivamente sotto il profilo economico.

Pertanto il coerede è titolare di alcune situazioni giuridiche intrasmissibili anche qualora alieni la propria quota ereditaria.

Alienazione della quota. Nella comunione ordinaria ogni comunista può alienare liberamente la propria quota (art. 1103 c.c.), mentre in quella ereditaria si è voluto evitare che nei rapporti tra coeredi, tendenzialmente legati da vincoli affettivi, si intromettano estranei con fini speculativi.

Pertanto i coeredi sono titolari di un diritto di prelazione (art. 732 c.c.), in forza del quale, quando uno degli altri voglia alienare la sua quota o parte di essa, essi devono essere preferiti ai terzi.

In particolare, il coerede che intende procedere all'alienazione deve notificare loro la proposta col prezzo, affinché questi decidano entro due mesi, decorsi i quali il primo potrà liberamente alienare ad estranei.

Il retratto successorio

Se il coerede procede alla vendita in mancanza della notificazione, gli altri possono ricorrere al c.d. retratto successorio, ossia esercitare il diritto potestativo di riscattare la quota per il prezzo pagato sostituendosi all'acquirente nel negozio di alienazione, quindi procedere all'esecuzione coattiva in forma specifica del diritto di prelazione violato nei confronti dei terzi acquirenti.

Alla luce della descritta finalità "il retratto successorio, previsto in tema di comunione ereditaria al fine di impedire l'intromissione di estranei nello stato di contitolarità determinato dall'apertura della successione "mortis causa", non si applica nella situazione di comunione ordinaria conseguente alla congiunta attribuzione di un bene ad alcuni coeredi in sede di divisione, non potendo, peraltro, operare in tal caso l'art. 732 c.c. in virtù del rinvio di cui all'art. 1116 c.c., in quanto per la comunione ordinaria vige il principio di libera disposizione della quota, ai sensi dell'art. 1103 c.c.".

Di recente è stato però precisato che il retratto trova comunque applicazione qualora una porzione di immobile della quota ereditaria si trovi già in comunione ordinaria, poiché "essendo il retratto esercitato per l'intera quota ereditaria, l'erede subentra, tramite l'acquisto della quota, nella situazione preesistente".

Dal momento che la comunione ereditaria cessa solo con la divisione tramite la trasformazione dei diritti dei singoli partecipanti su quote ideali dell'eredità in diritti di proprietà individuali su singoli beni, lo scioglimento nei confronti di uno solo dei coeredi non fa venir meno il diritto di prelazione a favore dei coeredi, in quanto "la comunione residuale sui beni ereditari si trasforma in comunione ordinaria, con la conseguente inapplicabilità dell'art. 732 c.c., soltanto quando siano state compiute le operazioni divisionali dirette ad eliminare la maggior parte delle varie componenti dell'asse ereditario indiviso al momento dell'apertura della successione".

Le differenze tra la comunione ordinaria e le società

Lo scopo lucrativo. Il tratto peculiare della società rispetto alla comunione emerge dal disposto dell'art. 2247 c.c., secondo il quale, mediante il contratto di società, "due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili".

I soci, dunque, si accordano per svolgere un'attività economica, laddove i comunisti esercitano in comune il godimento di un determinato bene, caso in cui si parla di comunione a scopo di godimento e l'art. 2248 c.c. rinvia alla disciplina della comunione ordinaria (artt. 1100 ss c.c.).

Per principio consolidato "l'elemento discriminante tra comunione a scopo di godimento e società è costituito dallo scopo lucrativo perseguito tramite una attività imprenditoriale che si sostituisce al mero godimento ed in funzione della quale vengono utilizzati beni comuni", sottolineandosi che la comunione si caratterizza per la prevalenza dell'elemento statico del godimento dei beni secondo la loro destinazione, mentre la società per quello dinamico della strumentalità dei beni al compimento di un'attività, i cui utili saranno ripartiti tra le parti.

Il vincolo di destinazione. Dai tratti peculiari della società – esercizio dell'attività d'impresa e funzionalizzazione dei beni comuni verso tale attività – deriva, quale logico corollario, che, se nella comunione i partecipanti possono autonomamente

comportarsi come proprietari rispetto al bene comune, seppur nei limiti dei diritti altrui, in ambito societario viene impresso un vincolo di destinazione sulla res, la quale è suscettibile di essere utilizzata solo per l'esercizio in comune dell'attività d'impresa (art. 2256 c.c.).

Lo scioglimento. Inoltre, mentre la disciplina societaria (artt. 2272 e 2284) richiede la volontà di tutti i soci al fine di sciogliere o liquidare la società, essendo i beni sociali assoggettati alle pretese creditorie, la normativa in tema di comunione (art. 1111) rimette a ciascun comunista la facoltà di domandare lo scioglimento.

Il patrimonio sociale. Invero, i conferimenti dei soci vanno a costituire il patrimonio sociale, imputabile alla società in sé, mentre nella comunione ciascun partecipe è titolare del proprio patrimonio, in cui rientra anche la quota della cosa comune.

La liquidazione della quota. Peraltro, in sede di liquidazione della quota, il socio uscente avrà diritto soltanto ad una somma di denaro che rappresenti il valore della quota determinata "in base alla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si verifica lo scioglimento" (art. 2289) oppure alla liquidazione delle azioni "tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni" (art. 2437ter).

Dunque, il socio recedente non ha diritto alla restituzione dei beni conferiti.

Il rapporto con i creditori. Altro profilo differenziale concerne i creditori, giacché, ai sensi dell'art. 2267 c.c., essi possono far valere i propri diritti sul patrimonio sociale, il quale è infatti esclusivamente destinato alla loro soddisfazione ed è autonomo rispetto ai creditori particolari dei singoli soci, laddove nella comunione non si distingue tra creditori della comunione e creditori personali dei comunisti.

Il discrimen diviene più incerto qualora si tratti di un bene produttivo, nonostante l'astratta chiarezza del criterio ordinario, in forza del quale si rientra nell'ambito della comunione se i compartecipi non utilizzano il bene, lo cedono in godimento a terzi o si limitano a raccoglierne i frutti naturali, non potendo detta attività qualificarsi come d'impresa ex art. 2082 c.c., mentre sussiste una società se i soci, mediante il bene produttivo, esercitano attività d'impresa. La trasformazione della comunione in società. Peraltro la giurisprudenza di legittimità ha ammesso che la trasformazione della comunione in società possa risultare tanto da un atto formale quanto dal comportamento in concreto assunto dai comproprietari con lo svolgimento, di fatto, di attività di impresa e l'utilizzazione all'uopo di beni comuni.

Sul punto assume preminente rilievo il dibattito circa l'ammissibilità di quel tertium genus qualificato quale "comunione d'impresa".

La comunione d'impresa

Secondo parte della dottrina, la figura in parola sussisterebbe quando due o più soggetti acquistano in comunione un fondo e vi esercitano personalmente un'attività

agricola (c.d. comunione d'impresa agricola) o un'azienda commerciale e vi esercitano direttamente tale attività (c.d. comunione d'impresa commerciale), ovvero quando ricevono in eredità un bene produttivo e continuano personalmente l'attività economica (c.d. comunione d'impresa incidentale).

Tale orientamento evidenzia che, da un lato, mancherebbe il conferimento dei beni in società e dunque non si formerebbe un patrimonio autonomo, e, dall'altro, vi sarebbe esercizio in comune di un'attività economica, ragione per cui troverebbero applicazione le regole della comunione e non della società, sul presupposto che, ai fini della valida costituzione di una società, debba ricorrere un'espressa manifestazione di volontà che trasformi la comunione dei beni in autonomo patrimonio sociale. Una nota pronuncia della Corte di legittimità ha escluso expressis verbis tale categoria intermedia tra comunione a scopo di godimento e società, le quali si differenziano in base all'esistenza o meno dell'esercizio in comune di un'attività d'impresa. Di conseguenza, nel caso di comunione d'azienda, laddove il godimento si concretizzi nel diretto sfruttamento di questa da parte dei partecipanti alla comunione, è configurabile l'esercizio di un'impresa collettiva, nelle forme della società regolare oppure irregolare o di fatto.

Ciò vale anche per l'azienda compresa in un'eredità: essa rimarrà in comunione incidentale finché i coeredi si limitino a godere della medesima, mentre si trasformerà in società qualora questi inizino ad esercitarla con fine di lucro.

È esclusa la coesistenza di una comunione d'azienda e di una società lucrativa, in quanto lo scopo di lucro esclude la comunione a scopo di godimento.

La comunione e divisione ereditaria

Divisione ordinaria e divisione ereditaria: rilevanza della distinzione e casistica

di Alessandro Torroni

Notaio in Forlì

L'eredità come universalità di diritto

Il concetto di successione a causa di morte evoca il subentrare di una persona vivente nella titolarità di una situazione patrimoniale già appartenuta ad una persona defunta e corrisponde a particolari esigenze economico-sociali che possono sintetizzarsi nella necessità che i rapporti giuridici facenti capo al defunto non si estinguano alla sua morte, altrimenti i beni del de cuius diverrebbero res nullius, le obbligazioni si estinguerebbero, il possesso cesserebbe permettendo, con grave turbamento dell'ordine sociale, ad ogni soggetto di usufruire dei vantaggi che derivano dalla relazione di fatto con le cose. Si è affermato in dottrina che l'eredità è una universalità di diritto poiché ha una sua unità oggettiva, che è opera della legge:

non ha rilevanza, pertanto, la differente natura delle singole res, né tantomeno l'inesistenza di un collegamento funzionale tra i vari elementi che la compongono.

La disciplina della successione mortis causa è influenzata da esigenze di tutela della famiglia come istituto di importanza sociale che si traducono in vari istituti caratterizzati dall'attrazione nella successione a causa di morte di atti di disposizione compiuti in vita dal defunto (donazioni dirette o indirette). Condividono questa forza attrattiva, più o meno intensa, la collazione dei beni donati e l'azione di riduzione spettante ai legittimari a tutela del loro diritto alla quota di legittima. Questi istituti sono in grado di comportare, con modalità diverse, una modifica della consistenza del relictum, inteso quale complesso di beni lasciati dal defunto, per cui incidono sostanzialmente anche sulla divisione ereditaria. La circostanza che l'eredità rappresenti un'universalità di diritto, avente ad oggetto un insieme di diritti, facoltà, azioni, ragioni, crediti, debiti, unificati dalla legge, in funzione della continuazione dei rapporti giuridici facenti capo al suo autore, si riflette sulle modalità di acquisto della stessa. Infatti, poiché l'acquisto dell'eredità comporta l'assunzione della qualità di erede, per il suo acquisto è necessaria l'accettazione da parte dell'erede che può essere espressa, tacita o conseguenza del possesso dei beni ereditari protratto nel tempo. Al contrario, il legato, comportando una successione a titolo particolare, si acquista senza accettazione (art. 649 c.c.).

La delimitazione dell'ambito della comunione ereditaria

Fatta questa indispensabile precisazione sulla natura di universitas iuris dell'eredità, va, quindi, delimitato l'ambito della comunione ereditaria. Uno stato di comunione ereditaria si determina ogni qualvolta l'eredità venga acquistata da più eredi mediante accettazione, espressa o tacita, o per effetto di compossesso di beni ereditari. La comunione è sempre unica anche se esistono coeredi in base a diverso titolo, ossia eredi legittimi o legittimari accanto ad eredi testamentari. Il coerede non subentra solo nella contitolarità dei beni ereditari ma subentra invece nell'universum ius defuncti. Sul tema dell'ambito della comunione ereditaria non vi è uniformità di vedute in dottrina ed in giurisprudenza, con particolare riferimento al problema dell'appartenenza o meno alla comunione ereditaria dei crediti del defunto.

Secondo un orientamento più risalente nel tempo i debiti ed i crediti si dividono automaticamente tra i coeredi in ragione delle rispettive quote, sulla base del noto principio derivante dal diritto romano nomina et debita ipso iure dividuntur . In virtù di tale principio, il credito che apparteneva al de cuius si fraziona autonomamente in tanti crediti parziari quanti sono i coeredi e, dunque, non entra in comunione.

Tale orientamento è stato oggetto di una recente revisione critica che è culminata nella sentenza della Cassazione a Sezioni Unite che ha affermato il principio secondo cui i crediti del de cuius non si dividono automaticamente tra i coeredi in ragione

delle rispettive quote ma entrano a far parte della comunione ereditaria . Tale conclusione si fonda sulla disciplina dettata per i crediti dagli artt. 727 e 757 c.c. Secondo quanto afferma testualmente Cass. Sezioni Unite n. 24657/2007 «la prima disposizione, stabilendo che le porzioni debbono essere formate comprendendo nelle stesse, oltre ai beni immobili e mobili anche i crediti, presuppone evidentemente che gli stessi facciano parte della comunione. La seconda, prevedendo che il coerede al quale siano assegnati tutti i crediti [o] l'unico credito del de cuius è reputato il solo successore nei crediti dal momento dell'apertura della successione, rivela inequivocabilmente che i crediti non si ripartiscono tra i coeredi in modo automatico, ma ricadono nella comunione ereditaria. Una conferma si trae anche dalla disposizione dell'art. 760, che, escludendo la garanzia per l'insolvenza del debitore di un credito assegnato a uno dei coeredi, presuppone necessariamente che questi siano inclusi nella comunione».

Meno controversa è la tesi dell'estraneità dei debiti alla comunione ereditaria che risulta chiaramente dal disposto dell'art. 752 c.c., in base al quale «i coeredi contribuiscono tra loro al pagamento dei debiti e pesi ereditari in proporzione delle loro quote ereditarie … ». Si è aggiunto in dottrina che «la comunione ereditaria è pur sempre una "comunione", vale a dire diritto soggettivo che, come tale, non può avere ad oggetto altro che situazioni attive: semmai dunque crediti, non debiti» [nota 6].

La comunione ordinaria

A differenza della comunione ereditaria, che ha come oggetto normale e tipico tutta intera la massa ereditaria, la comunione ordinaria ha una struttura "atomistica". La disciplina della comunione fa costante riferimento alla "cosa comune" (cfr., ad esempio, gli articoli 1102, 1103, 1104, 1105, 1114, 1115 c.c.). Per cogliere la differenza ontologica tra la comunione ordinaria e la comunione ereditaria, la prima "atomistica", la seconda intesa quale universitas iuris, è sufficiente confrontare le due norme fondamentali che riguardano l'apporzionamento.

In tema di comunione ordinaria, l'art. 1114 c.c. stabilisce che la divisione ha luogo in natura, se la cosa può essere comodamente divisa in parti corrispondenti alle quote dei partecipanti. Nella divisione ereditaria le porzioni devono essere formate, previa stima dei beni, comprendendo una quantità di mobili, immobili e crediti di eguale natura e qualità, in proporzione dell'entità di ciascuna quota (art. 727 c.c.).

L'oggetto della comunione ordinaria è identificato precisamente nel titolo che costituisce la fonte della comunione: ad esempio, atto di acquisto in comune da parte di più comunisti; legato testamentario a favore di più collegatari.

A rigore, andrebbero concepite tante autonome divisioni quanti sono i titoli che hanno originato i rapporti di comunione, salvo che i condividenti non siano

d'accordo per una divisione cumulativa, che riunisca tutti i beni sottoposti a divisione. In questa ipotesi troveranno applicazione (in virtù del rinvio dell'art. 1116) le numerose norme, dettate per la divisione ereditaria, che, coerentemente alla loro funzione, presuppongono una pluralità di beni da dividere. In giurisprudenza è stato affermato il principio per cui, quando i beni in comune provengono da titoli diversi, non si realizza un'unica comunione, ma tante comunioni quanti sono i titoli di provenienza: alla pluralità di titoli corrisponde una pluralità di masse, ciascuna delle quali costituisce un'entità patrimoniale a sé stante.

In caso di divisione, si hanno, in sostanza, tante divisioni ciascuna relativa ad una massa, e nella quale ogni condividente fa valere i propri diritti rispetto a questa, al di fuori e indipendentemente dai diritti che gli competono sulle altre masse: nell'ambito di ciascuna massa, devono, pertanto, trovare soluzione i problemi particolari relativi alla formazione dei lotti e alla comoda divisibilità dei beni immobili che vi sono inclusi. Qualora i condividenti, nell'esplicazione della propria autonomia privata, intendano procedere ad un'unica divisione di più masse autonome, il negozio utilizzato per realizzare l'effetto divisorio avrà natura di permuta, nella quale il reciproco trasferimento avrà ad oggetto la quota a ciascuno spettante su ognuna delle due entità.

Le peculiarità della divisione ereditaria

Si è evidenziato in precedenza che la disciplina della successione mortis causa è influenzata, da un lato, dalla sua natura peculiare di universitas iuris e, dall'altro, da esigenze di tutela della famiglia come istituto di importanza sociale che si traducono, ad esempio, negli istituti della collazione dei beni donati a soggetti legati da stretti vincoli di parentela con il defunto e nella riduzione delle disposizioni lesive dei diritti riconosciuti ai legittimari. Inoltre, la disciplina della divisione ereditaria è finalizzata a definire in maniera definitiva i rapporti di debito-credito tra i coeredi e ad evitare che venga procrastinato il regolamento dei conti tra i condividenti (cfr. artt. 719, 724 e 725 c.c.).

Per raggiungere le finalità indicate, al coerede in quanto tale sono attribuite una serie di situazioni giuridiche strettamente connesse a tale sua qualità e, come tali, intrasmissibili all'avente causa in caso di alienazione della propria quota ereditaria da parte dell'erede:

i. l'obbligo di pagare i debiti ereditari, per far fronte ai quali è espressamente prevista l'eventuale vendita all'incanto di beni mobili ed immobili su richiesta dei coeredi aventi diritto a più della metà dell'asse (art. 719 c.c.);

ii. l'obbligo di collazione dei beni donati (art. 752 c.c.);

iii. l'obbligo di imputare alla propria quota i debiti verso il defunto o verso gli altri coeredi in dipendenza dei rapporti di comunione (art. 724, comma 2 c.c.)

iv. il diritto al retratto successorio in caso di alienazione della quota ereditaria da parte di un coerede (art. 732 c.c.).

Queste esigenze proprie della divisione ereditaria, che la distinguono dalla divisione ordinaria, sono state evidenziate anche dalla giurisprudenza: si è affermato, infatti, che, quando in ordine ad una data eredità sono state già eseguite le operazioni che hanno portato ad eliminare la comunione relativamente ai mobili, ai crediti e ai debiti ereditari (e regolare definitivamente gli oneri sorgenti dalla successione), allora la comunione che residua sui singoli beni ereditari si trasforma in comunione ordinaria, solo storicamente di origine ereditaria.

La collazione dei beni donati

Ai sensi dell'art. 737 c.c. «i figli legittimi e naturali e i loro discendenti legittimi e naturali e il coniuge che concorrono alla successione devono conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione, direttamente o indirettamente, salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati. La dispensa non produce effetti se non nei limiti della disponibile».

Com'è noto, sono previste due diverse modalità attuative dell'obbligo di collazione: per imputazione o in natura. La modalità tipica di esecuzione dell'obbligo di collazione è quella per imputazione che non determina un incremento reale dell'asse ereditario ma consente di ristabilire l'uguaglianza fra i coeredi prima di procedere alla formazione delle porzioni: il coerede donatario imputa alla sua porzione il valore della donazione, riferito al tempo dell'aperta successione, e gli altri coeredi prelevano dalla massa beni in proporzione delle loro rispettive quote.

Valga il seguente esempio: Tizio, dopo avere donato al figlio Primo un bene del valore di 20 senza dispensa da collazione, lascia due figli Primo e Secondo eredi in parti uguali ed un patrimonio di 80. Primo, in sede di divisione, dovrà imputare alla sua porzione il valore di 20 (supponendo che il valore del bene donato non sia mutato tra la data della donazione e quello dell'apertura della successione) e Secondo preleverà dalla massa ereditaria beni per 20; in tal modo, dopo avere pareggiato i conti tra gli eredi, si può procedere alla formazione di due porzioni del valore di 30 da assegnare ai coeredi.

La collazione in natura è prevista quale alternativa rispetto alla collazione per imputazione, a scelta del coerede obbligato, esclusivamente per i beni immobili non alienati né ipotecati dal donatario, e comporta la restituzione del bene alla massa ereditaria con conseguente effettivo incremento della stessa.

Secondo la tesi prevalente in dottrina, il fondamento della collazione dei beni donati deve rinvenirsi nel considerare come una sorta di anticipazione di eredità la donazione effettuata in favore di persone legate da stretti vincoli di parentela: pertanto, se non risulta una dispensa da parte del donante, all'apertura della successione il bene donato deve essere considerato come un acconto, se non il saldo,

della quota ereditaria. Anticipazione di eredità non va intesa nel senso di subordinare la donazione all'effettiva partecipazione del donatario all'eredità, bensì nel senso sostanziale di concessione anticipata di una parte del proprio patrimonio a chi, presumibilmente, potrà essere designato erede. Ciò spiega la facoltà concessa dalla legge al discendente donatario di ritenere l'intera donazione anche quando essa superi il valore della quota ereditaria a lui spettante (salvo che essa non leda la quota legittima degli altri coeredi) mediante la rinuncia all'eredità. Infatti, la collazione non paralizza o limita in alcun modo il carattere pieno ed irrevocabile della donazione ma limita soltanto la partecipazione del coerede alla successione subordinandola al conferimento della donazione.

La sussistenza dell'obbligo di collazione è inscindibilmente subordinata all'effettiva partecipazione del donatario all'eredità, come risulta sia dal tenore letterale dell'art. 737 («i figli legittimi e naturali e i loro discendenti legittimi e naturali e il coniuge che concorrono alla successione»), sia dalla sua collocazione sistematica quale operazione strumentale alla divisione dell'asse ereditario.

Il debito da collazione è di tale natura che non tollera di essere trasferito in capo al soggetto che, per una qualsiasi causa, subentra nella quota spettante al coerede donatario. Ciò è confermato dalla circostanza che chi subentra nella quota ereditaria non subentra nella titolarità del bene donato e, quindi, sarebbe assurdo che subentrasse nell'obbligo di collazione . Ne deriva che, in caso di alienazione della quota ereditaria da parte di un coerede tenuto a collazione (coniuge, figlio o discendente del de cuius), il coerede alienante deve intervenire nella divisione per effettuare la collazione del bene ricevuto in donazione dal de cuius .

Si ritiene prevalentemente in giurisprudenza che, qualora non vi sia un relictum, perché, ad esempio, il patrimonio del de cuius è stato esaurito con donazioni e legati, non si ha divisione e, quindi, neppure collazione, salvo l'esito dell'eventuale azione di riduzione. La collazione presuppone, dunque, l'esistenza di una comunione ereditaria, e quindi potrà applicarsi soltanto nei casi in cui vi sia un relictum, o quando questo sia comunque ricostruito a seguito dell'esercizio dell'azione di riduzione.

Questa impostazione, consolidata nella giurisprudenza più recente, è contrastata da parte della dottrina che ammette la collazione anche in mancanza di un relictum. Si è affermato che «la scarsità di un relictum rende proporzionalmente più intensa la necessità della collazione. In realtà, se almeno due discendenti o il coniuge accettano l'eredità, la collazione si verifica anche se manca un relictum e se, di conseguenza, la collazione non può essere attuata col mezzo dell'imputazione. In linea pratica resta tuttavia assai improbabile che il discendente donatario accetti l'eredità con la facile prospettiva di trarne soltanto svantaggio». In mancanza di relictum, secondo la tesi in esame, analogamente all'ipotesi in cui il valore della donazione ecceda la quota spettante al donatario nella divisione, il donatario, ove non preferisca conferire il

bene in natura, è tenuto a colmare la differenza restituendo ai coeredi discendenti il corrispondente conguaglio [nota 17].

L'imputazione dei debiti ed i prelevamenti

Un'operazione tipica della divisione ereditaria è l'imputazione dei debiti di cui il coerede era debitore verso il defunto e di quelli di cui è debitore verso i coeredi in dipendenza dei rapporti di comunione (art. 724 c.c.). Se vi sono debiti da imputare alla quota di un erede, gli altri prelevano dalla massa ereditaria beni in proporzione delle loro rispettive quote (art. 725 c.c.). Si deve trattare di debiti relativi alla gestione della comunione ereditaria, pertanto il meccanismo non opera rispetto al debito di rivalsa di un coerede nei confronti di un altro coerede che ha pagato il debito ereditario oltre la parte a lui incombente (art. 754, comma 1 c.c.).

Il metodo dei prelevamenti soddisfa l'esigenza di ristabilire l'uguaglianza fra i coeredi prima di procedere alla formazione delle porzioni ; consente, inoltre, la possibilità di sorteggio delle porzioni uguali. Dispone, al riguardo, l'art. 726 c.c. che, fatti i prelevamenti, si procede alla stima di ciò che rimane nella massa, secondo il valore venale dei singoli oggetti. Eseguita la stima, si procede alla formazione di tante porzioni quanti sono gli eredi o le stirpi condividenti in proporzione delle quote.

«… La formula "imputare" usata dalla legge significa soltanto che il debito del coerede verso gli altri coeredi deve essere "regolato" nel corso delle operazioni divisorie o, più esattamente, in limine al vero e proprio apporzionamento divisorio; significa, in definitiva, che il coerede debitore (salvo un diverso consenso unanime degli altri coeredi) non può procrastinare il regolamento del suo debito oltre il perfezionamento della divisione e deve subire i "prelevamenti" da parte degli altri coeredi; e ciò ad evidente maggior garanzia e comodità di questi ultimi. Dal punto di vista dinamico ne deriva che l'imputazione dei debiti non può non identificarsi con le operazioni di prelevamento». In definitiva, l'imputazione configura un mezzo speciale di pagamento in senso lato, nel senso cioè di strumento estintivo-satisfattivo dell'obbligazione a struttura latamente compensativa .

Il retratto successorio

Dispone l'art. 732 c.c. che «il coerede, che vuole alienare a un estraneo la sua quota o parte di essa, deve notificare la proposta di alienazione, indicandone il prezzo, agli altri coeredi, i quali hanno diritto di prelazione. Questo diritto deve essere esercitato nel termine di due mesi dall'ultima delle notificazioni. In mancanza della notificazione, i coeredi hanno diritto di riscattare la quota dall'acquirente e da ogni successivo avente causa, finché dura lo stato di comunione ereditaria. Se i coeredi che intendono esercitare il diritto di riscatto sono più, la quota è assegnata a tutti in parti uguali».

Il retratto successorio, non previsto nel codice civile del 1865, in omaggio al principio di libertà delle contrattazioni, è stato reintrodotto nel nostro codice civile per perseguire l'esigenza di «evitare che nei rapporti fra coeredi, il più delle volte legati da vincoli familiari che possono influire nell'attenuare contrasti, si intromettano estranei, portati all'intransigenza dall'interesse di sfruttare, il più possibile, l'intento speculativo perseguito con l'acquisto della quota». In dottrina, è stata ritenuta insoddisfacente la ratio dell'istituto quale risulta espressa nella relazione al codice civile, in quanto il retratto successorio trova applicazione anche in caso di comunione ereditaria tra coeredi estranei. Tale dottrina ha precisato che scopo dell'istituto è favorire la concentrazione dei beni, oggetto della comunione ereditaria, nelle mani di pochi soggetti al fine di agevolare le operazioni divisorie, consentire un più razionale sfruttamento economico del patrimonio ereditario e ridurre l'insorgere di liti tra i coeredi . L'art. 732 c.c., contenendo una limitazione alla libera disponibilità del diritto di proprietà, è di stretta interpretazione, per cui non è applicabile alle comunioni ordinarie; in senso contrario non si potrebbe invocare l'art. 1116 c.c., che estende alla divisione ordinaria le norme sulla divisione dell'eredità, dal momento che tale estensione è esclusa per le norme che siano in contrasto con la disciplina propria della comunione ordinaria. Al riguardo, l'art. 1103 c.c. sancisce, quale principio generale, la libera disponibilità del suo diritto da parte del comunista nei limiti della sua quota, senza alcun vincolo di prelazione .

Presupposto per l'applicazione del retratto successorio è l'esistenza di una comunione ereditaria. Ne deriva che, qualora il testatore, nell'ambito della divisione dallo stesso effettuata, abbia attribuito a due o più dei suoi eredi un cespite in comune ed indiviso, rispetto a tale immobile non sussiste lo stato di comunione ereditaria, che costituisce il presupposto essenziale per l'applicabilità dell'art. 732 c.c.; relativamente a tale bene, lo stato di comunione, pur traendo origine dalla successione mortis causa, deriva dall'atto dispositivo attributivo con effetti reali posto in essere dal testatore

Allo stesso modo, il retratto successorio è escluso in caso di comunione che abbia origine da una divisione ereditaria oggettivamente parziale oppure da una divisione a stralcio con cui uno o più beni siano stati assegnati in comune a più eredi. In giurisprudenza è abbastanza ricorrente l'affermazione che il diritto di retratto successorio può attuarsi soltanto nel caso di alienazione della quota ereditaria, o di parte di essa, e non anche quando sia stato alienato un cespite determinato; in tal caso, infatti, l'efficacia dell'alienazione, con effetti puramente obbligatori, resta subordinata all'assegnazione, a seguito della divisione, del bene al coerede medesimo e, quindi, non può sorgere il pregiudizio (intromissione di estranei nella comunione ereditaria) che la norma in questione vuole evitare . Tuttavia, spetta il diritto di prelazione nel caso in cui gli elementi concreti che caratterizzano la fattispecie evidenzino, comunque, l'intento dei contraenti di sostituire nella comunione

ereditaria il terzo estraneo al coerede alienante e di considerare, pertanto, in vista di una tale finalità, il bene o i beni oggetto della traslazione in funzione rappresentativa e come indice espressivo della quota o di parte di essa [nota 26].

Secondo la Suprema Corte, per stabilire se si è in presenza di una vendita di quota ereditaria, in caso di alienazione dell'unico cespite ereditario, «occorre accertare se le parti abbiano inteso, comunque, rendere partecipe l'acquirente di tutti i rapporti e di tutte le situazioni giuridiche attive e passive che fanno capo alla comunione ereditaria» . Si pensi, ad esempio, al diritto dei coeredi al prelevamento di beni a fronte dell'imputazione da parte di un coerede di beni ricevuti in donazione e soggetti a collazione oppure di debiti verso il defunto o verso i coeredi (art. 725). Il diritto di prelazione integra un diritto personalissimo intrasmissibile agli eredi, previsto al solo fine di assicurare la persistenza della titolarità dei beni ereditari in capo ai primi successori . Qualora, in virtù di successione di uno dei coeredi, sugli stessi beni vengano a coesistere due o più comunioni ereditarie, l'identità parziale o totale dei beni su cui le comunioni stesse si vengono a formare non esclude che ciascuna di esse abbia un titolo proprio ed autonomo. Ne consegue che, ai fini del diritto di prelazione, la posizione di "coerede" si determina in base all'eredità dalla quale essa deriva e lo stesso deve considerasi "estraneo" rispetto ad un titolo successorio diverso [nota 29].

Qualsiasi titolo di acquisto successivo, comportando un trasferimento della quota dall'originario titolare ad un soggetto diverso, realizza un'irreversibile alterazione parziale della struttura soggettiva originaria della comunione e, pertanto, rende ingiustificato, rispetto ad una ulteriore alienazione di quella quota, l'esperimento del retratto. Non rileva, in senso contrario, osservare che il successore a titolo universale subentra nelle posizioni giuridiche anche passive del suo dante causa, una volta ritenuto che la soggezione a retratto è connessa non già alla mera partecipazione alla comunione ma al particolare titolo di acquisto di essa. Deve ritenersi che il legislatore abbia bloccato l'applicazione dell'istituto del retratto al nucleo originario costituito da coloro che fanno parte di quella comunione della cui quota è in corso l'alienazione .

Si può, dunque, affermare che l'espressione "coeredi" contenuta nell'art. 732 c.c. indica coloro che succedono direttamente al de cuius. Da ciò deriva che, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza , nel concetto di coerede di cui all'art. 732 c.c. rientrano anche il comunista per rappresentazione o per sostituzione ordinaria; il primo, infatti, ha una delazione, seppure indiretta, nei confronti dell'originario de cuius (e non è pertanto un delato del rappresentato); il sostituito è anch'egli delato dell'originario de cuius, anche se la sua delazione è condizionata alla mancata accettazione del primo istituito.

In conclusione, ai fini della spettanza del diritto di prelazione ex art. 732 c.c., si considera "ereditaria" la comunione che trae origine direttamente dalla successione del de cuius, con la conseguenza che - in caso di decesso di uno dei coeredi, oppure di

alienazione della quota ereditaria da parte di uno dei coeredi - nei confronti degli eredi subentrati al coerede deceduto e nei confronti dell'avente causa del coerede alienante non opera il diritto di prelazione ereditaria.

Ulteriori elementi di rilevanza della distinzione tra divisione ordinaria e divisione ereditaria

L'autorizzazione giudiziale alla divisione di beni di incapaci

La divisione produce l'effetto di convertire il diritto di comproprietà sull'intero (pars quota) nel diritto di proprietà esclusiva su alcuni beni determinati (pars quanta). Essa non è un atto di alienazione in senso tecnico, e tuttavia produce gli stessi effetti economici dell'alienazione: l'uscita di un bene dal patrimonio (pars quota), compensata dall'ingresso nel patrimonio di un altro bene (pars quanta), produce cioè una surrogazione reale . Il legislatore ha richiesto l'autorizzazione per procedere a divisioni (artt. 320, comma 3 e 375, n. 3) in quanto la divisione, come l'alienazione, potrebbe astrattamente pregiudicare il patrimonio dell'incapace, qualora non vi fosse corrispondenza tra la quota ideale di comproprietà sulla massa comune ed il valore dei beni allo stesso assegnati in proprietà esclusiva . Per l'individuazione del giudice competente ad autorizzare il legale rappresentante del minore ad intervenire alla divisione occorre distinguere tra divisione ordinaria e divisione ereditaria.

Nel caso di divisione ordinaria, sarà competente il giudice tutelare se si tratta di minori soggetti a potestà (art. 320, comma 3) e di minori emancipati o inabilitati ove il curatore sia il genitore (art. 394, comma 3); sarà competente, invece, il Tribunale su parere del giudice tutelare, se si tratta di minori sottoposti a tutela (art. 375, n. 3), di interdetti (art. 424, comma 1 e 375, n. 3), di emancipati o di inabilitati con curatore diverso dal genitore (art. 394, comma 3 e 424, comma 1) . Nel caso di divisione ereditaria, secondo la tesi accolta dalla Cassazione a Sezioni Unite, occorre procedere ad una ulteriore distinzione, a seconda che il bene abbia perso, o meno, la sua connotazione di "bene ereditario", cioè si sia conclusa la procedura di accettazione beneficiata dell'eredità e non vi siano più le ragioni di tutela di creditori del defunto e legatari che impongono per ogni atto di alienazione di beni ereditari l'autorizzazione del giudice delle successioni (art. 493 c.c.).

Secondo quanto afferma la citata Cassazione a Sezioni Unite «la competenza ad autorizzare la vendita di beni immobili ereditari del minore soggetto alla potestà dei genitori appartiene al giudice tutelare del luogo di residenza del minore, a norma dell'art. 320, terzo comma, c.c., unicamente per i beni che, provenendo da successione ereditaria, si possono considerare acquisiti definitivamente al patrimonio del minore; l'autorizzazione spetta invece - sentito il parere del giudice tutelare - al Tribunale del luogo dell'aperta successione, in virtù dell'art. 747 primo comma c.p.c. tutte le volte che il procedimento dell'acquisto jure ereditario non sia ancora esaurito, come quando sia pendente la procedura di accettazione con il beneficio d'inventario, e ciò sia perché l'indagine del giudice non è limitata alla tutela del

minore, alla quale soltanto è circoscritta dall'art. 320 citato, ma si estende a quella degli altri soggetti interessati alla liquidazione dell'eredità, sia perché altrimenti si determinerebbe una disparità di trattamento tra minori in potestate e minori sotto tutela, sotto il profilo della diversa competenza a provvedere in detta ipotesi per i primi (giudice tutelare, ai sensi dell'art. 320 c.c.) e per i secondi (Tribunale quale giudice delle successioni in base all'art. 747 c.p.c.)».

Numerose altre decisioni si sono conformate a tale giurisprudenza, sicché sulla vexata quaestio dei rapporti tra l'art. 320 c.c. e l'art. 747 c.p.c. si è ormai formata una giurisprudenza consolidata. E' stato precisato successivamente in giurisprudenza che l'esigenza di tutela che costituisce la ratio dell'art. 747 c.p.c. sussiste nei casi in cui il procedimento dell'acquisto jure ereditario non si sia ancora perfezionato, non soltanto con riferimento all'autorizzazione agli atti di "vendita" in senso stretto degli immobili ereditari, bensì anche con riferimento all'autorizzazione a tutti gli atti di straordinaria amministrazione che possano direttamente o indirettamente incidere sulla proprietà degli immobili ereditari, rendendo necessaria anche una valutazione relativa ad interessi diversi da quelli del minore. Ne consegue che, in ipotesi di beni immobili provenienti da eredità accettata con beneficio di inventario, competente ad autorizzare il minore a promuovere azione di divisione è il Tribunale ai sensi dell'art. 747 c.p.c., e non il giudice tutelare ai sensi dell'art. 320 c.c. Si tratta, allora, di stabilire quando può ritenersi conclusa la procedura di accettazione con il beneficio d'inventario, con la conseguente fuoriuscita del bene dalla sfera ereditaria per essere acquisito definitivamente al patrimonio del minore.

Com'è noto, l'effetto principale del beneficio d'inventario consiste nel tenere distinto il patrimonio del defunto da quello dell'erede (art. 490 c.c.). L'erede con beneficio d'inventario può scegliere se pagare i creditori o i legatari individualmente "a misura che si presentano" oppure con la procedura di liquidazione nell'interesse di tutti i creditori ed i legatari, salvo che anche un solo creditore o legatario abbia fatto opposizione entro il termine di cui all'art. 495 c.c. [nota 39], richiedendo espressamente la procedura "concorsuale". Qualora l'erede beneficiato utilizzi per il pagamento dei creditori e legatari la liquidazione "individuale", «poiché la legge non fissa alcun termine per la conclusione della procedura di liquidazione individuale, questa deve proseguire finché non sono stati soddisfatti tutti i creditori e legatari, ovvero fino al completo esaurimento dell'attivo ereditario» [nota 40]. In sostanza, mentre per i beni mobili, secondo quanto dispone testualmente l'art. 493, comma 2 c.c., l'autorizzazione giudiziaria per alienare beni ereditari non è più necessaria trascorsi cinque anni dalla dichiarazione di accettazione con beneficio d'inventario, per i beni immobili non può mai dirsi con certezza che la fase ereditaria sia chiusa, fatta salva la prescrizione del credito a danno dei creditori dell'eredità e dei legatari, espressamente contemplata dall'art. 495, ultimo comma c.c.

Diversamente, qualora l'erede beneficiato utilizzi la liquidazione "concorsuale", è espressamente previsto un termine di conclusione della procedura di liquidazione:

l'azione dei creditori e dei legatari si prescrive in tre anni dal giorno in cui lo stato di graduazione, formato dall'erede con l'assistenza di un notaio, è divenuto definitivo [nota 41] o è passata in giudicato la sentenza che ha pronunziato sui reclami (art. 502 c.c.).

La divisione ereditaria e l'eccezione all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica

L'art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, il cui contenuto è stato recepito quasi integralmente dall'art. 30 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico dell'edilizia), richiede l'allegazione obbligatoria all'atto di divisione di un terreno del certificato di destinazione urbanistica. La mancata allegazione del certificato di destinazione urbanistica è sanzionata con la nullità dell'atto e con il divieto per il Conservatore dei registri immobiliari di trascrivere l'atto stesso. L'ultimo comma dell'art. 30 del testo unico dell'edilizia stabilisce che «le disposizioni di cui sopra … non si applicano comunque alle divisioni ereditarie …».

È stato evidenziato in dottrina che il legislatore, con un'espressa indicazione positiva, esclude che un intento lottizzatorio possa collegarsi ad una divisione ereditaria, la cui origine di tipo successorio sfugge alla volontà dei soggetti coinvolti. La creazione dei lotti dall'unico maggior fondo nasce, infatti, esclusivamente dall'esigenza di tutelare l'interesse di poter liberamente porre fine allo stato di comunione ereditario .Secondo la dottrina che più a fondo ha studiato la materia «il rigore della disciplina in materia di circolazione dei terreni e la severità delle conseguenze sanzionatorie per la loro violazione impongono … grande attenzione e prudenza nell'esame dei fenomeni giuridici che di volta in volta acquistano rilievo. L'eccezionalità della previsione normativa per le "divisioni ereditarie" in deroga alle ordinarie regole disciplinanti la circolazione dei terreni, confortano un tale indirizzo interpretativo» .

Si tratta di circoscrivere in maniera rigorosa il concetto di "divisione ereditaria" che beneficia dell'eccezionale deroga all'obbligo generalizzato di allegazione del certificato di destinazione urbanistica. Consiglia questo atteggiamento di prudenza proprio la ratio che è alla base dell'eccezionale deroga all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica, consistente nella peculiarità del titolo che, avendo origine da una vicenda mortis causa, sfugge conseguentemente alla volontà delle parti ed inibisce la possibilità di una lottizzazione giuridica delle aree assegnate.

Sono stati indicati tre requisiti essenziali affinché la divisione mantenga il suo carattere ereditario: «1) il ricorso al negozio tipico "divisione"; 2) l'origine immediatamente ed esclusivamente di tipo successoria del coacervo da sciogliere; 3) l'identità soggettiva tra coloro che hanno beneficiato della nomina ad erede (legittimo o testamentario) o dell'attribuzione congiunta del legato e i condividenti»

La natura ereditaria della divisione non muta anche nel caso in cui la comunione abbia origine da più provenienze di fonte ereditaria, e ciò anche laddove ad un condividente vengano assegnati terreni appartenenti ad una massa e ad un altro condividente terreni appartenenti ad un'altra massa, trattandosi sempre dello scioglimento di un compendio ereditario complessivo esistente tra i coeredi .

Partendo dai princìpi generali sopra illustrati, si possono individuare delle fattispecie "di confine" dove lo scioglimento della comunione ereditaria, a causa di modifiche oggettive o soggettive intervenute nel compendio ereditario, dopo l'apertura della successione, ha perso il carattere di divisione ereditaria, con riferimento all'art. 30, ultimo comma del testo unico dell'edilizia. Non può più essere considerata ereditaria la fattispecie, piuttosto frequente nella pratica, nella quale uno dei coeredi abbia ceduto, a titolo gratuito oppure a titolo oneroso, ad un estraneo o ad un coerede la sua quota ereditaria.

In caso di alienazione della quota ad un estraneo la perdita della qualifica di comunione ereditaria, ai fini di cui si sta trattando, appare con evidenza; al riguardo basti considerare che il connotato di ereditarietà della divisione implica un'identità esatta tra i condividenti e coloro che sono eredi testamentari o legittimi del defunto, in mancanza della quale ritorna in vigore la regola generale dell'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

Alcuni dubbi possono sorgere in caso di alienazione della quota ereditaria ad un coerede, fattispecie in cui non cambia l'elemento soggettivo della comunione ereditaria. Secondo la tesi più prudente, anche in caso di alienazione della quota ereditaria ad un altro coerede, poiché il titolo che fonda la comunione non è più esclusivamente successorio, non trova più applicazione la disciplina di eccezione all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica . Non può essere considerata ereditaria la divisione attuata da condividenti il cui titolo di acquisto sia una divisione a stralcio con cui sono stati loro assegnati in comune dei terreni di provenienza successoria. In tal caso, il titolo di acquisto a cui fare riferimento, per la soluzione del problema di cui si sta trattando, è la divisione contrattuale posta in essere dai coeredi che ha dato luogo alla nuova comunione e non la successione mortis causa, che rappresenta solo un titolo mediato del nuovo stato di comunione. Si tratta, in sostanza, di una "nuova comunione" diversa da quella ereditaria. L'attribuzione congiuntiva di una quota di beni ereditari produce immediatamente lo scioglimento della comunione ereditaria rispetto ai beni assegnati con la divisione.

Al contrario, la comunione tra i coeredi non assegnatari dello stralcio di quota resta la medesima "comunione ereditaria", sebbene i coeredi siano numericamente ridotti, per effetto dell'estromissione dalla comunione dell'erede stralciato, e le quote dei coeredi rimasti in comunione siano accresciute, per effetto della forza espansiva della comproprietà, essendo venuta meno la quota del condividente stralciato .

Un problema interpretativo complesso sorge quando il compendio dei beni da dividere abbia origine in parte da una successione mortis causa e in parte da un atto tra vivi. Si è già rilevato in precedenza che - per giurisprudenza costante - quando i beni in comune provengono da titoli diversi non si realizza un'unica comunione, ma tante comunioni quanti sono i titoli di provenienza: alla pluralità di titoli corrisponde una pluralità di masse, ciascuna delle quali costituisce un'entità patrimoniale a sé stante.

Sulla base di tale principio, nella fattispecie al vaglio, l'intera massa andrebbe ripartita idealmente in due masse: una di carattere ereditario per la quale sarebbe possibile non allegare il certificato di destinazione urbanistica e l'altra di carattere non ereditario alla quale andrebbe allegato il certificato di destinazione urbanistica.

Tuttavia, laddove i condividenti abbiano con la loro attività contrattuale o tecnica (attraverso accorpamenti e/o fusioni catastali) unito in modo indistinto le due masse viene meno la possibilità di separare in modo perfetto i due (o più) compendi e, quindi, viene meno la possibilità di applicare ad ognuna delle divisioni le regole sue proprie; in definitiva, viene meno la possibilità di applicare alla massa di origine successoria l'eccezione alla regola generale della obbligatoria allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

La pronuncia della riduzione delle disposizioni lesive della legittima quale fonte della comunione

Nel caso in cui il de cuius abbia esaurito il suo patrimonio con donazioni e disposizioni testamentarie a favore di persone diverse dai legittimari, dovendo le attribuzioni patrimoniali restare valide finché non vengano impugnate con l'azione di riduzione, è solo dopo l'esercizio di questa che può sorgere una comunione ereditaria tra il legittimario ed i beneficiari di dette attribuzioni . La sentenza che accoglie la domanda di riduzione determina, nei confronti del legittimario vittorioso, l'inefficacia ex tunc, con effetto dall'apertura della successione, dell'istituzione di erede, del legato o della donazione lesiva, nella misura necessaria a salvaguardare la sua quota di legittima. è un'azione di accertamento costitutivo, perché accerta l'esistenza della lesione di legittima e delle altre condizioni dell'azione e dall'accertamento consegue, automaticamente, la modificazione giuridica del contenuto del diritto del legittimario. La pronuncia di riduzione determina normalmente l'instaurarsi di una comunione sulla massa ereditaria con effetti diversi a seconda del tipo di disposizione colpita da inefficacia (istituzione di erede, legato, donazione).

Qualora il testatore abbia leso con una o più disposizioni a titolo universale i diritti del legittimario, per effetto dell'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione, si crea un nuovo stato di comunione ereditaria (ove a subire la dichiarazione di riduzione della disposizione lesiva sia un unico erede testamentario) oppure si

realizza un allargamento della comunione ereditaria al legittimario che ha agito in riduzione (ove già prima della dichiarazione di riduzione della disposizione lesiva esistesse una comunione ereditaria). Stante la nullità della divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari (art. 735, comma 1 c.c.), in caso di preterizione di un legittimario e di successiva riduzione delle disposizioni lesive della legittima, per effetto della pronuncia di riduzione, si crea uno stato di comunione ereditaria, venendo travolta la divisione fatta dal testatore dalla sanzione della nullità.

Qualora il legittimario non fosse stato preterito ma semplicemente leso nella quota di legittima, con l'azione di riduzione, intentata prima della divisione, lo stesso acquista una quota supplementare di eredità che, assieme a quella già ottenuta, sia tale da pareggiare la riserva. Un problema delicato riguarda la possibilità di procedere a divisione dell'eredità in pendenza del giudizio con cui un legittimario ha chiesto la riduzione di una disposizione lesiva. Si ritiene che la tempestiva proposizione dell'azione di riduzione non integri una causa di sospensione del diritto di chiedere la divisione: in primo luogo, le cause di sospensione della divisione devono considerarsi un'eccezione rispetto al principio generale contrario consacrato dall'art. 713 c.c.; in secondo luogo, l'azione di riduzione deve esercitarsi nei soli confronti del beneficiario delle disposizioni lesive della quota del legittimario, il quale, in caso di esito positivo dell'azione giudiziale, succede non nella quota di eredità, bensì nella porzione attribuita, in sede di divisione, al soggetto passivo dell'azione di riduzione.

Almeno in via prudenziale, si dovrebbe applicare, per analogia, al legittimario che ha agito in riduzione, ed ha trascritto la domanda giudiziale ex art. 2652, n. 8 c.c., lo stesso trattamento riservato dall'art. 1113, comma 3 c.c. ai creditori iscritti, i quali devono essere chiamati ad intervenire perché la divisione abbia effetto nei loro confronti. Qualora, invece, oggetto dell'azione sia un legato di specie, la dichiarazione di parziale inefficacia del lascito darà luogo al costituirsi di una situazione di contitolarità tra il legatario e l'erede legittimario, secondo quote che si determinano in base alla misura della riduzione; si tratta però di una comunione relativa a cose singolarmente individuate e non presenta, quindi, i caratteri della comunione ereditaria .

Conclusioni e casistica

A conclusione della nostra indagine sulle principali differenze tra divisione ordinaria e divisione ereditaria, si può affermare che la divisione ereditaria è, senza dubbio, un fenomeno complesso che può essere esaminato sotto diverse angolazioni, con una disciplina che è modellata in maniera peculiare dal legislatore a seconda dell'interesse perseguito.

La disciplina propria della divisione ereditaria si ispira all'esigenza di definire i rapporti tra i coeredi, rispettando, per quanto possibile, la parità di trattamento (imputazione dei debiti verso il defunto e verso i coeredi e prelevamenti, collazione dei beni donati a favore di coeredi legati dal stretti vincoli con il de cuius); per questo motivo la qualità di erede attribuisce delle situazioni giuridiche intrasmissibili anche in caso di alienazione della quota ereditaria da parte del coerede.

Altri aspetti della disciplina della divisione ereditaria, quali il retratto successorio e la disciplina urbanistica, si fondano sul titolo di provenienza ereditario; pertanto, un qualunque atto tra vivi che incida, modificandola, sulla comunione ereditaria, impedisce l'applicazione di tali profili di disciplina della divisione ereditaria.

In caso di eredità devoluta ad un minore, il quale, debitamente rappresentato, accetterà l'eredità con beneficio d'inventario, il legislatore ha considerato prevalenti le esigenze dei creditori dell'eredità e dei legatari, attribuendo al Tribunale del luogo di apertura delle successioni la competenza ad autorizzare il compimento di atti di straordinaria amministrazione che incidono sull'eredità beneficiata, tra i quali è compresa la divisione, finché non sia conclusa la procedura di accettazione beneficiata, con la conseguente fuoriuscita del bene dalla sfera ereditaria per essere acquisito definitivamente al patrimonio del minore.

Per tradurre in casistica le illustrate conclusioni si possono proporre i seguenti esempi.

1. Tizio nomina erede universale il figlio Primo e lega congiuntamente ai fratelli Mevio e Sempronio il terreno agricolo di cui è proprietario. Dire se in caso di alienazione della quota di Mevio ad un estraneo spetta a Sempronio il diritto di prelazione ereditaria e se nella divisione del terreno tra Mevio e Sempronio è obbligatoria l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

In caso di legato congiunto di uno stesso bene a favore di più collegatari la comunione originata dal legato ha natura di comunione ordinaria, considerato che il legatario subentra in un bene determinato e non nell'universum ius defunti. Coerentemente alla sua qualifica di comunione ordinaria, non trovano applicazione le norme proprie della divisione ereditaria, in primis il retratto successorio in caso di alienazione della quota da parte del comunista.

Al contrario, per la disciplina urbanistica, la stessa comunione tra collegatari o tra assegnatari congiunti di uno stesso bene è considerata ereditaria, ai fini di cui all'art. 30, ultimo comma del testo unico dell'edilizia che esclude, in caso di divisione ereditaria, l'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica. Si è osservato, in precedenza, che ai fini di cui all'art. 30, ultimo comma citato, la ratio che è alla base della disciplina di deroga all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica risiede nella peculiarità del titolo che, avendo origine da una vicenda mortis causa, sfugge conseguentemente alla volontà delle parti,

trattandosi di una comunione incidentale e non volontaria e ciò, a giudizio del legislatore, è garanzia sufficiente dell'assenza di un intento di lottizzazione giuridica delle aree assegnate.

Per le cose dette, a Sempronio non spetta il diritto di prelazione; la divisione, ai fini dell'art. 30, ultimo comma del testo unico dell'edilizia è considerata divisione ereditaria e beneficia dell'eccezione all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

2. Tizio nomina eredi il figlio Primo ed i fratelli Mevio e Sempronio, quindi procede alla divisione dei suoi beni tra gli eredi assegnando, tra l'altro, a Primo un fabbricato ed a Mevio e Sempronio, in quote uguali, il terreno agricolo di cui è proprietario. Dire se, in caso di alienazione della quota di Mevio ad un estraneo, spetta a Sempronio il diritto di prelazione ereditaria e se nella divisione del terreno tra Mevio e Sempronio è obbligatoria l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

Le conclusioni raggiunte nel caso 1 possono essere riportate integralmente anche nella fattispecie al vaglio. Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, in caso di divisione operata direttamente dal testatore con attribuzione congiunta di uno o più beni, la comunione originata dalla divisione del testatore ha natura di comunione ordinaria (Cass. 15 ottobre 1992, n. 11290; Cass. 26 ottobre 1967, n. 2674). Ciò non toglie che, ai fini di cui all'art. 30, ultimo comma del testo unico dell'edilizia, la stessa comunione debba essere considerata ereditaria, trattandosi di una comunione incidentale che trae origine direttamente dalla volontà del testatore, e ciò è garanzia sufficiente dell'assenza di un intento di lottizzazione giuridica delle aree assegnate.

Per le cose dette, a Sempronio non spetta il diritto di prelazione; la divisione, ai fini dell'art. 30, ultimo comma del testo unico dell'edilizia è considerata divisione ereditaria e beneficia dell'eccezione all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

3. Primo, Secondo e Terzo sono coeredi del padre Mevio. Primo intende vendere al cugino Filano la propria quota ereditaria ed i fratelli Secondo e Terzo non intendono esercitare il diritto di prelazione ereditaria. Dire se, in caso di successiva alienazione della quota da parte del cugino Filano, spetta a Secondo e Terzo il diritto di prelazione ereditaria e se nella divisione del terreno tra Filano, Secondo e Terzo è obbligatoria l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica. Dire, inoltre, chi debba partecipare alla divisione ereditaria, considerato che Primo aveva ricevuto in donazione da padre Mevio l'appartamento dove vive con la famiglia.

In caso di alienazione della quota ereditaria da parte di un coerede, per certi aspetti, la comunione ereditaria subisce una sorta di mutazione genetica. Infatti, tale alienazione della quota impedisce, successivamente, l'applicazione del retratto successorio e dell'art. 30, ultimo comma del testo unico dell'edilizia. Secondo il costante insegnamento della Suprema Corte, il diritto di prelazione integra un

diritto personalissimo intrasmissibile agli eredi, per cui il retratto successorio è stato bloccato dal legislatore al nucleo originario costituito da coloro che sono succeduti direttamente al de cuius. Analogamente, poiché presupposto fondamentale per l'applicazione della deroga all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica è la peculiarità del titolo mortis causa, l'alienazione della quota ereditaria, anche se a favore di un coerede, secondo la tesi più rigorosa, fa venir meno il titolo ereditario e la conseguente spettanza del trattamento di favore fissato dall'art. 30, ultimo comma citato.

L'alienante, se figlio, discendente o coniuge del defunto, in quanto coerede, è obbligato a partecipare alla divisione ereditaria per effettuare la collazione dei beni ricevuti in donazione. Trattasi di un obbligo strettamente legato alla sua qualità di erede e come tale intrasferibile all'acquirente della quota ereditaria. Per le cose dette, a Secondo e Terzo non spetta il diritto di prelazione ereditaria; è obbligatoria l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica; alla divisione deve partecipare anche Primo per la collazione del bene immobile ricevuto in donazione.

4. Primo, Secondo, Terzo, Quarto e Quinto sono coeredi del padre Mevio ed hanno ricevuto in successione beni mobili, numerosi immobili ereditati dal padre, costruttore edile, ed un terreno edificabile. I coeredi Quarto e Quinto hanno chiesto di ricevere in divisione a saldo e stralcio della loro quota ereditaria il terreno edificabile in quote uguali. Dire quale disciplina si applica alla comunione tra Quarto e Quinto sul terreno edificabile loro assegnato con lo stralcio divisionale e quale disciplina si applica ai beni rimasti in comunione tra i fratelli Primo, Secondo e Terzo.

In caso di divisione a stralcio oppure di divisione oggettivamente parziale con cui alcuni beni facenti parte della massa ereditaria sono assegnati in comune a due o più coeredi, la nuova comunione che origina dall'atto di divisione, non avendo più la sua fonte diretta nella successione al de cuius, è una comunione ordinaria e, pertanto, non soggetta alla peculiare disciplina della divisione ereditaria né alla eccezionale deroga all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica. Al contrario i beni della massa ereditaria che non hanno costituito oggetto della divisione conservano la propria qualifica di beni ereditari, traendo origine il rapporto tra i coeredi direttamente dalla successione al de cuius (cfr. Cass. 20 aprile 1994, n. 3745).

Per le cose dette, alla divisione tra Quarto e Quinto non si applica alcuna delle norme peculiari che disciplinano la divisione ereditaria: collazione, imputazione dei debiti, retratto successorio, eccezione all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica. Al contrario, alla divisione tra Primo, Secondo e Terzo si applica tutta la disciplina della divisione ereditaria.

5. Primo e Secondo sono coeredi dello zio Tizio, deceduto nel 2008. Un terreno edificabile è pervenuto ai coeredi in parte per donazione dallo stesso zio Tizio ed in

parte per la citata successione dello zio. Dire quante divisioni devono compiere Primo e Secondo per sciogliere la comunione tra gli stessi esistente e se all'atto di divisione vada allegato il certificato di destinazione urbanistica.

Secondo il costante insegnamento della Suprema Corte ad una pluralità di titoli corrisponde una pluralità di masse da dividere, con la conseguenza che i condividenti dovranno procedere a tante autonome divisioni quanti sono i titoli di provenienza e all'interno di ciascuna divisione troveranno soluzione i problemi propri di ciascuna comunione, con particolare riferimento, per la comunione ereditaria, a collazione di beni donati, imputazione di debiti verso il defunto o verso i coeredi in dipendenza dei rapporti di comunione, retratto successorio. Ciò non esclude che i condividenti, nell'esplicazione della propria autonomia privata, possano procedere ad un'unica divisione, ad esempio, perché non è necessario effettuare collazione di beni donati o imputazione di debiti. Sulla base di tale principio, nella fattispecie al vaglio, l'intera massa andrebbe ripartita idealmente in due masse: una di carattere ereditario per la quale sarebbe possibile non allegare il certificato di destinazione urbanistica e l'altra di carattere non ereditario alla quale andrebbe allegato il certificato di destinazione urbanistica. Tuttavia, qualora i condividenti abbiano unito in modo indistinto le due masse, ad esempio attraverso fusioni catastali di particelle, viene meno la possibilità di separare in modo perfetto i due o più compendi e, quindi, viene meno la possibilità di applicare a ciascuna divisione le regole sue proprie; in definitiva, viene meno la possibilità di applicare alla massa di origine successoria l'eccezione alla regola generale dell'obbligatoria allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

Per le cose dette, Primo e Secondo dovrebbero procedere a due divisioni, una avente ad oggetto la porzione di terreno edificabile agli stessi pervenuta per donazione e l'altra avente ad oggetto la massa di esclusiva provenienza ereditaria. Qualora i condividenti procedano a due divisioni, ai fini dell'art. 30, ultimo comma del testo unico dell'edilizia, alla prima divisione, avente ad oggetto beni di provenienza donativa, andrà obbligatoriamente allegato il certificato di destinazione urbanistica, mentre alla seconda divisione, avente ad oggetto beni di provenienza esclusivamente ereditaria, si applicherà l'eccezione all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica. Tuttavia, Primo e Secondo, nell'ambito della propria autonomia contrattuale, potranno decidere di procedere ad un'unica divisione di tutto il patrimonio comune, in parte di provenienza donativa ed in parte di provenienza ereditaria. In tal caso, non avendo la divisione ad oggetto beni di provenienza esclusivamente ereditaria, alla stessa andrà obbligatoriamente allegato il certificato di destinazione urbanistica.

6. Primo e Secondo sono succeduti al padre Tizio deceduto nel 2007; nell'asse ereditario è compreso un terreno edificabile. Nel 2008 scompare prematuramente Secondo lasciando coeredi i figlio Caio e Mevio che subentrano nella quota di comproprietà del terreno edificabile. Dire se spetta il diritto di prelazione ereditaria

a Caio e Mevio in caso di vendita della quota ereditaria da parte di Primo e se all'atto di divisione del terreno edificabile da parte di Primo, Caio e Mevio debba essere obbligatoriamente allegato il certificato di destinazione urbanistica.

Il diritto di prelazione integra un diritto personalissimo intrasmissibile agli eredi, previsto al solo fine di assicurare la persistenza della titolarità dei beni ereditari in capo ai primi successori. Qualora, in virtù di successione di uno dei coeredi, sugli stessi beni vengano a coesistere due o più comunioni ereditarie, l'identità parziale o totale dei beni su cui le comunioni stesse si vengono a formare non esclude che ciascuna di esse abbia un titolo proprio ed autonomo. Ne consegue che, ai fini del diritto di prelazione, la posizione di "coerede" si determina in base all'eredità dalla quale essa deriva e lo stesso deve considerasi "estraneo" rispetto ad un titolo successorio diverso. Per quanto concerne il problema dell'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica, occorre verificare la ratio che è alla base della deroga contenuta nell'art. 30, ultimo comma del testo unico dell'edilizia, consistente nella peculiarità del titolo che, avendo origine da una vicenda mortis causa, sfugge conseguentemente alla volontà delle parti, trattandosi di una comunione incidentale e non volontaria e ciò, a giudizio del legislatore, è garanzia sufficiente dell'assenza di un intento di lottizzazione giuridica delle aree assegnate.

Da questa premessa deriva che la natura ereditaria della divisione non muta anche nel caso in cui la comunione abbia origine da più provenienze di fonte ereditaria, e ciò anche laddove ad un condividente vengano assegnati terreni appartenenti ad una massa e ad un altro condividente terreni appartenenti ad un'altra massa, trattandosi sempre dello scioglimento di un compendio ereditario complessivo esistente tra i coeredi. Per le cose dette, a Caio e Mevio non spetta il diritto di prelazione ereditaria; la divisione, ai fini dell'art. 30, ultimo comma del testo unico dell'edilizia è considerata divisione ereditaria e beneficia dell'eccezione all'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

7. Il minore Tizietto di anni 17 è coerede insieme con il cugino Caio di 21 anni dello zio Tizione, deceduto nel 2001. I genitori di Tizietto, esercenti la potestà sul minore, dopo avere accettato nel gennaio 2002 l'eredità per conto del minore con beneficio d'inventario, intendono ora procedere alla divisione con Caio dell'asse ereditario. Considerato che nessun creditore ha chiesto la liquidazione concorsuale dell'eredità, e che l'asse ereditario è composto da alcuni orologi di valore e da due immobili, dire quale è il giudice competente al rilascio dell'autorizzazione ai genitori di Tizietto per procedere alla divisione dell'eredità.

Il legislatore ha richiesto l'autorizzazione per procedere a divisioni (artt. 320, comma 3 e 375, n. 3) in quanto la divisione, come l'alienazione, potrebbe astrattamente pregiudicare il patrimonio dell'incapace, qualora non vi fosse corrispondenza tra la quota ideale di comproprietà sulla massa comune ed il valore

dei beni allo stesso assegnati in proprietà esclusiva. Per quanto concerne la competenza giudiziale alla divisione di beni ereditari da parte di minori, si è osservato che il discrimine tra la competenza del Tribunale, quale giudice delle successioni, e la competenza del giudice tutelare del luogo di residenza del minore sta nell'avvenuta conclusione della procedura di accettazione beneficiata da cui consegue che il bene ereditario è acquisito definitivamente nel patrimonio dell'incapace.

In questa fattispecie assume rilevanza l'essenza dell'eredità quale universitas iuris ed il conseguente obbligo dei coeredi di pagare i creditori ereditari ed i legatari; pertanto, finché non si può ritenere conclusa la procedura di accettazione beneficiata, permangono quelle esigenze di tutela che hanno indotto il legislatore a richiedere il controllo del giudice delle successioni, in caso di alienazione di un bene da parte dell'erede che abbia accettato con beneficio d'inventario. Qualora sia stata seguita per il pagamento dei debitori e legatari la procedura individuale, per i beni mobili, secondo quanto dispone testualmente l'art. 493, comma 2 c.c., l'autorizzazione giudiziaria per alienare beni ereditari non è più necessaria trascorsi cinque anni dalla dichiarazione di accettazione con beneficio d'inventario, mentre per i beni immobili non può mai dirsi con certezza che la fase ereditaria sia chiusa, fatta salva la prescrizione del credito a danno dei creditori dell'eredità e dei legatari, espressamente contemplata dall'art. 495, ultimo comma c.c. Per le cose dette, mentre gli orologi facenti parte dell'asse ereditario possono considerarsi acquisiti ormai definitivamente nel patrimonio del minore, per i beni immobili è necessario ottenere la preventiva autorizzazione del Tribunale, quale giudice delle successioni, previo parere del giudice tutelare, trattandosi di beni per i quali è ancora pendente la procedura di accettazione beneficiata.

8. Caia e Sempronio sono eredi legittimi, in quote uguali, del rispettivo coniuge e padre Tizio, deceduto nel 2007, e intendono procedere a divisione dell'asse ereditario, nel quale è compreso un terreno edificabile, mediante assegnazione a Caia dell'usufrutto vitalizio ed a Sempronio della nuda proprietà su tutti i beni attualmente comuni. Dire se l'atto che si accingono a stipulare Caia e Sempronio ha natura di divisione e se all'atto vada obbligatoriamente allegato il certificato di destinazione urbanistica.

Nel caso di divisione amichevole si considera possibile attribuire il diritto di usufrutto ad uno dei condividenti che era comproprietario di beni comuni, così come si considera possibile attribuire una porzione di piena proprietà a chi era soltanto usufruttuario. Quanto al problema della natura giuridica dell'atto posto in essere, è stato affermato in dottrina che, nonostante l'equivalenza delle entità dal punto di vista economico, non è riscontrabile una divisione propriamente detta, quanto una divisione atipica, o, più precisamente, una permuta con l'attribuzione di un diritto diverso. Pure in presenza della caratteristica peculiare della attribuzione ad un

condividente di un diritto che prima non esisteva in comunione, sembra preferibile qualificare tale atto come "atto avente natura divisoria", considerando che pone termine allo stato di comunione indivisa mediante attribuzione ai condividenti di porzioni di valore corrispondente alle quote ideali di comproprietà.

La dottrina più recente ha proposto una revisione critica della teoria della divisione ed ha costruito la divisione come categoria funzionale, qualificata dall'interesse alla distribuzione pro quota di una massa patrimoniale . «Come categoria funzionale … la divisione potrà contrapporsi non alla struttura traslativa ma, semmai, alla funzione di scambio». «Costruita la divisione come categoria funzionale, e dunque la distribuzione proporzionale come espressiva non tanto di una data di struttura quanto di una combinazione di interessi, essa risulta compatibile con meccanismi apporzionatori ad efficacia traslativa, purché vivificati dall'interesse alla distribuzione e dunque finalizzati a realizzarla» . Quanto al problema dell'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica, stante le incertezze interpretative sulla natura divisoria o traslativa dell'atto che pone termine alla comunione, considerato che, per espressa disposizione legislativa, solamente la "divisione ereditaria" beneficia dell'eccezionale deroga all'obbligo generalizzato di allegazione del certificato di destinazione urbanistica, sembra preferibile concludere per l'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica . Per le cose dette, la dottrina è divisa sulla qualifica dell'atto posto in essere da Caia e Sempronio, oscillando tra la natura divisoria e la natura traslativa; pertanto, almeno in via prudenziale, all'atto va allegato il certificato di destinazione urbanistica.

Il contratto preliminare di compravendita di immobili. Analisi giuridica e spunti pratici

Appunti sul contratto preliminare di compravendita di immobili.

di Daleffe Davide Giovanni | 19/04/2017

Preliminare di compravendita immobiliare

Il contratto preliminare in generale è un negozio giuridico tutt'altro che semplice. Ci soffermeremo per ora solo sul contratto preliminare di compravendita di beni immobili. Il presente articolo vuole dare una ricostruzione generale del contratto preliminare, in primis, per poi delineare la differenza tra il semplice preliminare registrato (presso l'Agenzia delle Entrate) e quello sia registrato che trascritto (nei pubblici Registri Immobiliari), con alcuni utili spunti fiscali e pratici ai fini della registrazione, nel caso si optasse per la prima tipologia.Il contratto preliminare non è definito in modo espresso dal legislatore. Ne troviamo però traccia in alcune norme ad esso specificatamente dedicate, dalle quali se ne possono delineare i tratti caratteristici.

Il contratto preliminare è un vero e proprio contratto. Deve pertanto rispettare i requisiti essenziali del contratto (art. 1325 cod. civ.), ovvero:

1) l'accordo delle parti;

2) la causa;

3) l'oggetto;

4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

Il contratto preliminare è l'accordo con il quale le parti si obbligano reciprocamente alla stipula di un successivo contratto definitivo, indicandone sin da principio gli aspetti essenziali.

In ambito immobiliare è usata di frequente la figura del contratto preliminare di compravendita (anche, impropriamente, definito "compromesso"), in quanto spesso le parti hanno la necessità di vincolarsi all'acquisto / vendita, ma hanno bisogno di definire una serie di aspetti (giuridici e pratici) prima della conclusione del contratto (definitivo) di compravendita. Alcuni aspetti da definire possono essere: il contratto di mutuo da richiedere in banca, la regolarizzazione della situazione catastale, la disdetta del contratto di locazione dell'abitazione in cui vivono; la ricerca di un notaio che stipuli il contratto definitivo.

La compravendita immobiliare si inizia sempre (salvo rarissimi casi, da quello che mi insegna l'esperienza) dalla formulazione di una proposta di acquisto.

La proposta deve essere poi accettata dal proprietario e solo quando, chi ha fatto la proposta, ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte, il contratto si considera giuridicamente concluso.

Già qui bisogna stare molto attenti a come si imposta la proposta di acquisto. Se la proposta è indirizzata alla diretta conclusione del contratto di compravendita (intenzionalmente o solo perché scritta male), quando il proponente avrà conoscenza dell'accettazione della proposta, ci troveremo di fronte ad un vero e proprio contratto di compravendita. Mancherà solo la trascrizione nei pubblici registri immobiliari con la quale dare pubblicità al contratto, ma già essa configurerà una compravendita.

Se invece si vuole, come spesso accade, concludere un semplice contratto preliminare, bisogna che detta intenzione sia palese e ben specificata nella proposta.

Per fare ciò si può:

- intitolare la proposta "PROPOSTA DI ACQUISTO IMMOBILIARE (avente quale effetto la conclusione di un contratto PRELIMINARE DI COMPRAVENDITA, in caso di accettazione del venditore)";

- - inserire detta volontà nel contratto, ad esempio iniziando la proposta in tal senso: "Il sottoscritto … promette di acquistare la piena proprietà del seguente immobile: …, alle condizioni di seguito meglio descritte, specificando fin d'ora che l'accettazione della presente proposta è destinata a divenire un contratto preliminare di compravendita.", e specificando successivamente tutte le clausole che vorreste inserire nel contratto preliminare.

Qual è la forma che deve rivestire il contratto preliminare?

La forma del contratto preliminare, in generale è libera, ma nel caso di compravendita di beni immobili, la cosa cambia notevolmente.

L'articolo 1350 del codice civile dispone espressamente che devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità, tra gli altri, i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili, e i contratti che costituiscono, modificano o trasferiscono il diritto di usufrutto e di superficie su beni immobili.

Il successivo articolo 1351 cod. civ. dispone che il contratto preliminare è nullo, se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo. Pertanto il contratto preliminare di compravendita di beni immobili dovrà essere per atto pubblico o per scrittura privata. La scrittura privata dovrà essere autenticata da un Notaio se si vorrà trascrivere il contratto nei pubblici registri immobiliari.

Cosa succede in caso di inadempimento del contratto preliminare da parte di una delle due parti?

Ci viene in aiuto l'articolo 2932 del codice civile (intitolato: Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto), secondo cui, se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.

Se, pertanto, nel contratto preliminare, non abbiamo espressamente escluso la possibilità di ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, si potrà ottenere lo stesso effetto del contratto definitivo attraverso una sentenza giudiziale che obbliga l'altra parte ad adempiere (ovvero che statuisca il trasferimento dell'immobile e, se inadempiente è il venditore, che lo obblighi alla consegna dell'immobile e alle altre condizioni pattuite, se inadempiente è l'acquirente, al pagamento del prezzo).

Altra soluzione resta sempre e comunque il risarcimento del danno per responsabilità contrattuale.

Nella maggior parte dei casi si consegna un anticipo del prezzo, al momento della stipula del contratto preliminare, indicandolo genericamente come "caparra" o come "acconto", ma è bene fare attenzione alla differenza.

L'acconto è un anticipo del prezzo pattuito per la compravendita. In caso di inadempimento l'acconto dovrà essere restituito, indipendentemente dalla responsabilità delle parti. Per avere invece un risarcimento per il danno sofferto dall'inadempimento, la parte danneggiata dovrà iniziare un giudizio civile e dimostrare di aver subito un danno.

La caparra, o meglio la "caparra confirmatoria" (quello comunemente usata), è anch'essa un anticipo del prezzo, che però funge anche da garanzia.

Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro, essa, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta, ovvero al prezzo di prezzo di compravendita al momento della stipula del contratto definitivo di compravendita.

In caso di inadempimento, se non è interesse della parte adempiente concludere il contratto definitivo di compravendita, si hanno due opzioni:

- se è inadempiente la parte che ha dato la caparra, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra;

- se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.

Se però, in caso di inadempimento di una delle due parti, la parte adempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali sul risarcimento.

Si parla altre volte di "penale". Si tratta, giuridicamente, della "clausola penale". La clausola penale, ovvero quella con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento , uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno. Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale , se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo.

La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Che il contratto preliminare di compravendita possa essere sottoposto a condizione o a termine, non è in discussione.

Molte volte, nella prassi, l'acquirente è interessato all'immobile ma non avendo abbastanza denaro è costretto a richiedere ad un istituto bancario un mutuo. Non è agevole richiedere il mutuo alla banca prima di aver "bloccato" l'immobile, pertanto la cosa migliore è inserire ab origine nella proposta una condizione sospensiva che dia validità alla proposta solo dopo che una banca abbia deliberato la concessione del mutuo, magari aggiungendo un termine di validità della condizione, per dare al venditore un' idea della tempistica per cui sarà vincolato e quindi eviti di rifiutare la proposta, senza neppure pensarci.

La vendita di cosa futura

SOMMARIO: 1. La vendita di cosa futura – 1.1. Vendita di cosa futura e cotratto condizionato – 1.2. Natura giuridica della vendita di cosa futura – 1.3. Continua: la vendita di cosa futura come negozio a consenso anticipato – 1.4. Continua: la vendita di cosa futura come negozio ad efficacia sospesa – 1.5. Continua: la vendita di cosa futura come negozio obbligatorio – 1.6. La disciplina della vendita di cosa futura: la venuta ad esistenza della cosa – 1.7. Continua: il momento della venuta ad esistnza del bene futuro – 1.8. Continua: la legge 30/1997 – 1.9. Conseguenze della mancata venuta ad esistenza della cosa futura – 1.10. Continua: la "nullita" ex art. 1472, u.c., c.c., nell'elaborazione giurisprudenziale – 1.11. Continua: la differenza fra emptio spei ed emptio rei speratae – 1.12. Il D.L.vo 20 giugno 2005, n. 122 - 1.13 Continua: conclusioni.

1. La vendita di cosa futura.

Legislazione c.c. 1218, 1348, 1360, 1453, 1455, 1458, 1463, 1464, 1472, 1476 n. 2, 1479, 1498, 1537, 1538, 1555, 2645 bis; d.l. 31.12.1996 n. 669 conv. nella l. 28.02.1997 n. 30, art. 3; d.l.vo 20.06.2005 n. 122.

Bibliografia: Lipari 1960 - Perlingeri 1962 - Rubino 1971 – Bianca 1993 – Falzone 1995 – Luminoso 1995.

La vendita di cosa futura (altrimenti detta emptio rei speratae), quale contratto tipico, è disciplinata dall'art. 1472 del c.c. Tale previsione rappresenta una specificazione di quanto previsto dal c.c. nella parte generale sul contratto ed in specie nell'art. 1348 c.c.

La figura codicistica di vendita di cosa futura, ha per oggetto un bene attualmente inesistente come autonomo oggetto di diritti di godimento (secondo la definizione del Bianca 1993, 372). Non si tratta, però, sempre e soltanto di inesistenza materiale del bene, sebbene anche di inesistenza giuridica. La vendita di cose future comprende, più precisamente: 1) le cose non ancora esistenti in natura; 2) le cose

esistenti in natura che non sono di proprietà di alcuno e che sono suscettibili di occupazione; 3) i prodotti d'opera ancora non formati nella loro individualità economica; 4) i prodotti naturali non ancora staccati dalla cosa madre e insuscettibili di proprietà separata

(Bianca 1993, 373).

Per un autore (Falzone 1995, 594) il concetto di "inesistenza giuridica" non equivale al concetto di "inesistenza come autonomo oggetto di diritti". Infatti accogliendo la prima definizione il concetto di futurità si dovrebbe riferire a cose alle quali il mondo giuridico non dà alcuna rilevanza, mentre accogliendo la seconda definizione, per bene futuro, si dovrebbe intendere non solo la cosa giuridicamente irrilevante ma anche la cosa che, pur esistente e rilevante per il mondo del diritto, attualmente non può formare oggetto di diritti. Tale differenziazione, se può sembrare, ad una prima lettura, estremamente rigorosa e precisa, rischia di creare confusione.

Infatti, se è vero che il concetto di futurità si deve riferire alla rilevanza giuridica di un bene, allora i due concetti non possono che coincidere, poco importando quale sia la motivazione dogmatica per la quale quel dato bene non possa attualmente formare oggetto di diritti. La distinzione, poi, non trova considerazione nella giurisprudenza, la quale, nel definire la cosa futura, utilizza indifferentemente l'uno e l'altro concetto.

Al contrario, pare importante puntualizzare il senso della definizione normativa che si riferisce alla cosa futura e nel caso di specie alla vendita di cosa futura di cui all'art. 1472 c.c. La dizione si deve intendere come una forma contratta per esprimere un concetto giuridicamente più corretto. Ciò che è oggetto di vendita non è la cosa, ma sono i diritti sulla cosa; a questo proposito si è osservato che:

Nella previsione normativa della vendita di cosa futura, il diretto riferimento alla cosa è conforme al corrente linguaggio e deve intendersi nel senso che il venditore aliena il diritto di proprietà avente ad oggetto la cosa futura. E poiché la proprietà e gli altri diritti reali di godimento non esistono se non esiste in atto il loro oggetto, la vendita di cose future è in definitiva vendita di diritti futuri. La nozione della vendita di diritti futuri si pone tuttavia in termini più ampi. Diritti futuri, non sono solamente i diritti reali su cose future ma, in generale, i diritti non ancora esistenti per mancanza dell'oggetto o della fattispecie costitutiva. Accanto alla vendita dei diritti reali su cose future – o, senz'altro, alla vendita di cose future – si pone, così, la vendita di diritti futuri, intesa come vendita di diritti derivanti da fattispecie negoziali o legali non ancora perfezionate

(Bianca 1993, 374-375).

1.1. Vendita di cosa futura e contratto condizionato.

La vendita di cosa futura (o meglio di diritto futuro) deve tenersi distinta dalla vendita di diritto condizionato. Tale fattispecie si riferisce ad un diritto già esistente e perfettamente commerciabile ma appartenente, attualmente, ad un soggetto diverso da quello che ne vuole disporre: Il diritto futuro, derivante da fattispecie incompleta, dev'essere tenuto distinto rispetto al diritto condizionato. Il diritto condizionato è un'autonoma posizione di vantaggio di cui può attualmente disporsi come di un diritto presente. Il trasferimento di tale diritto realizza la vicenda assunta ad oggetto della vendita: e relega il verificarsi o il mancato verificarsi della condizione ad un evento che concerne ormai la sfera giuridica del nuovo titolare

(Bianca 1993, 375). Non costituisce vendita di cosa futura l'alienazione di diritti inesigibili e nemmeno la vendita di diritti futuri dedotti in contratto come attuali. Infatti in tal caso non ci troviamo di fronte ad una vendita di cosa futura ma ad una vendita il cui oggetto è attualmente indisponibile o inesistente. A tal proposito per taluno il contratto sarebbe affetto da nullità in quanto avente oggetto impossibile o comunque temporaneamente inefficace fino alla venuta ad esistenza del bene qualora il contratto fosse sottoposto a termine o a condizione (Rubino 1971, 225).

Per altri la fattispecie costituirebbe un valido vincolo contrattuale ed il venditore sarebbe obbligato all'attribuzione del bene, restando in capo all'acquirente la tutela per l'inadempimento, ed eventualmente il risarcimento dei danni analogamente a ciò che spetta, nella vendita di cosa altrui, al compratore di buona fede (Luminoso 1995, 76), tanto che si potrebbe parlare di nullità solamente nel caso in cui l'oggetto fosse perito o insuscettibile di venire ad esistenza e come tale, quindi, impossibile in radice: L'alienazione è originariamente impossibile, infatti, quando il bene alienato è in suscettibile di esistenza o di identificazione, mentre nella vendita di cosa futura la venuta ad esistenza del bene rientra tra gli accadimenti normalmente possibili. Tenendo fermo questo criterio non è da condividere l'opinione secondo la quale il contratto sarebbe nullo se il venditore aliena come attuale un bene che in realtà non è ancora venuto ad esistenza. Piuttosto, quando il bene venduto è identificabile ed è normalmente suscettibile di venire ad esistenza, il vincolo contrattuale si costituisce e il venditore è impegnato all'attribuzione del bene, salva la possibilità del compratore di ricorrere alla tutela contro l'inadempimento

(Bianca 1993, 374).

1.2. Natura giuridica della vendita di cosa futura.

La natura giuridica della vendita di cosa futura è ancora oggi oggetto di discussione sia in dottrina che in giurisprudenza. L'aspetto maggiormente problematico riguarda la configurabilità di un valido negozio nel quale, attualmente, manchi un elemento essenziale, l'oggetto appunto.

1.3. Continua: La vendita di cosa futura come negozio a consenso anticipato.

Le opinioni proposte sono sostanzialmente tre.

Secondo un primo orientamento la vendita di cosa futura sarebbe un negozio a consenso anticipato. Si tratterebbe di un negozio in itinere perfetto e completo per quanto riguarda il consenso ma carente dell'oggetto, appunto, futuro. Si tratterebbe, in definitiva, di un fenomeno in cui viene invertito cronologicamente il normale iter di formazione del contratto:

Si ha cioè un caso di negozio a consenso anticipato, il quale a sua volta è una delle ipotesi di inversione dell'ordine cronologico di formazione degli atti giuridici in genere e dei negozi giuridici in particolare. Il negozio giuridico comprende generalmente diversi elementi. Fra questi ve ne sono alcuni i quali normalmente sussistono già prima della formazione del consenso, però può anche accadere che in tale momento ancora manchino, ma la legge consenta che sopravvengano in seguito. In quest'ultima ipotesi, perciò, quando le parti concludono il contratto prima ancora che qualcuno di quegli elementi si sia realizzato, esse anticipano tale formazione del consenso (Rubino 1971, 178). Conseguenza di tale impostazione è che la mancanza della cosa, in quanto futura, non farebbe neppure sorgere l'obbligazione di pagamento del prezzo, salvo patto contrario, in quanto ai sensi dell'art. 1498, secondo comma, c.c., l'obbligo del pagamento del prezzo sorge alla consegna del bene:

In specie non si verifica il trasferimento del diritto e le parti stesse per prime non intendono che ciò avvenga immediatamente, perché sanno che non può ancora avvenire; ma neanche sorgono per il momento le obbligazioni definitive della compravendita, e segnatamente l'obbligazione di consegnare la cosa (perciò il nostro non è un caso di compravendita obbligatoria, nel significato tradizionale di questa espressione, come invece comunemente si ritiene)

(Rubino 1971, 181 - 182).

Non poteva considerarsi oggetto del contratto, poi, l'obbligo di far venire ad esistenza la cosa ma solamente l'obbligo di non impedirne la nascita:

Questa obbligazione ha sempre almeno un semplice contenuto negativo, cioè di non impedire la futura nascita del diritto cui la vendita si riferisce, e quindi della cosa materiale si tratta di proprietà

(Rubino 1971, 182).

Inoltre la definitiva mancanza della cosa produrrebbe la nullità del contratto ma in tal caso si dovrebbe parlare di nullità in senso improprio in quanto non originaria, poiché il contratto avrebbe prodotto già degli effetti, appunto il consenso anticipato:

Se da un dato momento diviene certo che la cosa non verrà più ad esistenza, o comunque che il diritto non nascerà più, il contratto rimane definitivamente incompleto. L'art. 1472 2° comma dice che il contratto è nullo; ma in realtà qui la situazione non è quella della nullità in senso proprio, la quale per sua natura è originaria. E' analoga ad essa, in quanto anche ora rimane per sempre escluso che

possano sorgere gli effetti definitivi della vendita; ma ora, a differenza che nella nullità vera e propria, sono sorti medio tempore gli effetti preliminare anzidetti

(Rubino 1971, 184 - 185).

In tal senso si era anche espressa una giurisprudenza oramai datata:

La vendita di cose future è negozio destinato a produrre, fino a quando la cosa non venga ad esistenza soltanto effetti preliminari, mentre gli effetti definitivi del contratto, sia traslativi che obbligatori, sono destinati a prodursi nel momento in cui la cosa venga ad esistenza.

Pertanto ,nel caso di vendita di frutti futuri, qualora il compratore non abbia provveduto alla raccolta di cui aveva assunto l'obbligo,non essendo il contratto ancora perfezionato, il suo inadempimento determina una obbligazione di risarcimento e, in quanto tale, debito di valore

(Cass., 13.06.1956, n° 2048, GI 1957, I, 1, 719).

Allo stesso modo: La vendita di cosa separata è una vera e propria vendita di cosa futura, come tale a carattere meramente obbligatorio e a consenso anticipato, che si perfeziona e produce i suoi effetti definitivi solo quando sia nato il diritto e sia venuta ad esistenza la cosa venduta, mentre nell'emptio spei, contratto aleatorio (la quale non può essere presunta per la sua eccezionalità, ma deve risultare da un'espressa volizione delle parti o da clausole stabilite ed accettate), il compratore, ai sensi dell'art. 1472, 2° comma, codice civile, s'impegna incondizionatamente a pagare un prezzo determinato al venditore anche se la cosa o il diritto ceduto non vengano mai ad esistenza

(Cass., 8.11.1962, n° 3090, GC, 1963, I, 9).

1.4. Continua: la vendita di cosa futura come negozio ad efficacia sospesa.

Una differente opinione configura la vendita di cosa futura come contratto ad efficacia sospesa fino alla venuta ad esistenza del bene. L'evento che sospende l'efficacia di tale contratto è inquadrato, per lo più, come condizione sospensiva volontaria, da alcuni, mentre da altri è inquadrata come condicio juris (Perlingeri 1962, 152).

In tal senso anche qualche giurisprudenza:

(…) La vendita di cose future non produce immediatamente effetti reali essendo sottoposta alla condizione che la cosa venga ad esistenza giuridica, ed ha perciò medio tempore, effetti meramente obbligatori (…)

(Cass., 29.07.1971, n° 2422, MFI, 1971, 1406).

Tale teoria, che si riconduce alla condizione sospensiva volontaria ha incontrato dure critiche. Si osservava che, infatti, l'acquisto del bene non poteva che avvenire ex

nunc alla venuta ad esistenza del bene. Tanto che si sarebbe dovuto parlare di condizione non retroattiva ai sensi dell'art. 1360 del c.c. oppure di condicio juris come tale non retroattiva.

Inoltre si criticava anche l'ammissibilità della deduzione in condizione di un elemento essenziale del contratto, quale l'oggetto (Rubino 1971, 179).

1.5. Continua: la vendita di cosa futura come negozio obbligatorio.

Una terza opinione, che sembra essere quella che ha riscosso e riscuote maggiori consensi sia in dottrina che in giurisprudenza, è quella che inquadra il fenomeno come vendita obbligatoria.

Dal contratto non nasce un obbligo di trasferire ma il trasferimento della proprietà si verificherà automaticamente alla venuta ad esistenza della cosa.

Nell'ambito di tale teoria, poi, si afferma, da parte di alcuni, la necessità che il venditore si attivi al fine di far venire ad esistenza la cosa non essendo sufficiente una mera astensione dal porre in essere comportamenti contrari alla venuta ad esistenza della stessa:

La tesi secondo la quale la vendita di cosa futura sarebbe un contratto in via di formazione muove da un assunto che non può essere condiviso: quello cioè che la mancanza del bene equivarrebbe a mancanza dell'oggetto, come mancanza di un requisito essenziale del contratto. In realtà (…) l'oggetto è l'insieme di risultati programmati e come tale esso integra l'accordo senza che occorra la presenza attuale del bene sul quale devono cadere gli effetti previsti. La tesi della incompletezza delle vendita di cosa futura urta poi contro un elementare significato del negozio: quello cioè dell'immediata operatività del vincolo contrattuale per quanto attiene all'impegno traslativo dell'alienante. (…) non può dirsi che il venditore è in mera attesa di un evento futuro e incerto né può spiegarsi la sua posizione in termini di non ingerenza o di buona fede. Il venditore è piuttosto obbligato al risultato traslativo e all'attività strumentale positiva necessaria per realizzarlo

(Bianca 1993, 379 ss.).

La giurisprudenza non sembra prendere posizioni nette riguardo tale aspetto, anche se si evince che l'obbligo di far venire ad esistenza il bene non possa che formare oggetto di autonomo patto e non possa certo derivare dalla sola futurità del bene:

L'obbligo del venditore di cosa futura (appartamento da costruire) di provvedere alla costruzione ancorché collegato, con rapporto di causa ad effetto, con quello fondamentale del venditore di procurare l'acquisto della cosa e di consegnarla, deve ritenersi in sé insuscettibile di coercibilità, essendo inammissibile l'esecuzione specifica della prestazione di dare una cosa inesistente in natura.

In caso di inadempimento dell'obbligo di costruire l'appartamento, lo strumento di riequilibrio della prestazione mancata non può non consistere nel risarcimento dei

danni, i quali debbono comprendere anche il lucro che il compratore avrebbe realizzato dal contratto

(Cass. 18.7.1972, n° 2464, MFI, 1973, 938).

Dalla massime giurisprudenziali sembra, quindi, che l'obbligazione di attivarsi per far venire ad esistenza la cosa debba formare oggetto di altra ed apposita pattuizione integrando, in tal caso, gli estremi di un ulteriore e collegato contratto d'opera. In tal senso si è espressa anche una parte della dottrina (Lipari 1960, 845).

A **parere di chi scrive sembra preferibile la posizione che ravvisa nella vendita di cosa futura una fattispecie ove l'obbligazione del venditore di attivarsi per la venuta ad esistenza della cosa sia estranea a tale fattispecie. Infatti qualora vi sia anche una obbligazione in tal senso l'oggetto del contratto viene ad arricchirsi non solo della cosa futura ma anche di una obbligazione di fare dando luogo o a fattispecie miste di vendita ed appalto o a contratti collegati**.

1.6. La disciplina della vendita di cosa futura: la venuta ad esistenza della cosa.

Fondamentale è stabilire il momento in cui la cosa futura venga ad esistenza. Infatti tale momento coincide con il realizzarsi dell'effetto traslativo a meno che vi sia un patto contrario e salvo che si tratti di alberi o frutti di un fondo: in tale ultimo caso la proprietà si acquista quando gli alberi sono tagliati o i frutti sono separati non essendo sufficiente la semplice venuta ad esistenza di tali beni (art. 1472, primo comma, c.c.). Ciò viene ben chiarito anche dalla giurisprudenza, la quale si concentra sul momento in cui il bene venga ad esistenza, basandosi, anche sulla volontà delle parti in merito alla conformazione dell'oggetto del contratto: Anzitutto è errata l'affermazione del Tribunale che la situazione di fatto dedotta in primo grado costituisse ipotesi di vendita reale, con effetti traslativi immediati della proprietà. La vendita di alberi da tagliare (o di frutti del fondo da raccogliere) non può mai avere effetto reale immediato, perché un prodotto naturale, fino a quando non sia staccato dalla cosa madre, è insuscettibile di proprietà separata e pertanto, come testualmente dispone l'art. 1472 c.c., per il quale la proprietà si acquista quando gli alberi siano tagliati o i frutti separati, ha natura meramente obbligatoria.

La prima ragione giustificatrice della ritenuta novità di domanda in appello affermata dal Tribunale (vendita reale in primo grado - vendita di cosa altrui e quindi obbligatoria in appello) non ha quindi fondamento.

L'ipotesi prospettata dall'attore in appello, in conseguenza delle allegazioni difensive della convenuta, era in realtà quella di vendita di cosa altrui con buona fede del compratore (art. 1479 c.c.).

La vendita di cosa altrui è disciplinata dal legislatore all'art. 1478 c.c., il quale prevede che le parti, al momento del contratto, siano a conoscenza della alienità della cosa e in tal caso dispone l'obbligo del venditore di procurarne l'acquisto al compratore, che ne diventa proprietario al momento in cui il venditore acquista la proprietà della cosa.

Se viceversa la vendita non è stata convenuta come vendita di cosa altrui, perché il compratore ignorava al momento del contratto che la cosa non era di proprietà del venditore, si realizza un'ipotesi di inadempimento del venditore di trasferire la proprietà al compratore e quindi la difesa a questi attribuita è quella della risoluzione del contratto per inadempimento. Sempre in questa seconda ipotesi il venditore ha una mera facoltà di far acquistare al compratore la proprietà della cosa (più esattamente un onere, se vuole evitare la risoluzione del contratto).

Ciò comporta che il compratore in buona fede può certamente sollecitare il venditore a procurargli la proprietà della cosa, ma non ha diritto ad ottenere, anche coercitivamente, questo risultato (a differenza della tipica vendita di cosa altrui di cui allo art. 1478 nella quale sussiste l'obbligo del venditore di far acquisire al venditore la proprietà e quindi il corrispondente diritto del compratore ad ottenerla).

Consegue ancora - con riferimento alla fattispecie - che la sola domanda consentita al Ferrari (non essendo mai stato allegato da nessuno che la vendita fosse stata ab origine pattuita come vendita di cosa altrui) era quella, da lui formulata in subordine, di risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi del primo comma dell'art. 1479 c.c..

Ciò posto non serve neppure attardarsi a considerare se la domanda di risoluzione dovesse ritenersi compresa o meno in quelle di primo grado, in quanto, anche se proposta per la prima volta in appello, non avrebbe costituito domanda nuova (art. 1453 2° comma, secondo la costante interpretazione giurisprudenziale dello stesso che ne consente la proposizione anche in appello e anche in sede di rinvio).

L'affermazione del Tribunale di non poter esaminare la domanda d'appello per novità e quindi - per gli assorbenti rilievi sopra svolti - infondata.

(Cass. 21.1.1987, n. 2827, banche dati giuridiche "Aurum", UTET, 2, 2004).

1.7. Continua: il momento della venuta ad esistenza del bene futuro.

Quanto alla venuta ad esistenza della cosa la giurisprudenza si esprime in modo costante e chiaro. Dalle pronunce si evince infatti che questa si ha quando la stessa si sia prodotta (…) nella sua completezza, restando irrilevante soltanto la mancanza di rifiniture o di qualche accessorio non indispensabile alla sua utilizzazione (…)

(Cass. 10.3.1997, n. 2126, GI, 1998, 648).

Sostanzialmente la dottrina si esprime nello stesso senso affermando la necessarietà della venuta ad esistenza in modo sostanzialmente completo del bene futuro, infatti:

Alla venuta ad esistenza del bene consegue, in linea di massima, un automatico trasferimento del diritto in capo al compratore

(Bianca, 1993, 382). E' necessario, quindi, stabilire in quale momento si possa considerare perfezionato il processo di venuta ad esistenza del bene avendo riguardo alle sue componenti essenziali. In tal senso è chiara la giurisprudenza, la quale si sofferma circa la determinazione del momento in cui possa dirsi venuta ad esistenza la cosa futura:

Ha osservato la Corte che, a differenza di quanto ritenuto dal primo giudice, poteva dirsi certo che il fabbricato era stato costruito integralmente (e poi crollato per effetto del sisma, nell'imminenza della consegna della singola unità agli attori e agli altri aventi diritto, che il Lettieri non aveva potuto ancora effettuare perché in attesa di alcuni marginali adempimenti amministrativi, tra cui il rilascio della licenza di abitabilità), come emergeva dalla documentazione prodotta dall'appellante, in particolare dalla relazione 26 settembre 1984 dell'ing. Luigi Persico (che fu anche redattore delle schede predisposte dalla Regione Campania per la richiesta e la concessione del risarcimento spettante ai danneggiati), dalle attestazioni giurate dei vari promissari a corredo della domanda di contributo e, infine, dall'attestato di utenza dell'acquedotto avellinese.

Continua la Corte:

La Corte di Appello, invero, ha correttamente osservato che, essendo provata la costruzione dell'edificio, se ne deve dedurre che il Mignone e la Garofalo, pur senza ottenere il materiale possesso, acquistarono la proprietà delle unità immobiliari loro spettanti in permuta per l'effetto traslativo prodottosi automaticamente in loro favore a norma dell'art. 1472, primo comma, c.c..

Tale norma, dedotta per la vendita di cose future, è applicabile anche alla permuta di cosa presente con cosa futura in forza dell'art. 1555 c.c..

La predetta Corte ha fatto puntuale applicazione del principio giurisprudenziale secondo cui il contratto con il quale il proprietario di un'area fabbricabile trasferisce questa ad un costruttore in cambio di parti dell'edificio che l'acquirente si impegna a realizzare sull'area medesima deve qualificarsi come permuta di cosa presente con cosa futura e produce l'effetto del trasferimento immediato della proprietà dell'area e della costituzione dell'obbligazione dell'acquirente di tenere il comportamento necessario affinché la cosa da consegnare venga ad esistenza; evento, questo, sufficiente da solo a determinare l'acquisto della proprietà al permutante dell'area, senza necessità di altre dichiarazioni di volontà (v. sent. 17 aprile 1980 n. 2508).

La Corte, inoltre, ha a ragione osservato che è sufficiente, perché possa dirsi che un bene è venuto ad esistenza, che il processo produttivo abbia realizzato il bene nelle

sue componenti essenziali (donde l'ininfluenza, nel caso di specie, della mancanza della licenza di abitabilità).

Anche su questo punto la decisione è aderente alla giurisprudenza di questa Corte, che, con riferimento alla vendita di cosa futura, ha appunto affermato che l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza, e a tal fine va individuato il momento in cui si perfeziona il processo produttivo della cosa nelle sue componenti essenziali, essendo irrilevante che essa manchi di alcune rifiniture o di qualche accessorio non indispensabile per la sua realizzazione (v. sent. 17 febbraio 1983 n. 1219).

Dal pari esattamente la Corte d'Appello ha osservato che, trattandosi di bene immobile, la costruzione, come ritiene la prevalente dottrina, deve intendersi ultimata, e l'immobile venuto ad esistenza, quando siano state eseguite le opere murarie e non al momento in cui siano state eseguite anche le opere di rifinitura: infatti l'attività di edificazione in senso proprio si esaurisce appunto nelle opere murarie.

(Cass. 20.7.1991, n. 8118, FI, 1992, I, 785 e ss.).

La stessa giurisprudenza, a tal proposito, ha affermato che l'accertamento della venuta ad esistenza del bene costituisce un giudizio di fatto riservato al giudice di merito e non sindacabile in Cassazione:

Nella vendita di cosa futura, l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza, ed a tal fine va individuato il momento in cui si perfeziona il processo produttivo della cosa nelle sue componenti essenziali, essendo irrilevante che essa manchi di alcune rifiniture o di qualche accessorio non indispensabile per la sua utilizzazione; siffatto accertamento costituisce giudizio di fatto riservato al giudice del merito, insindacabile in cassazione se congruamente e correttamente motivato

(Cass. 17.2.1983, n. 1219, M. 1983).

1.8. Continua: la legge 30/1997.

Di sicuro interesse è la segnalazione di un importante dato normativo in ordine all'accertamento della venuta ad esistenza del bene futuro. La legge 30/1997 (di conversione del d.l. 669/1996) ha previsto la trascrivibilità dei preliminari aventi ad oggetto beni futuri ed in specie l'art. 2645 bis, da questa legge introdotto nel c.c., ha previsto, nel caso di preliminare di vendita di edifici da costruire, che si intenda venuto ad esistenza "l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura".

Il legislatore ha, quindi, mostrato la propria sensibilità al problema rilevando la necessità di una certezza in ordine alla venuta ad esistenza di una cosa futura,

momento dal quale il diritto viene effettivamente trasmesso dal venditore al compratore.

La previsione normativa, in tema di preliminare ha però sostanzialmente anticipato la venuta ad esistenza del bene in un momento anteriore all'effettivo completamento dell'opera, laddove la giurisprudenza si è sempre espressa per una completezza sostanziale del bene futuro. La ragione di ciò consiste probabilmente nella volontà di avvantaggiare il compratore e tutelarlo nell'effettivo acquisto del bene futuro; in tal modo, però, lo stesso viene esposto anticipatamente al rischio del perimento del bene. Inoltre considerare venuto ad esistenza il bene in una fase prematura all'effettivo completamento dell'opera, crea, in mancanza di pattuizioni diverse, l'obbligo di pagare il prezzo ai sensi dell'art. 1498 c.c. il quale afferma che, salvo patto contrario, il prezzo è dovuto al momento della consegna, consegna resa possibile dalla affermata venuta ad esistenza del bene.

Attenzione : La disciplina in oggetto deve essere integrata con quella prevista dalla legge sugli immobili da costruire VEDI dopo altro articolo sulla trascrizione del contratto preliminare.

1.9. Conseguenze della mancata venuta ad esistenza della cosa futura.

Il dato normativo è quello fornito dall'art. 1472 ultimo comma, c.c. Si legge che la vendita di cosa futura è nulla se la cosa non viene ad esistenza (e le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio).

Il legislatore usa forse in modo troppo disinvolto la nozione di nullità. Il significato da attribuire al disposto dell'art. 1472, secondo comma, c.c. è, infatti, oggetto di contrastanti opinioni.

Il concetto di nullità potrebbe ben attagliarsi alla concezione che inquadra la vendita di cosa futura nello schema di contratto a consenso anticipato. Tuttavia anche secondo tale concezione non si potrebbe parlare propriamente di nullità in quanto non si tratterebbe di vizio originario esistente alla conclusione del contratto, come richiede il concetto di nullità, ma di un vizio sopravvenuto tale da incidere su di un contratto che ha già prodotto degli effetti:

L'art. 1472 2° comma dice che il contratto è nullo; ma in realtà qui la situazione non è quella della nullità in senso proprio, la quale per sua natura è originaria. E' analoga ad essa, in quanto anche ora rimane per sempre escluso che possano sorgere gli effetti definitivi della vendita; ma ora, a differenza che nella nullità vera e propria, sono sorti medio tempore gli effetti preliminari anzidetti. Comunque siccome rimane preclusa la nascita degli effetti definitivi, non arriva più a sorgere l'obbligazione di

pagare il prezzo e, se questo era già stato versato, in tutto o in parte, il compratore ha diritto di averlo restituito

(Rubino, 1971, 184-185).

Ed ancora:

L'ambigua formula normativa che dichiara nulla la vendita quando la cosa non venga ad esistenza (art. 1472, secondo comma, cod. civ.), deve appunto essere spiegata tenendo presente la sicura iniziale validità del contratto e l'operatività del vincolo che impegna il venditore a procurare il diritto al compratore. La certezza che il bene non possa venire ad esistenza rileva quindi in una fase successiva alla costituzione del contratto, e precisamente in sede di esecuzione del rapporto. Ciò significa che il contratto si risolve ma che, trattandosi di una impossibilità che colpisce la prestazione, la responsabilità del venditore è esclusa solo in quanto tale impossibilità non sia a lui imputabile secondo la regola dell'inadempimento (art. 1218 cod. civ.)

(Bianca, 1993, 387).

1.10. Continua: la "nullità" ex art. 1472, u.c., c.c., nell'elaborazione giurisprudenziale.

Se la dottrina lamenta una problematica di interpretazione arrivando ad affermare, da parte di alcuno, che si tratterebbe di un fenomeno di risoluzione di diritto derivante dalla inutilità del contratto (Perlingeri, 1962, 175 ss.) anche la giurisprudenza rivela la difficoltà di inquadrare tale nullità nello schema proprio. Si parla, infatti, accanto alla nullità, di inefficacia, proprio a significare la atecnicità del termine usato dal legislatore:

La Corte leccese respingeva l'appello del Caroli sul rilievo che, versandosi in una fattispecie di vendita in massa di frutti naturali futuri con corrispettivo determinato a corpo, ed essendo i frutti venuti ad esistenza, sia pure in scarsa quantità, non potesse fondatamente sostenersi l'invalidità del contratto ai sensi dell'art. 1472 comma 2 cod. civ., tale invalidità essendo correlata alla sola ipotesi in cui la massa non nasca affatto e non anche a quella in cui la sua quantità risulti inferiore a quella prevista o prevedibile al tempo della conclusione del contratto.

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per cassazione il Caroli con un unico motivo di gravame. Ha depositato controricorso, illustrato con memoria il Pietanza.

(Cass. 15.6.1988, n. 4094, AC, 1989, 39 e ss.).

In motivazione:

Deduce il ricorrente che l'orientamento giurisprudenziale cui i giudici di merito hanno conformato la statuizione di rigetto della domanda di risoluzione del contratto di compravendita de quo (vendita del frutto di un carciofeto con corrispettivo determinato a corpo) avrebbe potuto giustificare la soluzione accolta solo se si fosse trattato di una vendita di massa di frutti naturali futuri destinati a venire ad esistenza - e quindi, ad essere distaccati - in un unico contesto ed entro un limitato arco temporale, ma non anche nel caso, ricorrente nella specie, di vendita di frutti il cui ciclo di maturazione si protrae, per diversi mesi (nella fattispecie, da novembre a maggio).

In quest'ultima ipotesi - aggiunge - deve invece trovare applicazione il principio, aderente al dettato normativo, secondo cui nella vendita di frutti naturali futuri, che è una vendita con effetti obbligatori in rapporto all'oggetto da realizzare, è il momento del distacco dei frutti dalla pianta quello che segna il trasferimento della proprietà ed il passaggio del rischio del venditore al compratore (sent.n.1475-59 ed altre, precedenti, conformi).

Il motivo è infondato.

La vendita di massa di frutti naturali futuri, quando il corrispettivo sia determinato "a corpo" e non "a misura" ha, limitatamente alla quantità dell'oggetto negoziale (la massa dei frutti), cautem abratorio, senza che ciò tuttavia valga a trasferirne la collocazione della figura dell'"emptio rei speratae", in cui la vendita è soggetta alla condicio iuris che la cosa venga ad esistenza, a quella dell'"emptio spei", che ricorre quando il compratore si impegna incondizionatamente a pagare un prezzo determinato al venditore, anche se la cosa o il diritto venduto non vengano mai ad esistenza.

La vendita in questione conserva quindi la propria efficacia a prescindere dalla quantità della massa venuta ad esistenza, l'inefficacia potendo conseguire, ai sensi dell'art. 1472 comma 2 c.c., solo nel caso in cui la massa non venga affatto ad esistenza, neppure in scarsa quantità.

In linea con tali principi, più volte ribaditi dalla giurisprudenza di questa Corte (sent. n. 2838 del 14-1-1959, n.2735 dell'8-11-1966 e n. 966 del 5-4-74), correttamente il giudice d'appello ha escluso che nella fattispecie l'acquirente potesse fondatamente dedurre la nullità del contratto di acquisto - con prezzo determinato a corpo - del carciofeto del Pietanza, per il fatto che la quantità della massa venuta a esistenza (carciofi raccolti prima della gelata) era risultata inferiore a quella da lui prevista e prevedibile al tempo della conclusione del contratto medesimo.

Né può condividersi l'assunto del ricorrente secondo cui i principi anzidetti non potrebbero trovare applicazione quando, come nella specie, i frutti naturali futuri venduti (in massa) abbiano un ciclo di maturazione che si protrae per diversi mesi.

Nella vendita di una massa di frutti naturali futuri con corrispettivo determinato a corpo, l'assunzione, da parte dell'acquirente, dell'alea della quantità, non avviene certo in astratto ma in relazione ed in funzione dell'oggetto concreto del contratto, e, quindi, non senza considerare l'epoca e la durata del periodo in cui i frutti verranno a maturazione e potranno essere separati e raccolti.

Il ricorso deve essere pertanto respinto.

(Cass. 15.6.1988, n. 4094, AC, 1989, 41 e ss.).

1.11. Continua: la differenza fra emptio spei ed emptio rei speratae nella giurisprudenza.

Ancora sulla differenza fra la emptio spei e la emptio rei speratae:

Ciro Di Cristo, nel convenire in giudizio Michele Cardascia, esponeva che questi nell'agosto 1976 gli aveva venduto l'uva pendente nel suo vigneto di Castellaneta per il prezzo contestualmente versato in 34 milioni, ma che la produzione, prima che fosse raccolta, era stata totalmente distrutta dalla violentissima grandinata abbattutasi nella zona il giorno 18 agosto. Tanto premesso, l'attore deduceva (per quanto qui interessa) la nullità del contratto ai sensi del capoverso dell'art. 1472 c.c., dato che i frutti pendenti non erano venuti ad autonoma esistenza mediante la separazione, e chiedeva la condanna del convenuto a restituire la corrisposta somma da rivalutare, oltre gli interessi.

E in questo senso (esclusa la rivalutazione monetaria) decideva l'adito Tribunale di Taranto con sentenza del 4 gennaio/30 aprile 1985, riformata in appello.

Ribadito che si trattava di "emptio rei speratae" e non di "emptio spei", la Corte di Lecce rigettava la domanda dopo aver via via stabilito: a) l'avvenuta vendita di tutta l'uva pendente nel vigneto per un prezzo globale, senza alcun collegamento con la quantità, concretava vendita di massa futura, la cui nullità ex cpv. art. 1472 c.c. sarebbe stata configurabile solo se la massa non fosse nata affatto; b) nella specie era invece acquisito in forza dell'espletato accertamento tecnico preventivo che Di Cristo "aveva già iniziato il raccolto prima ancora della grandinata facendo propri q.li 57,96 di uva per un valore di Lit. 1.159.000", mentre era rimasto da raccogliere un ulteriore quantitativo, "ancorché difficilmente commerciabile, per un valore di Lit. 4.900.000"; c) pertanto il contratto produceva tutti i suoi effetti, essendo a carico del compratore il rischio della quantità.

Contro questa sentenza, in data 20-30 giugno 1988, il soccombente Di Cristo ha proposto due motivi di ricorso per cassazione, illustrati poi da memoria a norma dell'art. 378 c.p.c.. A sua volta l'intimato Cardascia ha depositato controricorso, pure sorretto da memoria.

(Cass. 3.2.1993, n. 1329, Contr, 1993, 451 e ss.).

In motivazione la Corte analizza le differenze fra queste due fattispecie di vendita di cosa futura evidenziando la rispettiva disciplina:

Nel primo motivo il ricorrente dapprima contesta la qualifica giuridica del contratto come vendita di massa futura e poi sostiene (in buona sostanza) che comunque la Corte di Lecce, una volta correttamente esclusa l'ipotesi dell'emptio spei, ha errato nel ritenere a carico del compratore il rischio della quantità perché una conseguenza del genere, nella previsione del capoverso dell'art. 1472 c.c., implica la denegata aleatorietà del rapporto.

Sennonché pare ovvio che l'oggetto di una vendita assume il connotato della massa quando, come nella specie, si fa riferimento a tutta la produzione di un determinato fondo. E del resto il motivo non pone alcuna concreta alternativa all'adottata soluzione, nella quale certamente non interferisce (se non per convalidarla) la duplice qualità ("Primus e Italia") dell'uva pendente nel vigneto de quo con tempi diversi di maturazione.

Tanto chiarito, l'altra allegazione si rivela infondata alla stregua delle precisazioni che seguono anche con funzione integrativa della fornita motivazione.

La determinazione di un prezzo a corpo, ossia in cifra globale o forfettaria, comporta necessariamente una certa alea in quanto il compratore si assume il rischio della quantità (eventualmente minore rispetto alla quantità prevista o prevedibile) della massa che poi verrà ad esistenza. Peraltro è evidente che codesto rischio non assurge a tipico elemento della causa negoziale, e il contratto non si trasforma in aleatorio ma resta commutativo. Se così è, come nessuno dubita, la denunciata violazione del capoverso dell'art. 1472 c.c. sarebbe ravvisabile soltanto se la massa non fosse venuta ad esistenza neppure di scarsa quantità.

Ciò che il ricorrente prospetta specialmente nel secondo motivo, con il quale addebita alla Corte territoriale di non aver considerato che, secondo la disciplina del primo comma del cennato art. 1472 c.c. (in rel. all'art. 821 c.c.), i frutti (maturi o meno) non vengono ad autonoma esistenza prima della separazione. Tuttavia a questo indiscutibile principio la Corte di Lecce si è attenuta per aver collegato l'esistenza della massa alla già eseguita raccolta di q.li 57,96. Se ne trae che dev'essere condiviso il giudizio finale dell'impugnata sentenza perché il deterioramento dell'uva ancora da raccogliere e la perdita di quella in via di maturazione, a seguito della sopravvenuta grandinata di eccezionale intensità, sono conseguenza del fortuito e gravano sul compratore tenuto a sopportare (si è visto) il rischio della quantità.

Il ricorso va dunque rigettato, ma giusti motivi inducono alla compensazione delle relative spese

(Cass. 3.2.1993, n. 1329, Contr, 1993, 452 e ss.).

1.12. Il D.L.vo 20 giugno 2005, n. 122.

(vedi qui di seguito in tema di trascrizione e MONOGRAFIA Allegata in terza dispensa..).

Il provvedimento legislativo è nato dall'esigenza di fornire una adeguata tutela all'acquirente di un edificio da costruire, ponendo, da un lato, obblighi in capo al promittente venditore il quale è obbligato a prestare garanzia fideiussoria e assicurativa in relazione alla futura esistenza ed ai vizi eventuali dell'edificio.

Dall'altro lato, ha previsto una puntuale elencazione del contenuto del contratto preliminare avente ad oggetto l'edificio futuro.

La previsione normativa che è di maggiore interesse, per il presente lavoro, riguarda l'obbligazione, da parte del costruttore, di prestare, all'atto della stipula del contratto preliminare (o che comunque abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire odi un atto avente le medesime finalità) o in un momento precedente, una fideiussione avente la funzione di garantire, sostanzialmente, il "valore" del suo adempimento.

L'importanza di tale previsione sta nella previsione espressa della nullità in caso di mancata prestazione della detta fideiussione.

Si tratta, in vero, di una particolare forma di nullità, identificata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come nullità relativa. Infatti può essere fatta valere unicamente dal promissario acquirente, il quale sarà, quindi, arbitro della propria tutela.

La normativa in questione ha posto subito, e porrà sicuramente in futuro, molte difficoltà interpretative.

Infatti la sua applicabilità è circoscritta a determinate tipologie costruttive e richiede determinati requisiti soggettivi in capo a chi promette di vendere ed in capo a chi si obbliga ad acquistare; problemi notevoli, poi, riguardano anche le tipologie contrattuali alle quali questa normativa vada applicata: problematiche tutte che esulano dall'economia del presente lavoro.

1.13. Conclusioni.

Dalla panoramica sopra riportata, la posizione prevalente circa la natura della vendita di cosa futura, sembra essere quella che inquadra il fenomeno come vendita obbligatoria. In questa ottica le conseguenze di una mancata venuta ad esistenza o di una ridotta venuta ad esistenza della cosa porteranno diverse conseguenze a seconda che il fatto sia o no imputabile al venditore.

Nel caso in cui vi sia imputabilità in capo al venditore, si applicherà la disciplina dettata per l'inadempimento dell'obbligazione di fare acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto (1476 n. 2, c.c.). Il rimedio, quindi, sarà quello della risoluzione per inadempimento unitamente al risarcimento del danno (ai sensi dell'art. 1453 c.c.).

Qualora non vi sai imputabilità in capo al venditore, si applicherà la risoluzione per impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 c.c.

Lo stesso criterio si applicherà nel caso in cui la cosa venga ad esistenza ma in misura inferiore a quanto pattuito. Se la situazione è imputabile al venditore, il compratore potrà richiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo (salvi i danni), mentre nel caso in cui non vi sia imputabilità del venditore, si applicherà sempre la risoluzione per impossibilità sopravvenuta nella previsione di cui all'art. 1464 c.c. .

Tale disciplina sarà certamente applicabile se il prezzo sia determinato a "misura" (in accordo a quanto prevede l'art. 1537 c.c.). Nel caso in cui la vendita sia a "corpo" l'acquirente assumerà il rischio della riduzione della quantità della cosa nei limiti di cui all'art. 1538 c.c. Pertanto il rimedio di cui all'art. 1464 c.c. non potrà essere utilizzato nella sua pienezza:

La certezza che il bene non possa venire ad esistenza rileva quindi in una fase successiva alla costituzione del contratto, e precisamente in sede di esecuzione del rapporto. Ciò significa che il contratto si risolve ma che, trattandosi di una impossibilità che colpisce la prestazione, la responsabilità del venditore è esclusa solo in quanto tale impossibilità non sia a lui imputabile secondo la regola dell'inadempimento (art. 1218 cod. civ.).

Questo intendimento della tutela del compratore sul piano dell'inadempimento contrattuale trova pieno riscontro nell'applicazione giurisprudenziale. Così se la mancata nascita del bene è imputabile a dolo o colpa del venditore, il quale abbia omesso di svolgere la necessaria attività di produzione, si riconosce che non si tratta di nullità del negozio ma di inadempimento dell'obbligo già sorto al momento della stipulazione del contratto.

Conseguente a questa valutazione in termini di inadempimento è l'ulteriore ammissione che il risarcimento del danno non è limitato all'interesse negativo ma si estende a tutto l'interesse positivo. Si tratta, cioè, del risarcimento del danno per la violazione dell'interesse all'esecuzione del contratto.

La tutela del compratore contro l'inadempimento del venditore s'impone anche quando la negligente condotta di quest'ultimo abbia provocato una diminuzione della quantità dei prodotti. In tal caso compete all'acquirente il risarcimento del danno e la riduzione del prezzo se questo sia stato convenuto globalmente. Se il prezzo è stato convenuto a misura esso si determina secondo la quantità effettivamente prodotta ma spetta all'acquirente il risarcimento del danno rappresentato principalmente dal mancato guadagno.

Il compratore può anche chiedere la risoluzione del contratto se l'inadempimento non è di scarsa importanza avuto riguardo al suo interesse (1455 cod. civ.).

Agli stessi rimedi può farsi ricorso, notiamo infine, se l'inadempimento attiene all'obbligo della consegna del venditore, il quale trattiene o sottrae abusivamente una parte del prodotto.

La mancata o ridotta produzione del bene può essere provocata dallo stesso compratore, il quale ometta o trascuri il compimento di atti produttivi di sua competenza. Qui occorre distinguere: se l'atto è nell'esclusivo interesse del compratore, si tratta di un mero onere di quest'ultimo, e il suo mancato compimento non dà luogo ad alcuna pretesa risarcitoria. Se, invece, l'atto interessa anche il venditore, il suo compimento rileva come un obbligo dell'acquirente. E può importare una responsabilità a suo carico

(Bianca, 1993, 387-389).

Anche la giurisprudenza è concorde con tali affermazioni:

Nel contratto a prestazioni corrispettive, in caso di impossibilità parziale della prestazione dovuta da una delle parti, è solo la parte creditrice della prestazione divenuta parzialmente impossibile che ha il diritto di avvalersi dei rimedi previsti dall'art. 1464 c.c., e che quindi può, in difetto di un interesse apprezzabile all'adempimento parziale, recedere dal contratto invece che usufruire di una riduzione della sua prestazione. (Nella specie, in relazione ad un contratto preliminare di vendita di un immobile da costruirsi a cura del promittente venditore, questi aveva chiesto la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta inerente a ostacoli urbanistici, ma il giudice di merito aveva rigettato tale domanda ed accolto invece la domanda di risoluzione per colpa del promittente venditore; la S.C. nel confermare tale sentenza ha enunciato il riportato principio, con riferimento al rilievo del ricorrente che la costruzione sarebbe stata possibile solo con riduzione delle superfici e dei volumi)

(Cass.14.3.1997, n. 2274, M, 1997).

Si riporta una stralcio della motivazione della precedente Cassazione per meglio evidenziare la problematica:

Rimane la questione dell'inadempimento contrattuale del Mineri, ritenuto dal giudice del merito. Va precisato che la motivazione della sentenza impugnata si articola in più punti, avendo la Corte di Appello affermato - dopo aver rilevato che la scrittura del 21 gennaio 1966 deponeva per un completo scollegamento delle assunte obbligazioni dalle vicende in sede amministrativa - che "in ogni casa" l'asserita impossibilità sarebbe stato soltanto temporanea (annullato dal giudice amministrativo il diniego di approvazione dell'ultimo progetto presentato dal Mineri, la concessione venne infine rilasciata) talché permaneva l'obbligazione di adempimento" (sent. fog. 8-9). L'affermazione della Corte e' esente da vizi logici e giuridici. Non sussistono i denunciati vizi della motivazione e-o violazione degli artt.

1453, 1463, 1464 e 1458 c.c. Invero il ricorrente medesimo prospetta una sopravvenuta impossibilità solo temporanea (sino al 30.5.1990) e l'impossibilita' d'altra parte di realizzare la cosa futura come prevista in contratto "per le necessarie modifiche che comportavano riduzione di cubature e minore superficie per piano", sostenendo di essersi visto perciò costretto a cedere il terreno ed a sciogliersi dal contratto stipulato il 21 gennaio 1966. E' di tutta evidenza l'inconsistenza di detta linea difensiva. A norma dell'art. 1464 c.c. (impossibilità parziale) quando la prestazione di una parte e' divenuta solo parzialmente impossibile e' l'altra parte che ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, potendo anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale. In fattispecie analoga a quella in esame questa Corte ha già affermato che i rimedi possibili sono invocabili dal promissario, che riceve una prestazione minore o comunque non pienamente satisfattiva del suo interesse, non già dal promittente, che invece riceve esattamente quanto pattuito e che non può profittare delle deficienze della sua prestazione per sottrarsi alle proprie obbligazioni (sent. 24.2.1982, n. 1139). La Corte di Appello ha poi ritenuto, in relazione alla domanda risarcitoria, che la relativa censura, in quanto fondata sul diniego di sussistenza di responsabilità, restava assorbita dal rigetto delle precedenti doglianze. Con l'atto di appello infatti non furono formulate specifiche censure in ordine al "quantum" del danno ma si sostenne che andava esclusa la condanna al risarcimento del danno in quanto non vi era responsabilità del debitore e tanto venne ribadito nella richiesta conclusiva dell'atto ("e rigettare la domanda del risarcimento del danno proposta dagli attori; non sussistendo alcuna responsabilità del convenuto Mineri Orazio"). (…)

(Cass.14.3.1997, n. 2274, banche dati giuridiche "Aurum", UTET, 2, 2004).

LA TRASCRIZIONE DEL CONTRATTO PRELIMINARE E LA TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILI DA COSTRUIRE

A cura di Giuseppe Miceli

Abstract

Il settore della vendita, in particolare quella immobiliare, è stato ed è terreno fertile per un'evoluzione, non solo giurisprudenziale e dottrinale, ma anche e soprattutto legislativa, del contratto preliminare.

Il seguente lavoro si propone di ripercorrere, attraverso spunti di criticità, in primis la disciplina introdotta in materia di trascrizione del preliminare (legge 30 del 1997) ed in secundis quella di cui al decreto legislativo n. 122 del 2005.

Entrambe le normative, in modi e tempi differenti, hanno cercato di percorrere, con un obiettivo comune, la stessa strada: offrire specifica tutela ai promissari acquirenti

di appartamenti facenti parte di stabili in corso di costruzione; ed entrambe le normative sono state foriere di dubbi e perplessità.

In particolare, il decreto legislativo 122 del 2005 emanato per porre rimedio alle vistose lacune, soprattutto in termini di effettiva tutela, della legge 30 del 1997, si è rivelato, invece, fonte, a sua volta, di numerosi dubbi interpretativi e di nodi problematici da sciogliere.

Come si avrà occasione di sottolineare la cosiddetta "sciatteria redazionale", che sempre più spesso caratterizza i provvedimenti legislativi, solleva dubbi di non poco momento e conseguentemente stimola gli studiosi del diritto a trovare soluzioni interpretative, e quindi applicative, che di fatto realizzino l'obiettivo di tutela che il nuovo provvedimento si pone solo in linea teorica.

SOMMARIO: 1. La disciplina della trascrizione del contratto preliminare. - 2. Legge n° 30 del 1997: ratio ed esegesi della novella . – 2.1. Sfera applicativa: preliminari trascrivibili – 2.2. Effetto prenotativo della trascrizione e disciplina della pubblicità dichiarativa. – 3. La tutela dell'acquirente di immobili da costruire alla luce del d. lgs. 122 del 2005. – 3.1. Il contenuto del contratto di acquisto di immobili da costruire: l'art. 6 del d. lgs. 122 del 2005. – 3.2. (segue): Le conseguenze della mancanza dei contenuti obbligatori. – 3.3. (segue): La tesi della responsabilità precontrattuale e contrattuale.

1. LA DISCIPLINA DELLA TRASCRIZIONE DEL CONTRATTO PRELIMINARE.

Era regola indiscussa, fino all'entrata in vigore del d. l. 31 dicembre 1996 n. 669, convertito, con modifiche, nella legge 28 febbraio 1997 n. 30, l'inammissibilità della trascrizione dei contratti preliminari, pur se aventi per oggetto la conclusione di un futuro contratto definitivo soggetto a trascrizione.

Tale principio costituiva corollario di un'altra regola più generale, ovvero la tassatività delle previsioni di pubblicità legale degli atti1[104].

Di conseguenza[105], non vi era mai stata alcuna oscillazione circa l'impossibilità di trascrivere il contratto preliminare; ciò sulla scorta del fatto che quest'ultimo

[104] Cfr. G. Gabrielli, La pubblicità immobiliare del contratto preliminare, in Riv. di dir. civ., 1997, fasc. 4°, p. 529. L'autore precisa che la tassatività delle previsioni pubblicitarie trova la propria ratio nella circostanza che la pubblicità legale è attività della pubblica amministrazione e come tale non può dispiegarsi senza una specifica previsione legislativa (art. 97 Cost.); per cui il silenzio della legge porta ad escludere qualsiasi possibilità di trascrizione di un contratto preliminare; S. Delle Monache, La trascrizione del contratto preliminare, in Nuove leggi civili commentate, 1998, fasc. 1, p. 257.

producesse solo effetti obbligatori e che non vi fosse possibilità di rintracciare alcuna fattispecie cui ricondurlo sulla scorta del rinvio operato dall'art. 2645 c.c..

Per di più, la trascrizione di tale contratto sarebbe stata rilevante per l'ordinamento soltanto come fatto illecito, comportante l'obbligo di risarcimento del danno a carico del richiedente e del pubblico funzionario che avesse accolto la richiesta, alla stregua della trascrizione illegittima.

La tutela del promissario acquirente era limitata alla trascrizione della domanda ex art. 2652 c.c., finalizzata all'ottenimento della sentenza costitutiva dell'obbligo di trasferire la proprietà del bene oppure al sequestro conservativo dell'immobile (al ricorre dei presupposti).

In questo contesto, una voce isolata sosteneva la tesi secondo cui il contratto preliminare conterrebbe già l'effetto traslativo del diritto di proprietà, da ciò facendo discendere l'immediata trascrivibilità dello stesso[106].

Successivamente all'introduzione, nel codice del '42, del rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.) non viene più consentito di parlare del preliminare come di un contratto obbligatorio, avente ad oggetto la prestazione di un atto di volontà, quanto piuttosto, quale titolo per la costituzione di una situazione giuridica (finale), e precisamente della situazione giuridica determinabile in forza del contratto definitivo.

Sicuramente[107], pur presentando la nuova disciplina legislativa note di originalità, con riguardo al nostro ordinamento positivo, di essa è possibile, tuttavia, rinvenire alcuni precedenti indiretti, come il progetto di legge (n. 589 del 22 novembre 1972) presentato dai senatori Carraro e Follieri.

L'interesse della dottrina civilistica[108] e la particolare attenzione della classe notarile condussero a questo progetto di legge, che assumeva come modello di riferimento la legge francese 3 gennaio 1967, n. 67-3, che riconosceva espressamente l'impegno del promittente venditore a riservare un immobile o parte di immobile al promissario acquirente.

Il progetto, piuttosto semplice, era articolato in due parti.

Il Capo I esaminava la costituzione di condominio ad opera dei proprietari del terreno che lo avevano acquistato allo scopo di costruirvi un fabbricato

---

[105] 2 Cfr. A. Carraba, La trascrizione, trascrizione del contratto preliminare: giornata di studio, Bari, 14 giugno 1997, Napoli, 1998 , p. 43, ove viene evidenzia la concordanza di opzioni sulla non trascrivibilità del preliminare in quanto privo di effetti traslativi.

[106]

4 A. Chianale, Il contratto preliminare, voce del Digesto delle discipline privatistiche sezione civile, Torino,1989 p. 49

[107] 5 Cfr. A. Luminoso – G. Palermo, La trascrizione del contratto preliminare: regole e dogmi, Padova, 1998, p.2.

[108] 6 Cfr. J. Costola, Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge 2 agosto 2004, n. 210, in Studium iuris, 2004, fasc. 12, p. 1491; A. Luminoso, La tutela degli acquirenti di immobili da costruire (d. lgs. 20 giugno 2005 n° 12), Appendice a La compravendita, Torino, 2004, p. 2

(corrispondente al c.d. metodo Glenoble francese). Nel contratto, ad ogni comproprietario dell'area, a cui (in genere) aderiva lo stesso venditore del terreno, serbandosene una quota, veniva assicurata la proprietà esclusiva di un appartamento individuato sulla base della planimetria della costruzione da erigere, appartamento o porzione di piano che il promissario acquirente acquistava man mano che l'edificio veniva edificato.

Già nel momento dell'acquisto veniva riservata anche la quota relativa alle parti comuni, sulla scorta dell' art. 1117 c.c., in base al pactum de ineundo condominio. Questo atto costitutivo del condominio faceva sì che i comproprietari del terreno controllassero l'effetto dell'accessione, in modo tale da divenire direttamente proprietari esclusivi (per le quote millesimali possedute) del fabbricato in corso d'opera escludendo, quindi, la c.d. comunione.

Il Capo II disciplinava il contratto di vendita di porzioni di edificio da costruire senza ricorrere al contratto preliminare. Più precisamente, l'art. 4, della summenzionata legge, prevedeva che il contratto di vendita di un piano o porzione di esso di un edificio da costruire o in costruzione su un'area di proprietà del venditore, conferiva al compratore la quota millesimale di proprietà sull'area e sulle parti comuni già esistenti e la proprietà esclusiva del piano o di una parte di esso già eretto e il cui completamento si sarebbe perfezionato con il realizzarsi della costruzione.

Giacché non era una promessa di vendita, l'art. 4 comma 2, precisava che, nella nota di trascrizione (art. 2659c.c.), la porzione di fabbricato doveva essere individuata tramite il progetto di costruzione ed una volta sorta la costruzione medesima, un atto ricognitivo avrebbe regolato il frazionamento e completato la pubblicità necessaria[109].

Di fronte a questo progetto di legge, la dottrina8 dimostrò subito qualche ritrosia ad accogliere l'idea di un acquisto della proprietà progressivo e contestuale alla graduale venuta in essere del bene compravenduto. Ciò che suscitava incertezza era la possibilità che il costruttore potesse privarsi del suolo ancor prima di edificare e successivamente potesse privarsi delle parti venute in essere.

Le perplessità sorgevano soprattutto per le difficoltà scaturenti nel sistema creditizio; ovvero per il corretto funzionamento di quest'ultimo, occorreva che il venditore avesse la piena proprietà e disponibilità del bene al fine di costituire le ipoteche necessarie ad ottenere i finanziamenti utili a svolgere l'attività.

Il rapporto sorgeva come un semplice accordo interno tra le parti, senza alcuna rilevanza esterna, fino a che l'iter non fosse giunto a naturale conclusione con la stipulazione dell'atto definitivo e la conseguente pubblicazione nei registri immobiliari.

[109] Cfr. Costola, Verso nuove forme di tutela, cit., p. 1491.

Il mancato intervento legislativo diede luogo a una distorsione del rapporto in quanto sorgeva sbilanciato [110]e nell'intervallo intercorrente tra la stipula del preliminare e l'atto definitivo, il promissario altro non era che un creditore sprovvisto di speciale qualificazione, esposto, pertanto, ad ogni vicenda patrimoniale del proprio promittente/debitore. Una simile mancanza divenne un'emergenza sociale nel momento in cui le ragioni del promissario vennero comparate agli stati di crisi dell'impresa costruttrice[111].

Altro termine di riferimento per valutare la novella sulla trascrizione del contratto preliminare è costituito dal dibattito che, specie a partire dagli anni 70, si aprì nella dottrina italiana a proposito delle gravi carenze che il nostro ordinamento positivo presentava in merito alla disciplina della contrattazione immobiliare in genere e di quella di abitazione in modo particolare[112].

Tuttavia, anche tale dibattito rimase inascoltato dal nostro Parlamento, tanto che sono occorsi oltre vent'anni per raccoglierne i frutti con il d.l. 669 del 1996.

La disciplina dettata da questo provvedimento legislativo – che di quel dibattito rappresenta, ad oggi, l'unico esito tangibile, si ricollega idealmente alle elaborazioni riferite, tanto che alcune delle nuove norme – ed in particolare quelle relative ai contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione e al privilegio spettante al promissario acquirente (art. 2775 bis) – non potrebbero essere comprese appieno se non venissero ricondotte ai motivi ispiratori del dibattito di cui si è detto.

2. LEGGE n° 30 del 1997: RATIO ED ESEGESI DELLA NOVELLA

Da più parti si sollecitava un intervento legislativo che offrisse adeguata tutela alle ragioni del promissario acquirente di diritti reali immobiliari, in considerazione del fatto che per contratto preliminare si intende essenzialmente il preliminare di vendita[113].

---

[110] Si veda: A. Guarneri, Il contratto preliminare e la legge n° 30 del 1997, in La Nuova Giur. Civ. comm., fasc. 2, 1998, pp. 119 e seguenti.

[111] In tale ipotesi, spesso accade che gli istituti di credito nonostante possano far affidamento sulle garanzie ipotecarie di primo grado, lascino salire l'indebitamento del costruttore ad un livello insostenibile fino al momento in cui, con la redde rationem, escutono la garanzia reale, soddisfacendo in toto, il loro credito, prosciugando l'attivo fallimentare. Di conseguenza, i soggetti che avevano perfezionato un contratto preliminare, anticipando somme ingenti, vedono svanire la possibilità di recuperare anche una sola parte di quanto precedentemente versato.
Per un approfondimento della questione si rinvia a : U. Bechini, La trascrizione del contratto preliminare, in Rivista del notariato, 1999, fasc. 2; F. Cimei, Trascrizione del preliminare, della domanda di esecuzione, della sentenza di accoglimento, in Giurispr. it., 1995, fasc. 5.

[112] Cfr. Luminoso – Palermo, La trascrizione del contratto preliminare, cit., pp. 3 e seguenti.

[113] Cfr. A. Chianale, Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà, p. 49, Torino, 1998; E. Barbiera, Contratto immobiliare con effetti traslativi o costitutivi e contratto definitivo dopo la novella del 1997, in Rassegna di dir. civ., 1997, fasc. 2°; G. Cioffi, La trascrivibilità di una fattispecie di un contratto preliminare di vendita immobiliare, in Vita notarile, 1997, fasc. 1°; G. Rebecca, Preliminari di compravendita immobiliare. La trascrizione:

Il d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, (contenente " Disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997") convertito – con modifiche – nella l. 28 febbraio 1997, n. 30, accoglie tali richieste.

Viene introdotto l'articolo 2645 bis c.c., sulla trascrizione del preliminare e sugli effetti della formalità; viene aggiunto all'art. 2688 c.c. l'ultimo comma, sulla cancellazione della trascrizione; viene introdotto l'articolo 2825 bis c.c., per i rapporti tra preliminare trascritto ed ipoteca accesa dal promittente alienante; viene previsto e disciplinato, agli artt. 2775 bis e 2780 n 5 bis c.c., il nuovo privilegio speciale immobiliare per i crediti vantati dal promissario acquirente; viene, altresì, modificato l'art. 72 della legge fallimentare, al fine di rafforzare il credito del promissario acquirente alla restituzione degli acconti di prezzo[114].

La novella ha decisamente accresciuto le possibilità di tutela del promissario acquirente[115]. Questo gode, infatti, da un lato dell'effetto prenotativo, connesso alla trascrizione del contratto preliminare – effetto limitato nel tempo e destinato a consolidarsi fisiologicamente con la conclusione e trascrizione del definitivo - d'altro lato, per il caso di esito patologico, gode sia della normale azione costitutiva ex art. 2932c.c., sia del privilegio speciale sull'immobile per il credito restitutorio e risarcitorio.

La convergenza di questa tutela si ha, esclusivamente, quando il contratto preliminare riveste la forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, in modo da rendere possibile sia la trascrizione del contratto che quella della domanda.

Ove il preliminare venga redatto per scrittura privata non autenticata, è, tuttavia, possibile agire ai sensi dell' art. 2932 c.c , salvo che non si trascriva la domanda di accertamento giudiziale della sottoscrizione ed in tal caso si applica l' art. 2652, n 3 c.c. Tale novità legislativa è stata definita come una rivoluzione "epocale" nel sistema della pubblicità immobiliare[116]; essa disciplina tre distinti profili gius - civilistici e segnatamente : a) presupposti, effetti e vicende della trascrizione di alcuni tipi di contratto aventi ad oggetto beni immobili; b) rapporti fra promittente

interpretazioni problematiche, profili fallimentari e tributari, rapporti con ipoteche, precauzioni e frodi, aspetti pratici, modelli, schemi, suggerimenti, giurisprudenza recente, seconda edizione ampliata ed aggiornata, Milano, 2002.

[114] 13 Tra i tanti autori si rinvia a: E. Barbiera, La trascrivibilità di alcuni tipi di contratto preliminare, : vecchi e nuovi problemi , in Rivista di diritto civile,1997 fasc.2, p. 225, ivi l'autore riscontra che ancora una volta la legislazione speciale, in un contesto di norme finanziarie e tributarie, incide in misura rilevante nel tessuto del codice civile; Chianale, La Trascrizione, cit., p. 49.

[115] Cfr. F. Gazzoni, Le teorie sul contratto preliminare, Napoli, 2000., p. 19; A. Cannavale, Il contratto preliminare trascritto, in Vita notarile, 1998, fasc. 1, p. 470; F. Ricci, Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del preliminare, in Giustizia civile, 1997, fasc. 6, p. 315.

[116] Cfr. Luminoso – Palermo, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., pp. 93 e seguenti. L'autore afferma che le norme dall'art. 3 del d.l. n. 669 del 1996 possono essere paragonate ad una scossa tellurica, prodottasi all'interno dell'ordinamento positivo, che dall'epicentro del sistema si propaga ad ampio raggio ripercuotendosi anche su territori più lontani e periferici del sistema.

alienante e promissario acquirente ed opponibilità del preliminare ai creditori del promittente alienante ; c) rapporti tra ipoteche sul bene oggetto del preliminare e privilegio del promissario acquirente per mancata esecuzione del preliminare[117].

La ratio della novella in commento può essere rinvenuta nella necessità di bilanciare la posizione del promissario acquirente, quale "contraente debole" meritevole di tutela a fronte di abusi della parte contrattualmente più forte, in modo tale da ripristinare una maggiore uguaglianza sostanziale fra le parti.

Allo stesso tempo, con essa si è cercato di ricondurre, perlomeno rispetto alla contrattazione preliminare rivestita di idonea forma, l'azione costitutiva ex art. 2932 c.c. alla natia funzione di reazione contro l'inadempimento del patto di contrarre, corroborata, in ossequio alla disciplina della trascrizione, dalla retroazione, nei confronti dei terzi, degli effetti inter partes della sentenza resa: l'esigenza di costituire un vincolo reale transitorio sul bene, a presidio di un obbligo, viene ora più convenientemente soddisfatta dalla trascrizione del contratto[118].

La nuova legge, assoggettando alla trascrizione il contratto preliminare ex art. 2645 bis c.c., ha impedito ogni acquisto successivo alla trascrizione da parte del terzo ed ha, così, sottratto al promittente venditore una delle prerogative dominicali più cospicue: il potere di disporre del bene, a lui altrimenti spettante ex art. 832 c.c..

Ma è anche vero che nessun progresso di tutela realizza in relazione al fallimento del promittente venditore, dal momento che una consolidata giurisprudenza riconosce al curatore la facoltà di recedere dal contratto preliminare, ai sensi dell'art. 72, comma 4, legge fallimentare; anche nei casi di preventiva trascrizione della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (ex art. 2932 c.c.) o del preliminare.

Questa scelta legislativa è stata ampiamente criticata da parte della dottrina19, giacché sarebbe da dimostrare la condizione del promissario acquirente quale contraente debole.

A ben vedere, il promittente alienante rischia sempre in quanto non può essere sicuro dell'integrità del patrimonio della controparte, fino al momento della stipula

[117] Cfr. L. Nivarra, La trascrizione del contratto preliminare, in Vita notarile, 1998 fasc. 3., p. 1370. Per l'autore, a ben vedere ci troviamo al cospetto di un altro caso di legislazione a sostegno di gruppi o categorie sociali deboli o comunque portatori di interessi ritenuti meritevoli di tutela particolare, la quale si attua sempre per il tramite di una differenziazione delle regole ordinariamente vigenti, anche se la tecnica di volta in volta impiegata muta a seconda dei tempi e degli ambiti di intervento.

[118] 17 Cfr. Carraba, La trascrizione del contratto preliminare, cit., pp. 66 e seguenti. La volontà legislativa di rendere soggette a pubblicità ipotesi contrattuali meritevoli di tutela, superando problemi giuridici dibattuti, come quello della trascrivibilità delle vendite obbligatorie o con effetti reali differiti, permettendo ancor più la trascrizione, con effetti limitati nel tempo, di negozi esclusivamente obbligatori, sol perché collegati all'atto che consacra il trasferimento immobiliare, rappresenta la vera novità legislativa e, al tempo stesso, la direttiva per risolvere i problemi conseguenti all'applicazione della normativa considerata. Qui l'autore evidenzia che il legislatore ha mostrato la consapevolezza di simili problemi nel 2° comma dell'art. 3 della novella. Per cui, pare in sostanza rimessa all'interprete la determinazione degli effetti della trascrizione in presenza di un rapporto dialettico tra contratto preliminare ed atto esecutivo.

del contratto definitivo; l'unica garanzia concessagli, sembrerebbe quella dell' art. 2740 c.c. . In più, il promissario acquirente risulta titolare di un credito e non di una proprietà, di conseguenza non risponde ai sensi dell' art. 2053 c.c. per i danni cagionati a terzi dall'immobile e, per ciò che concerne il sistema delle impugnazioni, i termini della prescrizione cominceranno a decorrere solo dal giorno del perfezionamento del definitivo[119].

Il testo delle norme, quale risultava dal decreto legge, è stato, in sede di conversione, saggiamente modificato in più punti[120] : l'art. 2645 bis, comma 1 , nella formulazione datane dal d.l. n 669 del 1996, sanciva la trascrivibilità dei preliminari se redatti nelle forme di cui all'art. 2657 c.c.. Tuttavia, tale rinvio non poteva riguardare tutti i titoli per la trascrizione da esso contemplati, tra questi figurando in primis la sentenza.

Con formula più precisa, il testo del citato art. 2645 bis, comma 1, risultante dalla legge di conversione, stabilisce ora che sono trascrivibili i preliminari che si presentano in forma di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

Altra correzione riguarda la trascrizione: nella prima stesura del d.l. si prevedeva soltanto la facoltà di trascrivere il contratto preliminare; attualmente, invece, per una linea di continuità con la disciplina della trascrizione, con la legge di conversione, vi è l'obbligo di trascrizione. Se così non fosse, si potrebbe configurare il rischio, professionale per il notaio rogante, di prediligere la non trascrizione e, in questo modo, esulare dagli obblighi impostigli dalla legge (in base all'art. 2671 c.c.) nel momento in cui il perfezionamento del preliminare sia avvenuto per proprio ufficio.

---

[119] Guarneri, Il contratto preliminare, op. cit., p. 672. Altra critica riguarda il profilo fiscale e dei costi notarili, in quanto, se con la trascrizione del preliminare si accentuano i costi fiscali e notarili, gli operatori cercheranno di sviarli tramite preliminari di preliminari in cui verrà dissimulato il prezzo stabilito dai contraenti. Così, si calcolerà un corrispettivo rifacendosi ai dati catastali, ovvero (come si faceva prima della riforma), sulla base del calcolo di determinazione automatica ai sensi dell'art. 2, comma 4, t.u. 26 aprile 1986, n. 131. L'autore osserva che, almeno agli esordi, la nuova disciplina non sembra incontrare grande favore presso i suoi stessi beneficiari: sono un'esigua minoranza i preliminari immobiliari di cui i promissori acquirenti curano la trascrizione. Un disincentivo è certamente rappresentato dai costi: la parcella del notaio il cui rogito o la cui autenticazione sono necessari per rendere l'atto trascrivibile, l'imposta di registro. D'altra parte, seppur la norma utilizzi il verbo "dovere", la trascrizione è solo un onere e non certo un obbligo della parte.

[120] L. Di Nosse, Intervento alla giornata di studio su "Trascrizione del contratto preliminare", in Riv. del notariato, 1998, fasc. 3, pp. 446 e seguenti. L'autore parla di una lacuna che non figura nel d.l. ed invece compare nella legge di conversione: l'art. 2657 c.c. che elenca in maniera tassativa quali sono i titoli per la trascrizione. Se esaminiamo l'art. 2645 bis c.c. come formulato nel d.l. (che richiamo l'intero art. 2657 c.c.) e nella legge di conversione notiamo che scompare da quest'ultima il titolo per la trascrizione costituito dalla sentenza. Vale a dire che secondo l'attuale formulazione del predetto articolo nella legge di conversione, una sentenza dichiari l'esistenza, la validità o l'efficacia di un contratto preliminare non è titolo per ottenere gli effetti prenotativi propri della trascrizione. Si dovrebbe allora concludere che la sentenza emessa in giudizio, contiene rispetto a quella di verificazione della sola sottoscrizione, avente un oggetto più ampio e cioè l'accertamento della validità di tutta la scrittura non è trascrivibile, mentre lo è quello che accerta soltanto l'autenticità della firma apposta in calce alla scrittura.

2.1 SFERA APPLICATIVA: PRELIMINARI TRASCRIVIBILI

Con la legge 28 febbraio 1997, n. 30, è stato introdotto nel codice civile l'art. 2645 bis che prevede la trascrizione con efficacia "provvisoria"[121] (**novità assoluta in quanto l'istituto della trascrizione non è assoggettato ad alcun limite temporale**), di taluni tipi di contratto preliminare aventi la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

La trascrizione ha un effetto prenotativo in quanto attribuisce efficacia retroattiva alla trascrizione del definitivo in analogia con l'art. 2652 c.c.. Difatti, non senza significato appare la stessa collocazione della norma[122] nel codice civile, subito dopo gli artt. 2643, 2644, e 2645 c.c., e non di seguito all'art. 2652 c.c..

Tale disposizione ha introdotto una notevole innovazione nel regime delle trascrizioni, perché tutela il diritto immobiliare, oggetto del preliminare, in modo tale da tutelare il promissario acquirente dall'eventualità di atti dispositivi del futuro venditore, contrastanti con il naturale evolversi del contratto preliminare medesimo. In questo caso è da riscontrarsi la volontà legislativa di trascrivere un contratto con effetti obbligatori (l'unico caso, poiché solitamente solo le obbligazioni reali aventi ad oggetto beni non mobili sono soggetti alla disciplina della trascrizione, anche se è possibile la trascrizione della domanda giudiziale a norma degli articoli 2690 n. 1 e 2652 n. 2 c.c.), in quanto il preliminare rappresenta fonte di obbligazioni consequenziali: istituisce un vincolo obbligatorio, terminante in un trasferimento di proprietà o di diritto reale; impone un vincolo rilevante sul bene oggetto del contratto.

I contratti preliminari trascrivibili[123] sono determinabili dal disposto normativo dell'art. 2643 c.c. nn. 1, 2, 3 e 4.

---

[121] Cfr. F. Alcaro, Note in tema di trascrizione, del preliminare, in Vita notarile,1997 fasc. 2, pt.1 , p. 607. L'autore ribadisce che gli effetti della trascrizione sono preparatori e limitati nel tempo. La pubblicità ha quindi carattere cautelare, determinando una sorta di prenotazione (come nel codice germanico, par. 883 BGB) – seppur in un contesto diverso – destinata a perfezionarsi solo se seguirà il trasferimento definitivo, con effetto retroattivo: in tale effetto è ravvisabile sostanzialmente il meccanismo proprio delle domande giudiziali di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.; BECHINI, La trascrizione del contratto preliminare, cit., p. 259, ivi l'autore sottolinea che la ratio della disposizione è più che palese: evita che gli immobili oggetto del preliminare siano sottoposti ad un limite nella loro circolazione; Barbiera, La trascrivibilità, cit., pp. 2 e seguenti, ivi l'autore sostiene che la nuova disciplina ha creato una dicotomia nel settore dei preliminari immobiliari: da un lato quelli "forti", per la maggiore efficacia verso i terzi assicurata dalla trascrizione; dall'altro quelli, rimasti assoggettati alla disciplina anteriore alla novella, che per la minore efficacia connessa alla intrascrivibilità, possono definirsi "deboli". Questa discrasia non può essere sanata da operazioni di estensione analogica, dato il carattere "chiuso" delle forme di pubblicità legali e la stessa soluzione si appalesa paragonando i preliminari c.d. "forti"con i corrispondenti aventi ad oggetto beni mobili registrati.

[122] Cfr. Gazzoni, Trascrizione del preliminare, cit., pp. 36 e seguenti, l'autore sottolinea come funzione tipica e primaria della trascrizione con efficacia dichiarativa sia quella di risolvere le controversie tra più aventi causa da un comune autore; contra Pugliatti, il quale sostiene, invece, che la trascrizione assolve primariamente funzione di pubblicità, di tutela dell'affidamento di terzi sul potere economico di un soggetto in ordine a beni immobili, e cioè sulla titolarità di diritti reali immobiliari.

[123] 24 Cfr. F. Camilletti, Alcune considerazioni sull'obbligo a contrarre, e sulla trascrizione del contratto preliminare, in Rivista del notariato.,2004 fasc. 5 e in Vita notarile,2004 fasc. 2 p. 1138; Alcaro, Note in tema di trascrizione, cit., p.

Il raggio operativo è estremamente variegato, comprende infatti: i preliminari strumentali alla conclusione di contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili ed i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano diritti reali su cosa immobile altrui o, ancora, i contratti che costituiscono una comunione di diritti immobiliari.25

Per parte della dottrina26, se si dovesse seguire un'interpretazione strettamente letterale, si potrebbe escludere il preliminare di società per i conferimenti immobiliari (contratto previsto dal n. 10), e potrebbero esserci incertezze per l'ammissibilità o meno della trascrizione del preliminare di transazione (prevista dal n. 13).

In realtà, è preferibile ricondurre nell'alveo dell'art. 2643 n. 1 c.c. tutti i contratti produttivi di effetti reali su beni immobili (sia contratti nominati e sia contratti atipici).

Dunque, sarebbero trascrivibili: la transazione esplicante effetti reali, la transazione che risolve le liti su diritti immobiliari e l'atto costitutivo di società, tramite il quale si conferisce la proprietà di un immobile. Più in generale,27 si deve ricomprendere, nella nozione di preliminare trascrivibile, ogni negozio avente per oggetto l'assunzione dell'obbligo di trasferire la proprietà di un immobile ed, attraverso una lettura estensiva, anche ogni contratto con tali effetti e produttivo del medesimo effetto obbligatorio come: il negozio fiduciario, il mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili, l'accordo di separazione consensuale tra coniugi, il preliminare di compravendita di eredità e di azienda (se compreso un immobile).

È d'uopo, però, sottolineare che non sono trascrivibili i preliminari stipulati in forma di semplice scrittura privata: in tale ipotesi, se si intende procedere alla loro trascrizione, occorrerà preventivamente autenticare le sottoscrizioni presso un notaio, oppure (se sorge una controversia tra le parti contraenti) ottenerne l'accertamento giudiziale.

604; Delle Monache, La trascrizione del contratto preliminare, cit., p. 13; P. E. Corrias, La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento nel c.d. preliminare ad effetti anticipati, in Riv. trim. di dir. e proc. civ., 1998, fasc. 3, p. 1022. In particolare, quest'ultimo autore evidenzia come dalla lettura congiunta del comma 1° e 2° dell'art. 2645 bis c.c. emerge che i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai nn. 1, 2, 3, e 4 dell'art. 2643 c.c. e, quindi, sicuramente anche i preliminari di compravendita, possono essere seguiti da un contratto definitivo oppure da un altro atto che costituisca comunque esecuzione degli stessi. Il legislatore ha indicato chiaramente che l'operazione negoziale che dilaziona in due fasi la realizzazione del programma complessivo, può articolarsi in due fattispecie ben distinte tra loro: la prima costituita dalla sequenza contratto preliminare - contratto definitivo – e la seconda da quella contratto preliminare – atto di esecuzione diversi dal contratto definitivo.

In dottrina[124] si è sostenuto che la ragione di tali esclusioni non sia affatto chiara, soprattutto se si considera la circostanza che può essere trascritta anche la domanda di sentenza che tenga luogo di tutti i contratti definitivi soggetti a trascrizione.

Sono, poi, sicuramente trascrivibili i contratti preliminare bilaterali.

Per quanto attiene, invece, ai contratti preliminari unilaterali, per una parte della dottrina, dovrebbe ritenersi che la trascrivibilità vada circoscritta a quelli nei quali il soggetto obbligato a stipulare il contratto definitivo sia il promittente alienante, non anche quelli che impegnino il solo promissario acquirente. Difatti[125], sembra evidente che, se merita tutela, in virtù della trascrizione, il diritto di acquistare in futuro un diritto immobiliare, tale tutela non può dipendere dalla circostanza che la fattispecie costitutiva dello ius ad rem comporti o no, fra i propri effetti, anche l'obbligo di acquistare: l'interesse del promissario è della stessa intensità, e merita pari protezione, indipendentemente dal fatto che egli sia anche promittente. Nel caso opposto, nessun impegno viene assunto dall'(eventuale) alienante: una trascrizione a suo carico, che liberi la sua disponibilità dell'immobile, non avrebbe ragione di essere.

Per altra parte della dottrina non sarebbe ipotizzabile la trascrizione del preliminare unilaterale poiché, la fattispecie suddetta, non mette in gioco gli interessi tipicamente correlati al preliminare bilaterale; nel senso che, ivi, il promissario acquirente si riserva di decidere in futuro, invece di obbligarsi, e quindi evita una regolamentazione paritetica degli interessi. In altre parole, il preliminare unilaterale

[124] Cfr. Gabrielli, La pubblicità immobiliare del contratto preliminare, op. cit., p. 532.; BECHINI, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., p. 249, quest'ultimo autore sottolinea che la scelta del legislatore è criticabile sul piano sistematico, ma è facilmente spiegabile su quello teleologico in quanto tali fattispecie sono estranee alle dinamiche commerciali ove esso ha inteso incidere.

[125] 29 Cfr. Gabrielli, La pubblicità immobiliare del contratto preliminare, op. cit., p. 533, l'autore propone l'interrogativo sulla trascrivibilità del patto di opzione, in quanto anche esso comporta un'attribuzione di un diritto all'acquisto; Carraba, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., p. 26, ove l' autore sottolinea che non dovrebbero esserci problemi circa possibilità di trascrivere il preliminare unilaterale. Tuttavia, in sede accademica si è fatto uno strano ragionamento: poiché l'opzione non si può trascrivere, di conseguenza anche il preliminare unilaterale non può essere trascritto. Per l'autore questo ragionamento è errato poiché nel preliminare unilaterale è il contratto che è volto al trasferimento attraverso l'attuazione dell'obbligo di trasferire a favore del promissario acquirente, mentre nell'opzione la contrattualità è al di fuori del meccanismo traslativo. G. Cian, La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996 n. 669) in Studium iuris, 1997, p. 215, ivi l'autore riferisce che prima della legge 30 del 1997, solo qualche voce isolata sosteneva la trascrivibilità del preliminare, mentre da più parti veniva affermata la trascrivibilità dell'opzione, sulla scorta della considerazione che attraverso l'opzione ci si spogliava del potere di disposizione del bene, in questo caso bene immobile. Per l'autore, dopo questa novella, dubbi sulla trascrivibilità dell'opzione non se ne possono avere per una ragione semplicissima: non si tratta di fare un'applicazione analogica, ma bensì ricorrere ad un'argomentazione a fortiori. Se è trascrivibile una situazione obbligatoria, a maggior ragione deve essere tutelata la posizione di colui che è beneficiario del diritto di opzione, in quanto si ispira ad un diritto potestativo. La soluzione auspicata dall'autore è risolvere i dubbi sulla trascrivibilità di alcune situazioni attraverso l'istituto della trascrizione con riserva introdotta dalla novella dell' 85 con l'inserzione nel codice civile dell'art. 2674 bis c.c.; Cannavale, Il contratto preliminare trascritto, cit., p. 473, ivi l'autore ammette la trascrizione del preliminare unilaterale, ma non per l'opzione perché nel contratto unilaterale esiste la sequenza contratto preliminare – contratto definitivo; dall'opzione nasce, solo una proposta irrevocabile come tale non trascrivibile.

si apparenta con la proposta irrevocabile e con il patto d'opzione e si allontana dal processo di trasferimento della proprietà.

Le ragioni giustificative della scelta legislativa sono: da un lato, disciplinare, secondo principi di trasparenza e di tutela delle posizioni economicamente più deboli (principalmente un particolare settore della contrattazione immobiliare, quale quello che vede contrapporsi "il promittente alienante – costruttore" al "promissario acquirente – consumatore"); dall'altro allargare l'area dell'effetto prenotativo ad altre ipotesi rispetto a quelle indicate nell'art. 2643 c.c. .

E' pacifico che ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. non è possibile trascrivere i patti di prelazione, in considerazione della netta contrapposizione tra contratto preliminare e patto di prelazione: in effetti, chi concede una prelazione non destina affatto il bene all'acquisto altrui, ma si riserva piena libertà di valutare in futuro se l'alienazione gli convenga[126].

Dibattuto in dottrina[127] è il caso del preliminare di vendita di cosa altrui.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ne ammettono la trascrizione, in conseguenza della innovazione legislativa che consente ormai la pubblicità di un contratto privo di effetti traslativi diretti e di conseguenza in grado di svolgere un'utile funzione solutoria, nell'ipotesi in cui sorgano conflitti tra più promissari acquirenti del non dominus (tra i quali prevarrà il primo trascrivente e non solo, è ammessa la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione specifica del relativo preliminare).

Tuttavia, non può tacersi che una parte della dottrina, pur se minoritaria, non ne ammette la trascrivibilità in quanto non ritiene ammissibile un vincolo di prenotazione contro un soggetto, privo della legittimazione ad alienare, che non risulti proprietario dai registri immobiliari, non potendosi in questo caso far sorgere un privilegio a favore del promissario acquirente.

L'art. 2645 bis, commi 4, 5 e 6, c.c. ammette espressamente la trascrizione dei preliminari concernenti edifici da costruire o in corso di costruzione, con l'ammissione di una efficacia prenotativa immediata della trascrizione stessa[128], risolvendo in tal modo il dibattito dottrinario sull'ammissibilità o meno di tale trascrizione.

---

[126] Cfr. Gabrielli, La pubblicità immobiliare del contratto preliminare, op. cit., p. 533; Triola, Vendita di immobili da costruire, cit., p. 10; Guarneri, Il contratto preliminare, cit., p. 122.

[127] Fra tutti: Bechini, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., p. 251- 252; Chianale, La trascrizione del contratto preliminare, cit., p. 601; Luminoso – Palermo, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., p. 24.

[128] Cfr. Luminoso – Palermo, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., pp. 21 -24. Viene sottolineato il valore sistematico non trascurabile assunto dalla novella, poiché pone fine alle incertezze che dottrina e giurisprudenza avevano in ordine alla trascrizione dei contratti traslativi o costitutivi di diritti reali su edifici futuri; Chianale, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., pp. 89 -94, ivi l'autore evidenzia che il preliminare e la nota di trascrizione devono indicare la porzione di edificio e la quota di diritto che spetterà al promissario acquirente

Per una parte della dottrina[129], la norma in questione non può essere interpretata nel senso della necessità (e sufficienza) della sola indicazione, nel contratto preliminare, della superficie della porzione immobiliare promessa in vendita, perché in tal caso si dovrebbe concludere che il legislatore ha previsto la trascrivibilità dei contratti preliminari nulli per indeterminatezza dell'oggetto.

Le giustificazioni di questa dottrina si basano sull'incertezza della individuazione dell'immobile, facente parte di un edificio da costruire, solo sulla base della sua superficie, senza indicazioni precise del piano e della sua posizione rispetto alle altre unità immobiliari, secondo il cui progetto verrà edificato l'immobile.

Neppure pare trascrivibile un preliminare avente ad oggetto una cosa generica. Infatti, da un lato la formalità non consentirebbe di individuare quale bene subisce l'effetto di prenotazione, e d'altro lato il definitivo non conterrebbe un riferimento univoco al preliminare.

La trascrizione potrà essere effettuata soltanto dopo l'atto di scelta, che concorre a fornire il titolo.

Vi è chi pone il problema della trascrivibilità di tali contratti in termini differenti rispetto ai contratti traslativi.

Per questa dottrina il quesito principale sta nello stabilire se il contratto sia trascrivibile immediatamente, ovvero prima dell'individuazione del concreto immobile determinato nel contratto solo per l'appartenenza ad un genus limitatum. Per cui, anche se si ammettesse la non trascrivibilità del contratto prima dell'individuazione del bene, si dovrebbe ammettere in ogni caso la trascrizione del

---

sull'edificio, espressa in millesimi; R. De Matteis, Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto, in Riv. di dir. civ., 1998, fasc. 4, pp. 318 – 338, Viene sottolineato come questo tipo di preliminare, divulgatosi nella prassi come contratto preliminare ad effetti anticipati, che nelle declamazioni giurisprudenziali è venuto a configurarsi talvolta come un vero e proprio contratto atipico, ove il consenso al trasferimento che hanno causa aliunde, altre come un comune contratto di vendita caratterizzato solo da una particolare disciplina del trasferimento del diritto venduto. Si sottolinea altresì come il nostro legislatore, a differenza di quello francese, non sia intervenuto direttamente sulla forma giuridica, ma abbia privilegiato l'adozione di strumenti già sperimentati in campo immobiliare, in grado di prevenire situazioni di conflitto e posizioni di abuso.

[129] Cfr. Triola, Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente, cit., p. 24. L'autore sottolinea come la previsione della necessità di indicazione della superficie e della quota del diritto spettante al promissorio acquirente relativa all'intero edificio espressa in millesimi, ha un senso in relazione alla disciplina dell'articolo 2645 bis , comma 5, in ordine alla conseguenza della mancata coincidenza tra superficie indicata nel contratto preliminare e superficie effettiva dell'unità immobiliare realizzata. Se l'eventuale difformità delle superfici indicate supera di un ventesimo quella indicata nel contratto preliminare, quest'ultimo non produce effetti e di conseguenza, il contratto definitivo rimane opponibile ai terzi che avessero effettuato trascrizioni o iscrizioni successivamente alla trascrizione del contratto preliminare. La superficie utile da calcolare, secondo un'interpretazione letterale, è rappresentata dalla superficie interna, ovvero al netto dello spessore dei muri perimetrali comuni o divisori che delimitano l'immobile oggetto del contratto. Ovviamente l'indicazione dei millesimi necessità per la trascrivibilità e non per la validità del contratto preliminare e va riportata nella nota di trascrizione.

preliminare equivalente (avente effetto prenotativo in riferimento al completo genus limitatum in esso desunto).

Con il perfezionamento del definitivo, ove è individuato l'immobile, l'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare varrà esclusivamente per quel determinato bene e non più per l'intero genus limitatum.

Per parte della dottrina, un limite alla trascrivibilità del contratto preliminare discenderebbe, solo nelle ipotesi in cui esso concerna porzioni di edifici futuri, dalle norme (art. 2645 – bis, comma 4, e 2659 c.c.) che richiedono, a tal fine, l'indicazione nel contratto e nella relativa nota di trascrizione, della superficie utile dell'unità immobiliare; norme che rendono più difficile, in questi casi, la promessa di alienazione di un immobile determinato solo nel genere.

Nessun problema sembra sussistere per il contratto preliminare a favore di terzo: la trascrizione sarà eseguita a favore del terzo e contro il promittente – alienante, ovviamente occorrerà, ai fini del perfezionamento dell'operazione, la dichiarazione del terzo di volere approfittare del beneficio; tale dichiarazione sarà annotata a margine della prima trascrizione o quanto meno trascritta autonomamente.

Se lo stipulante revoca la stipulazione o se il terzo dichiara di non volerne approfittare, la trascrizione dovrà essere ripetuta contro il promittente – venditore a favore dello stipulante.

Un cenno merita la questione relativa alla trascrizione del contratto per persona da nominare[130], anche in relazione alla norma dell'art. 1403, comma 2, c.c41..

Occorre evidenziare come l'interesse pratico dell'indagine era finora scarso, essendo raro il caso in cui si concludesse per persona da nominare un contratto con efficacia immediatamente traslativa, poiché le parti preferivano, nell'incertezza sull'identità del definitivo acquirente, concludere un semplice contratto preliminare.

In questo caso, se interrogativi sussistono sulla trascrizione, essi non concernono la trascrivibilità del contratto (definitivo o preliminare) ma, in generale, gli effetti della trascrizione (del contratto per persona da nominare e soprattutto) della dichiarazione di nomina.

E' controverso se possa parlarsi di contratto preliminare a favore di terzo, nell'ipotesi in cui le pattuizioni prevedono che il promissario acquirente potrà, al momento della definizione del contratto definitivo, designare un altro soggetto che tale ultimo contratto stipuli in posizione di acquirente.

[130] Tra gli altri autori si segnala: Gabrielli, La pubblicità immobiliare del contratto preliminare, op. cit., pp. 540 e seguenti; nonché Cannavale, Il contratto preliminare trascritto, op. cit., p. 476 che pone l'accento sul profilo fiscale, ovvero l'obbligo di nominare il soggetto entro tre giorni dalla stipula, pena la duplice imposizione fiscale. Per ovviare al problema, l'autore suggerisce di prevedere la riserva di nomina da esercitarsi entro tre giorni dalla stipula del definitivo.

Alla risposta affermativa data al quesito dalla giurisprudenza, si è opposto in dottrina chi ritiene che nell'ipotesi de qua manchi l'elemento caratterizzante costituito da una clausola che, deviando gli effetti negoziali (o meglio, parte di essi) rispetto al loro normale dispiegarsi, determina l'acquisto di un diritto in capo ad un soggetto non contraente[131].

2.2. EFFETTO PRENOTATIVO DELLA TRASCRIZIONE E DISCIPLINA DELLA PUBBLICITA' DICHIARATIVA

Nel sistema pubblicitario del codice civile (precedente all'introduzione della novella del 1997), un'efficacia prenotativa si riconosceva esclusivamente alla trascrizione delle domande giudiziali e non già a quella di atti di diritto sostanziale.

La nuova disciplina ha esteso la funzione prenotativa alla trascrizione del contratto preliminare, di conseguenza la successiva trascrizione del definitivo resta indifferente alle trascrizioni o iscrizioni eventualmente eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare[132].

Ad attribuire l'indicata funzione prenotativa alla pubblicità del contratto preliminare ha indotto, anzitutto, un brano della Relazione ministeriale illustrativa del decreto legge dal quale la nuova prescrizione è stata introdotta.

Non può, comunque, nascondersi come l'impulso all'introduzione di tale prescrizione si deve innanzitutto al notariato, favorevole, de lege ferenda, ad ammettere la pubblicità del contratto preliminare; ma non si deve dimenticare l'apporto di un illustre civilista, il quale aveva osservato che non vi era ragione in forza della quale la previsione di una pubblicità con efficacia prenotativa dovesse essere limitata ai soli atti introduttivi di un processo, di cognizione od esecutivo.

[131] Triola, Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente, op. cit., p. 21. Ivi l'autore fa ricorrere la figura in esame nell'ipotesi in cui l'effetto di un contratto sia da attribuire ad un terzo che possa pretendere dal promettente la conclusione del contratto definitivo. In questo caso, il contratto (a detta dell'autore) deve più precisamente qualificarsi come preliminare unilaterale, dal momento che, il terzo non può obbligare il promettente a contrarre. Altri autori ancora rilevano che il termine prenotazione è riduttivo per le potenzialità del preliminare. In tal senso: Gazzoni, Trascrizione del preliminare, cit., pp. 36.

[132] Guarneri, Il contratto preliminare, op. cit., p. 123. L'autore si sofferma ad evidenziare la rilevanza della novità sistematica. Per questo autore è possibile, in proposito, evocare senza difficoltà la categoria della prenotazione, per la quale, come è ben noto, gli effetti dell'atto finale del procedimento retroagiscono al momento dell'atto iniziale, sottraendo così efficacia ad iscrizioni o trascrizioni medio tempore effettuate da terzi contro il comune autore. Alcuni autori ritengono l' impossibilità di assimilare in toto all'istituto della vormerkung del BGB, poiché quest'ultima, a differenza della sua corrispondente italiana, tutela il prenotato contro gli atti posti in essere a suo danno nelle procedure esecutive, concorsuali o individuali. In tal senso: Cian, La trascrivibilità del preliminare, cit., p. 382.

Tuttavia, per parte della dottrina[133], attribuire alla trascrizione del preliminare un'efficacia esclusivamente prenotativa di successive trascrizioni sottintende una svalutazione del contenuto e della portata di questo contratto.

L'effetto prenotativo vale, infatti, tipicamente a giustificare la trascrivibilità di atti privi di efficacia esterna e destinati soltanto ad avviare un procedimento (giudiziale o stragiudiziale) alla fine del quale solamente si produrrà l'atto con rilevanza esterna.

Da qui la tradizionale ricostruzione del rapporto tra trascrizione della domanda giudiziale e della sentenza, riproposta per la sequenza preliminare – definitivo.

Il principio di trascrivibilità solo degli atti traslativi non pone alcuna preclusione logica all'ammissione di una forma di trascrizione provvisoria in funzione prenotativa; del resto, la rilevanza attribuita alla trascrizione della domanda giudiziale dall'art. 2652, n. 2 non ha uno specifico fondamento in principi di diritto processuale. Non si vede perché questo effetto non possa essere collegato alla trascrizione dello stesso contratto preliminare46.

La trascrizione del contratto preliminare, non realizza una pubblicità compiuta bensì, genera un effetto prenotativo che fa retroagire gli effetti della trascrizione dell'atto definitivo al momento della trascrizione del negozio stesso; cosicché, nei rapporti con terzi, è come se l'atto fosse stato trascritto nel momento in cui si è operata la trascrizione del preliminare.

Peraltro, l'autore ricorda i dibattiti portati avanti dalla dottrina sulla trascrivibilità o meno del preliminare, antecedenti alla legge n. 30 del 1997. La dottrina prevalente (Natoli, Pugliatti, Nicolò, Ferri) escludeva l'applicazione della disciplina dell'art. 2643 e seguenti c.c. al contratto preliminare in ragione della tassatività delle previsioni legislative in materia di pubblicità.

Altra dottrina (Gazzoni), al contrario, sensibile alla tutela del promissario acquirente auspicava in una prospettiva de iure condendo una modifica dell'art. 2643 c.c. che annoverasse tra gli atti trascrivibili anche il contratto preliminare.

Altra dottrina ancora, riteneva possibile, nel vecchio quadro normativo, assoggettare il preliminare al regime della trascrizione; vi era chi (Mengoni) si spingeva addirittura a sostenere la trascrivibilità provvisoria del preliminare come atto preparatorio di un'alienazione sulla base dell'art. 2674 bis c.c..

Allo stesso modo[134], la trascrizione della domanda giudiziale relativa ai beni immobili, ai sensi dell'art. 2652 c.c., configura una mera prenotazione, nei rapporti

[133] 45 Cfr. E. Camilleri, Dal preliminare ai preliminari, la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione in Contratto e impresa,1999, fasc. 1 , pp. 143 e seguenti. Per l'autore l'art. 2645 bis c.c. va ricollegato al disposto dell'art. 2644 c.c. e, quindi, alla trascrizione del contratto preliminare si devono riconoscere gli effetti di opponibilità che da questa norma derivano.

[134] Cass. civ., 29 gennaio 1999, n. 794; Bechini, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., p. 243. Ivi l'autore suggerisce che in epoca anteriore alla novella del 1997, non era infrequente che si procedesse alla trascrizione di

con i terzi, dagli effetti dell'accoglimento della domanda stessa e, pertanto, resta del tutto inoperante se il relativo giudizio si estingue o, comunque, non si conclude con una sentenza favorevole; né può essere fatta valere in un successivo giudizio autonomo e diverso, non integrante la riassunzione di quello precedente, restando irrilevante l'omessa pronuncia dell'ordine di cancellazione della trascrizione ex art. 2668 c.c..

Solo con l'accoglimento della domanda, la relativa trascrizione potrà produrre in via definitiva i propri effetti.

Tale funzione è ribadita dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale sottolinea come l'effetto particolare della trascrizione delle domande è strettamente correlata al principio, per cui la durata del processo non può andare a scapito dell'attore. Con il dare pubblicità alla pretesa del rivendicante si mira non a risolvere un conflitto sostanziale tra più acquirenti, quanto ad impedire che il rivendicante possa essere pregiudicato nel suo diritto, se riconosciuto, nel caso in cui dopo la domanda giudiziale l'immobile rivendicato sia venduto ad altri.

Ciò in virtù del principio di giustizia che il tempo decorso per l'attuazione giudiziale del diritto non può essere a detrimento della parte vittoriosa48.

Occorre, però, osservare che il termine "prenotazione" è comunemente usato in senso atecnico, in quanto vale a designare varie ipotesi che presentano caratteristiche differenti, accomunate tra loro da attuazione "legittimamente anticipata della pubblicità", a protezione di determinati interessi.

Nelle domande giudiziali contemplate all'art. 2652 nn. 2 e 3 c.c. , vi è la difficoltà di ricondurre il fondamento della trascrizione ai principi di diritto processuale, in quanto, resta inoppugnabile che la trascrizione di tali sentenze opera in base al dettato normativo dell'art. 2644 c.c.. Quindi, se è lecito parlare di effetto prenotativo della trascrizione del contratto preliminare, tale effetto non è riconducibile nell'alveo delle ipotesi previste all'art. 2652 c.c.; poiché la prenotazione rinvenibile dalla trascrizione del preliminare ha la funzione tipica e primaria di rendere inopponibile al soggetto trascrivente le formalità pregiudizievoli del diritto prenotato, mentre, nelle ipotesi di cui sopra, vi è un atteggiamento a funzione secondaria49.

La trascrizione delle domande giudiziali non serve a risolvere eventuali controversie tra due o più aventi causa dallo stesso autore, bensì riguarda i rapporti tra il dante causa ed un sub acquirente del suo avente causa. La trascrizione delle domande e delle relative pronunce giudiziali mira a completare il regime dell'efficacia soggettiva del giudicato e del trasferimento del diritto litigioso enunciato dall'art. 111 c.p.c..

---

domande giudiziali fittizie (concordate tra le parti) per avere il livello tipico di garanzia della trascrizione. La tutela in rem si è costantemente rivelata l'unica che la pratica delle contrattazioni immobiliari accetti come pienamente soddisfacente.

A norma dell' ultimo comma di tale articolo, la trascrizione di una domanda di accertamento, determina che la possibile sentenza di accoglimento perpetui i propri effetti anche rispetto agli aventi causa del convenuto; i quali non avrebbero trascritto, nel corso del giudizio, il loro titolo precedentemente alla trascrizione stessa. Naturalmente, la trascrizione tardiva della domanda, in pendenza di lite, fa sì che sia inopponibile soltanto il giudicato; mentre il fatto ha valenza ultra partes50.

E' pacifico, in dottrina ed in giurisprudenza, che l'onere della trascrizione delle domande giudiziali è previsto dalla legge esclusivamente ai fini dell'opponibilità della sentenza ai terzi che non siano parte del giudizio, per cui l'omissione di tale formalità non costituisce ostacolo alla proposizione dell'azione o alla pronuncia del giudice, né può essere eccepita, per difetto di interesse, dal convenuto51. Di conseguenza, la trascrizione delle domande giudiziali non dà luogo ad un requisito di procedibilità del processo. Tuttavia, la disciplina dell'art. 111 c.p.c. si applica unicamente agli acquisti a titolo derivativo e non a quelli a titolo originario in qualunque guisa realizzati (come es. l'usucapione, che ha un'efficacia erga omnes).

Alcune volte, la tardività della trascrizione della domanda comporta effetti negativi sul piano sostanziale, come nel caso dell'alienante che vuole adire il giudice per ottenere la risoluzione del negozio traslativo. Il suddetto alienante ha l'onere di trascrivere la domanda, pena l'inopponibilità dell'eliminazione del trasferimento a quel determinato avente causa, supportata da una sentenza di accoglimento in forza di un titolo antecedente la sentenza stessa, ma sollecitamente trascritto. Di conseguenza, il termine per la tempestiva esecuzione della trascrizione prenotata è stato qualificato di decadenza, con la conseguente inapplicabilità delle cause di sospensione e di interruzione previste in materia di prescrizione[135].

Non può, al contrario, condividersi l'opinione espressa da chi, pur favorevole alla tesi del termine di decadenza, ha negato che la perdita dell'efficacia prenotativa possa rilevarsi d'ufficio.

L'effetto prenotativo della trascrizione è limitato nel tempo: così, la domanda giudiziale deve essere cancellata, sulla scorta di ordine giudiziale, quando il giudizio si estingue o vi sia una sentenza di rigetto passata in giudicato; mentre per il contratto preliminare, il decorso dell'effetto prenotativo è più rigido[136] La legge, infatti, prevede che l'effetto della trascrizione cessa se entro un anno dalla data pattuita per la stipulazione del definitivo, e comunque entro tre anni dalla

[135] In tal senso si veda: Chianale, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., p. 67; contra Luminoso – Palermo, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., p.47. Quest'ultimo autore qualifica il termine di legge come modalità cronologica intrinseca all'effetto prenotativo, con la conseguente indisponibilità pattizia e rilevabilità d'ufficio.

[136] 53 Cfr. Chianale, Il contratto preliminare, op. cit., pp. 65 e seguenti. L'autore analizza taluni problemi operativi derivanti dall'introduzione dei due limiti temporali: 1) occorre stabilire se l'indicazione della data di esecuzione del preliminare sia elemento essenziale per la pubblicità del contratto e 2) se i termini stabiliti sono nella disponibilità del contraente.

trascrizione del preliminare, non venga trascritto l'atto che costituisce l'adempimento.

Superato il termine di tre anni, gli effetti della trascrizione si esauriscono e si presumono mai prodotti.

La ratio di questi termini ristretti è dovuta al fatto che l'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare sottopone il bene ad una sorta di vincolo di indisponibilità, di conseguenza il legislatore, a tutela del promittente alienante ed a salvaguardia dei creditori di quest'ultimo, non vuole che questo vincolo sia perpetuato all'infinito.

Se il suddetto vincolo, infatti, fosse illimitato, l'effetto prenotativo sottrarrebbe il bene, facente parte del patrimonio del promittente alienante, ai propri creditori, in aperto contrasto con quanto previsto dall'art. 2740 c.c..

Allorquando, la trascrizione del contratto preliminare sia stata tempestiva, il promissario acquirente prevale su tutti gli aventi causa del promittente alienante, anche se è controverso in dottrina se egli prevalga anche rispetto ai creditori di quest'ultimo.

Per il primo quesito l'autore asserisce che risulta ammissibile sia apporre ad un contratto preliminare un termine fissato per relationem e sia stipulare il preliminare senza alcun termine, dato che in assenza di questo diviene rilevante il termine triennale posto dalla legge per la durata dell'effetto prenotativo.

Il secondo quesito è risolto dall'autore nel senso che la data per l'esecuzione del contratto può essere modificata dalle parti e soprattutto può essere prorogata; Cannavale, Il contratto preliminare trascritto, op. cit., p. 474. L'autore sottolinea come le motivazioni di questa durata limitata vadano rintracciate nella volontà del legislatore di limitare frodi o collusioni ai danni dei creditori del promittente alienante.

La prenotazione rappresenta, oltretutto, un episodio di pubblicità incompleta, anche se sempre di pubblicità si tratta, ed in forza di ciò si applicherà ad essa l'art. 2644 c.c., per cui la priorità dell'acquisto sarà determinata in base al principio di chi trascrive per primo.

La trascrizione del contratto preliminare può essere cancellata, in base all'ultimo comma dell'art. 2668 c.c., a seguito del consenso prestato dall'interessato: la cancellazione è indipendente dall'efficacia spiegata dal preliminare e può essere effettuata anche qualora il preliminare continui a produrre i suoi effetti sostanziali[137].

[137] Cfr. Bechini, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., p. 265. L'autore sottolinea come la rimozione della trascrizione è attuata per recuperare la piena disponibilità del bene. L'art. 2668, ultimo comma, c.c. da un lato prevede che la cancellazione sia ordinata con sentenza passata in giudicato e dall'altro stabilisce che sia possibile procedere alla cancellazione a fronte del semplice consenso delle parti; Gabrielli, La pubblicità immobiliare del

Quanto sancito vale anche per le domande giudiziali, le quali possono essere cancellate senza alcuna rinuncia al giudizio.

3. LA TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILI DA COSTRUIRE ALLA LUCE DEL D. LGS. n° 122 DEL 2005

La novella, relativa alla trascrizione del preliminare, è intervenuta per colmare una lacuna di tutela in un settore delicato, quale la contrattazione immobiliare, ma non ha fornito una risposta definitiva.

Esigenze particolarmente pressanti si ponevano rispetto alla situazione dei promissari acquirenti di appartamenti facenti parte di stabili in corso di costruzione: fenomeno frequente proprio nell'edilizia destinata a soddisfare esigenze abitative e quindi di particolare emergenza sociale.

Qualora fosse intervenuto il fallimento del costruttore, non solo i contratti preliminari stipulati risultavano inopponibili al fallimento, non avendo effetti reali ma solo obbligatori, ma anche gli anticipi versati dai promissari acquirenti davano origine a meri crediti chirografari.

Tale norma è dettata a tutela del promittente venditore che ha interesse a far risultare dai registri immobiliari la caducazione del vincolo, per recuperare la disponibilità dell'immobile.

Un primo intervento di tutela è stato attuato dal nuovo art. 2645 bis c.c.: la trascrizione del preliminare è stata ammessa pure per "gli edifici da costruire o in corso di costruzione" (comma 4), ma a condizione che fossero indicati "la superficie utile della porzione di edificio e la quota di diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi".

Alla trascrizione di tale tipologia di contratto preliminare consegue un altro effetto: i crediti del promissario acquirente relativi alla restituzione del prezzo pagato anticipatamente "hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare", purché la risoluzione del preliminare sia ottenuta o domandata giudizialmente prima del triennio di efficacia della trascrizione del preliminare fissato dal comma 3 dell'art. 2645 bis c.c.

La suddetta tutela è stata di recente ampliata con un intervento organico ed incisivo costituito dal d.lgs. 122/2005.

---

contratto preliminare, cit., p. 544; Nivarra, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., p. 1378. L'autore ritiene che la trascrizione del contratto preliminare è soggetta a due vicende estintive: una di portata generale, cioè la cancellazione ex art. 2668, 4° comma, c.c.; l'altra, invece, sua peculiare, ovvero la perdita di efficacia per decorrenza del termine ex art. 2645 bis, 3° comma; Luminoso – Palermo, La trascrizione del contratto preliminare, op. cit., pp. 51 e seguenti. L'autore sottolinea il fatto che la cancellazione è strettamente legata al carattere provvisorio e temporaneo dell'efficacia della trascrizione del contratto preliminare. L'ultimo comma dell'art. 2668 c.c. enuncia che la cancellazione di questa trascrizione sia debitamente consentita dalle parti interessate ovvero ordinata giudizialmente con sentenza passato in giudicato.

Il 20 giugno 2005 è stato, infatti, approvato, in attuazione della delega conferita al Governo con legge 2 agosto 2004 n° 210, il decreto legislativo n° 122, recante disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire[138].

Con questo provvedimento si è colmato un vuoto legislativo nel nostro paese, l'unico in Europa a non avere una legislazione in materia.

Scopo del decreto è essenzialmente quello di impedire, come accaduto in passato, che l'acquirente di un immobile in corso di costruzione non riesca ad ottenere la restituzione di quanto già versato al costruttore, nel caso in cui, a seguito di una situazione di crisi, quest'ultimo non sia più in grado di realizzare o completare l'immobile promesso in vendita.

Interessati sono tutti i contratti, conclusi da un imprenditore o da una cooperativa edilizia (nella veste di alienante) con una persona fisica (nella veste di acquirente), che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire.

L'art. 6 del decreto, che diversamente da quanto potrebbe indurre a ritenere la rubrica nella quale impropriamente si parla di "contratto preliminare", si applica a tutti i contratti suscettibili di essere ricompresi nell'ambito di operatività della nuova normativa - disciplina il contenuto "necessario" del contratto, individuando analiticamente gli elementi che debbono essere inseriti nel documento. Scopo di tale articolo, come si vedrà meglio in seguito, è quello di assicurare che nel contratto vengano definiti gli aspetti di maggiore importanza del regolamento negoziale e vengano, inoltre, fornite le informazioni56 e le indicazioni che sono necessarie all'acquirente per poter avere un quadro completo dell'operazione che si appresta a porre in essere.

A fronte di tanto dettaglio voluto dal legislatore esiste, però, un'incongruenza di fondo: circa le conseguenze ricollegabili all'omissione di detti dati, nulla dice il decreto legislativo, eccezion fatta per il caso specifico della mancata indicazione degli estremi della fideiussione.

Purtroppo, la tecnica legislativa utilizzata non esprime chiaramente l'imperatività della norma e non prevede testualmente la sanzione conseguente all'inosservanza del precetto e quindi, per comprendere se la disposizione in esame abbia carattere imperativo, occorrerà tenere in considerazione gli scopi del legislatore e le finalità della norma.

[138] Per un approfondimento si rinvia a: P. Mazzamuto, L'acquisto di immobili da costruire, Padova, 2007; Aa. Vv., L'acquisto di immobile da costruire, collana a cura di G. De Nova, Milano, 2005; C. Leo, Le nuove norme a tutela degli acquirenti di immobili da costruire, in Contratti, 8/9 – 2005, p. 745; A. Zaccaria, La nuova disciplina sulla tutela degli acquirenti di immobili da costruire: lineamenti e principali problematiche, in Studium iuris, 2006, p. 935.

L'obiettivo di tutela degli acquirenti è perseguito non soltanto attraverso regole di completezza e trasparenza dei contenuti di detti contratti, ma anche introducendo una serie di misure atte a scongiurare gli inevitabili rischi connessi ad un'operazione economica di questo tipo, sia nella fase antecedente al trasferimento della proprietà dell'edificio da costruire, sia nella fase successiva. Sotto quest'ultimo punto di vista, il fulcro dell'intero sistema verte principalmente su due strumenti: la fideiussione relativa alle somme versate dall'acquirente al costruttore prima dell'ultimazione dei lavori di edificazione e del trasferimento della proprietà su quanto realizzato; la polizza assicurativa per il risarcimento dei danni ricollegabili a vizi eventualmente presenti nel fabbricato.

L'art. 2 del d.lgs. n° 122 prevede, infatti, che il costruttore, che intenda procedere alla stipula di un contratto diretto al successivo trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento su immobili da costruire, è obbligato a procurare il rilascio e consegnare, a pena di nullità, all'acquirente una fideiussione.

In tal caso siamo in presenza di una regola, non di responsabilità bensì, di validità.

56 Per un approfondimento sul tema dei doveri di informazione si rinvia a: R. Alessi, Consensus ad idem e responsabilità contrattuale, in Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, a cura di S. Mazzamuto, Torino 2002; nonché R. ALESSI, I doveri di informazione, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo – S. Mazzamuto, vol.II, Milano, 2007 , pp. 391 e seguenti

In altri termini, nonostante la dizione letterale "è obbligato" nel caso in cui il costruttore non presti la fideiussione la conseguenza immediata e diretta sarà, non l'inadempimento e il consequenziale risarcimento del danno ma, la nullità del contratto.

Si tratta di una nullità che, come precisa l'art. 2, può essere invocata solo dall'acquirente, e che non potrebbe essere rilevata d'ufficio dal giudice.

L'art. 4 contempla un ulteriore obbligo allo scopo, stavolta, di (tentare di) rafforzare la posizione giuridica dell'acquirente nella fase successiva al trasferimento della proprietà dell'immobile.

In particolare, la norma prevede a carico del costruttore l'obbligo di contrarre e consegnare all'acquirente "una polizza assicurativa ed indennitaria decennale", funzionale a garantire il risarcimento dei danni derivanti da vizi dell'immobile che si siano manifestati successivamente alla vendita o all'assegnazione.

Le garanzie civilistiche relative all'appalto vengono, nei limiti dell'art. 1669 c.c. (espressamente richiamato), estese ai contratti oggetto del decreto, e ciò indipendentemente dal mancato collegamento alla tipologia contrattuale dell'appalto stesso.

Il legislatore, con l'inserimento di detta norma, ha trasferito il rischio (di perimento del bene) su un soggetto (la compagnia di assicurazione) che garantisca una maggiore tutela della "parte debole" laddove si verificassero le situazioni di cui all'art. 1669 c.c..

Il termine "indennitaria" significa che l'acquirente è garantito dal verificarsi di un sinistro, indipendentemente dall'accertamento di una responsabilità del costruttore.

L'art. 4, ancora una volta, non prevede sanzioni in caso di mancata conclusione o consegna della polizza; ne deriva che la mancata prestazione della stessa non inficia la validità del contratto. Conseguentemente l'inadempimento a quest'obbligo, non essendo la polizza nemmeno prevista nell'ambito del contenuto del contratto, comporterà solo una responsabilità contrattuale del costruttore.

Dal breve quadro presentato emerge con chiarezza come il nuovo testo normativo genera non solo questioni interpretative di non poco momento, legate al coordinamento tra le disposizioni che lo compongono, ma soprattutto ponga l'interprete di fronte all'esigenza di una ricostruzione in chiave sistematica, idonea a colmare le lacune più vistose: che sono in parte di tutela.

Peraltro, da tali considerazioni emerge, con tutta evidenza come il d. lgs. 122 del 2005 si caratterizzi per la c.d. "sciatteria redazionale", la quale stimola gli studiosi del diritto a trovare soluzioni interpretative, e quindi applicative, che di fatto realizzino l'obiettivo di tutela che il nuovo provvedimento si pone solo in linea assolutamente teorica.

3.1 IL CONTENUTO DEL CONTRATTO DI ACQUISTO DI IMMOBILI DA COSTRUIRE: L'ART. 6 DEL D. LGS. 122 DEL 2005.

L'art. 6 del decreto 122 stabilisce - come già in precedenza anticipato - il contenuto tipico del contratto preliminare e di ogni altro contratto avente ad oggetto immobili da costruire, al fine della chiara e puntuale determinazione sia dell'oggetto (l'immobile da costruire nelle sue caratteristiche fisiche e nel suo status giuridico), sia degli obblighi inerenti alle opere di costruzione, a maggior tutela dell'acquirente, considerato parte "debole" del rapporto.

La previsione di un contenuto tipico del contratto di immobili da costruire si è resa necessaria dato che, nella prassi commerciale, sempre più spesso, le imprese costruttrici erano solite non specificare gli obblighi costruttivi, oltre che non indicare l'esistenza di eventuali vincoli e/o formalità pregiudizievoli gravanti sull'immobile, con notevoli rischi per l'acquirente non informato o non correttamente informato57.

In altri termini, in tali specifiche ipotesi il legislatore limita la libertà delle parti nello stabilire autonomamente il contenuto del contratto, in ragione, per l'appunto, della necessità di garantire un'adeguata tutela all'acquirente, il quale si trova in una posizione di debolezza rispetto all'imprenditore - costruttore.

In particolare, la norma prevede che il contratto preliminare ed ogni altro contratto diretto al successivo acquisto, in capo ad una persona fisica58, della proprietà o di un diritto reale minore su un immobile da costruire debbano contenere un insieme di elementi descrittivi elencati in maniera dettagliata, al solo scopo di "rendere più trasparente l'operazione negoziale e consentire al promissario acquirente di acquisirne una completa rappresentazione, così da porsi al riparo da possibili pregiudizi conseguenti ad una stesura approssimativa e lacunosa del testo contrattuale"59.

E' d'uopo osservare come non siano dettate particolari prescrizioni di forma del contratto preliminare, che seguirà dunque le regole generali di cui agli artt. 1350 e 1351 c.c.60.

Notevole rilievo assume l'obbligo della menzione nel contratto preliminare (o chiaramente altro contratto di acquisto di immobile da costruire) degli estremi della fideiussione61 prevista dall' articolo 2 del decreto 122/2005 a garanzia dell'eventuale rimborso delle somme versate al costruttore, anche in considerazione della diffusa prassi delle imprese costruttrici di non registrare i contratti preliminari di compravendita, fatto che li rende privi di data certa62.

Più in generale, l'art. 6 prevede il necessario inserimento nel contratto di una serie di prescrizioni ed indicazioni che rendano il più possibile determinato l'oggetto63[139].

Tali prescrizioni sono state considerate – dalla più attenta dottrina64 –vere e proprie manifestazioni normative di quei "limiti imposti dalla legge" all'autonomia contrattuale, che il codice civile aveva già introdotto nell'articolo 1322, modificando in modo sensibile la precedente disciplina generale dei contratti, e che la Costituzione del 1948 ha accentuato nelle implicazioni di uguaglianza sostanziale dei soggetti, di utilità sociale dell'iniziativa economica privata e di funzione sociale della

[139] 63 Nel dettaglio l'art. 6 prevede che il contratto deve indicare:
a) le indicazioni previste agli artt. 2659, comma 1, e 2826 c.c.;
b) la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto;
c) gli estremi di eventuali atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche stipulati per l'ottenimento dei titoli abilitativi alla costruzione e l'elencazione dei vincoli previsti;
d) le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti;
e) i termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione;
f) l'indicazione del prezzo complessivo da corrispondersi in danaro […];
g)gli estremi della fideiussione;
h) l'eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull'immobile con la specificazione del relativo ammontare […];
i) gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato […];
l) l'eventuale indicazione dell'esistenza di eventuali imprese appaltatrici, con la specificazione dei relativi dati identificativi.
Inoltre, vi si prevede l'allegazione del:
a) capitolato contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, […];
b) gli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, […].

proprietà, tanto da far parlare in dottrina di una sopravvenuta e necessaria "costituzionalizzazione del diritto privato"65.

Su un piano strutturale, si può affermare – senza forzatura alcuna – che il rapporto che si viene a stabilire tra il contenuto imposto del decreto 122/2005 ed i requisiti essenziali del contratto va considerato alla stregua di una deroga all'art. 1346 c.c., con riguardo alla "determinabilità" dell'oggetto66.

Difatti, non può non osservarsi come il grado di dettaglio delle descrizioni ed indicazioni, imposto dall'art. 6 del decreto, finisce per restringere notevolmente (per non dire che azzera del tutto) lo spazio altrimenti concesso, per regola generale, alla determinabilità successiva dell'oggetto del contratto.

É, anche, da escludere la determinazione dell'oggetto deferita da un terzo (il c.d. arbitratore di cui all'art. 1349 c.c.) in quanto incompatibile con la dettagliata indicazione e descrizione delle prestazioni e dell'oggetto che il contratto deve necessariamente contenere.

Del resto, non può farsi a meno di sottolineare come la locuzione dell'art. 6 "devono contenere" non lasci margine di dubbio alcuno circa la essenzialità degli elementi ivi indicati, che finiscono per connotare il nuovo tipo legale dell' "acquisto degli immobili da costruire", tale che la mancata menzione di uno di essi impedisce il concretarsi dello schema contrattuale ed il prodursi degli effetti.

Chiaro risulta come simile scelta legislativa, e dunque la conseguente obbligatorietà di una serie di prescrizioni, risponda alla ratio di tutela del contraente debole; ratio che impone di fornire all'acquirente, specie nella fase di formazione del contratto, tutte le informazioni necessarie per la determinazione completa del quadro dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto.

Non può tacersi come l'emanazione del decreto 122 del 20005 si inserisca, a pieno titolo, in quel filone di interventi tesi alla tutela del soggetto-debole del rapporto contrattuale; tutela che, per l'appunto, si realizza attraverso il dovere, posto a carico del costruttore - alienante, di assolvere in modo completo ed esaustivo al dovere di informazione.

Per quegli elementi previsti dalle parti che siano ulteriori rispetto al contenuto essenziale del contratto rimane, invece, uno spazio di autonomia privata.

3.2 (segue): LE CONSEGUENZE DELLA MANCANZA DEI CONTENUTI OBBLIGATORI.

Un problema fondamentale che pone il decreto 122 concerne la mancata previsione delle sanzioni per la violazione delle prescrizioni di contenuto, di cui all'art. 6, nella redazione del contratto: nel decreto, infatti, si parla di nullità (a legittimazione relativa) soltanto a proposito della mancata "consegna" della fideiussione prevista

dall'art. 2, mentre nulla è detto sulle conseguenze giuridiche della violazione del disposto dell'art. 6.

Si tratta, invero, di una questione di non poco momento poiché, se l'obiettivo è quello di garantire una tutela adeguata all'acquirente nei confronti dell'impresa costruttrice – venditrice, è chiaro che questo proposito potrebbe essere vanificato, almeno in parte, dal mancato attivarsi di idonee sanzioni, in presenza di un contratto il cui contenuto sia difforme da quello previsto dalla legge.

Dunque, con riferimento alle prescrizioni di contenuto del contratto il legislatore non ha previsto alcuna sanzione specifica per la loro violazione, lasciando all'interprete il compito di individuare le possibili sanzioni.

Alla stregua dei principi generali che presiedono i contratti, appare evidente che si avrà nullità assoluta, a norma dell'art. 1418, comma 2, c.c., tutte le volte in cui dagli elementi contenuti nel contratto non sia possibile individuarne l'oggetto.

Problema più complesso è quello della individuazione della sanzione nell'ipotesi in cui difettino le altre menzioni previste dall'art. 6, ed in particolare se si configuri o meno la nullità del contratto anche in tale specifico caso.

Come noto, la nullità costituisce il rimedio contrattuale generalmente predisposto dall'ordinamento per le ipotesi di contrarietà del contratto a norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.). Il configurarsi della nullità dipende pertanto dalla imperatività o meno delle prescrizioni contenute nell'art. 6 del decreto

Come sottolineato da attenta dottrina67 le prescrizioni di cui all'art. 6 sono certamente norme imperative, in quanto impongono alle parti, che intendono realizzare un trasferimento di immobile da costruire, di adottare uno schema negoziale il cui contenuto essenziale corrisponda a quello previsto dalla legge, ciò al solo fine di impedire comportamenti scorretti da parte del contraente forte, sia al momento della formazione del contratto, sia al momento della sua esecuzione.

Si tratta, inoltre, di norme inderogabili, ossia vincolanti per le parti; nel senso che la volontà di queste ultime non può legittimamente disapplicarle o sostituirle.

Sono, anche, norme che, seppur in via mediata, tutelano un interesse generale, in quanto la protezione dell'acquirente è funzionale sia all'utilità sociale ed alla sicurezza, sia all'efficienza del mercato, attraverso l'adozione di un sistema di regole trasparenti e valide per tutti gli operatori dello stesso settore.

In ragione di tali osservazioni, non può non condividersi l'opinione di quanti affermano il carattere imperativo delle prescrizioni di cui all'art. 6 e sostengono l'applicabilità dell'art. 1418, comma 1, c.c., ossia la configurabilità di una nullità c.d. virtuale per contrasto con norme imperative.

Per completezza, tuttavia, è doveroso sottolineare come vi siano taluni autori68 che propongono di attenuare gli effetti della sanzione di nullità, a loro parere

sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti dalla legge, attraverso un tentativo di applicazione analogica della c.d. "nullità relativa", prevista dalle leggi di derivazione comunitaria a protezione del consumatore.

A sostegno di tale tesi viene invocata la circostanza per cui la disciplina sulla nullità di protezione (o relativa), posta a tutela del consumatore, in ragione della sua crescente diffusione, non sarebbe più da considerarsi a carattere eccezionale, rispetto alla nullità codicistica, bensì espressione di un principio generale e quindi di applicazione analogica.

Simile ricostruzione non pare, tuttavia, condivisibile in ragione del fatto che vero è che si tratta, anche nel caso di specie, di tutelare il contraente debole, ma la problematica in materia di compravendita di immobili da costruire è più complessa, coinvolgendo profili di ordine pubblico. A conferma di ciò può essere richiamata la mancata incorporazione della disciplina (che peraltro non è di derivazione comunitaria) del decreto 122/2005 nel codice del consumo.

Riassumendo, è possibile affermare che almeno prima facie le conseguenze possibili, in termini di sanzioni sono di due tipi: nell'ipotesi in cui manchino in contratto le indicazioni necessarie ai fini dell'individuazione dell'oggetto si avrà nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c.; negli altri casi, invece, si avrà nullità ai sensi del comma 1 dello stesso articolo 1418 c.c., per violazione di norme imperative.

3.3 (segue): LA TESI DELLA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE E CONTRATTUALE.

Una volta dichiarata la nullità del preliminare o altro contratto di acquisto di immobili da costruire, si pone il problema di come risarcire il danno subito dall'acquirente per avere confidato nella validità del contratto.

Sul punto la dottrina è divisa tra chi, a fronte della violazione dell'obbligo del costruttore di fornire le informazioni corrispondenti ai contenuti minimi indicati nell'art. 6, ritiene si configuri una responsabilità precontrattuale e chi, invece, opta per la configurazione di una responsabilità di tipo contrattuale.

In particolare, la tesi della responsabilità precontrattuale presuppone che sussista, in capo al promittente venditore, un vero e proprio obbligo di informazione nei confronti della parte acquirente e conseguentemente di conformazione del contenuto del contratto alle disposizioni di cui all'art. 6.

Di tutta evidenza risulta come la tecnica legislativa, utilizzata dal legislatore per la redazione del decreto in commento, sia molto diversa da quella utilizzata per disciplinare ad esempio la multiproprietà ove, al fine di consentire al consumatore di ponderare il contenuto del contratto, il venditore deve consegnare, in una fase che precede la stipulazione del contratto, il "documento informativo".

Si tratterebbe, in questo caso, di un generalizzato dovere di informazione, inteso quale "dovere di comunicare alla controparte gli elementi necessari per formarsi un'idea esatta del contratto"69, la cui conoscenza consente al promissario acquirente di valutare, in maniera consapevole e completa, l'opportunità o meno di addivenire alla conclusione del contratto.

La violazione di un dovere di tal fatta rientrerebbe nella previsione dell'art. 1337 c.c., considerata come una clausola generale in grado di "moralizzare" la fase delle trattative.

Invero, vi è chi70, pur sposando la tesi della sussistenza, nell'ipotesi de qua, della responsabilità precontrattuale, ritiene che la norma di immediato riferimento debba essere l'art. 1338 c.c., secondo cui "la parte, che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra parte, è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".

In altri termini, quest'ultima dottrina ipotizza una possibile configurazione di una responsabilità precontrattuale del costruttore –venditore, il quale, conoscendo l'esistenza di una causa di invalidità, non l'abbia comunicata, al momento della stipulazione del contratto preliminare, all'acquirente, il quale a sua volta abbia fatto affidamento sulla professionalità e correttezza dell'imprenditore o sulle dichiarazioni di questo circa la regolarità del contratto.

Dalla dichiarazione di nullità, dunque, discenderà - a titolo di restituzione di indebito – la restituzione degli anticipi corrisposti dall'acquirente al costruttore – venditore; dalla responsabilità ex articolo 1338 c.c. deriverà il risarcimento integrale dei danni patiti dall'acquirente a causa dell'invalidità dell'atto.

La responsabilità precontrattuale, per mancata informazione circa l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, è altresì strumento che rafforza, operando come deterrente nei confronti dell'imprenditore, la sanzione della nullità relativa prevista per il caso di mancata consegna all'acquirente della fideiussione di cui all'articolo 2 del decreto 122/2005.

Vi è, infine, chi71 sostiene che, quand'anche dovesse ammettersi l'esistenza di un obbligo di informazione, sarebbe difficile la praticabilità di un'azione di danni, tanto nei casi in cui il contratto risulti valido e di difficile prova, quanto nei casi in cui il contratto sia invalido.

In ragione di ciò, tale dottrina ritiene più corretto ipotizzare, nella fattispecie di omessa menzione di circostanze e fatti richiesti dalla legge, la configurazione di una responsabilità di tipo contrattuale.

RELAZIONE PER LA SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA FORMAZIONE DECENTRATA PER IL LAZIO PER IL CONVEGNO DEL 21.4.2015 SUL CONTRATTO PRELIMINARE

Di Vincenzo Picaro

L'AZIONE EX ART 2932 CODICE CIVILE, TRA EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E NOVITA' NORMATIVE

INDICE DEGLI ARGOMENTI:

1. Premessa. 2. Ambito applicativo. 3.Indicazioni e documenti necessari per i trasferimenti immobiliari e conseguentemente per i trasferimenti attuati ex art. 2932 cod. civ. 4.Natura della sentenza e problematiche processuali in tema di azione ex art. 2932 cod. civ. 5. La determinabilità dell'oggetto del contratto preliminare di vendita 6. Il requisito della possibilità del trasferimento e della non esclusione in base al titolo 7. La regolarità urbanistica ed edilizia dell'immobile da trasferire ex art. 2932 cod. civ. 8. Il requisito dell'offerta della prestazione 9. La sopravvenienza del fallimento di una delle parti del giudizio ex art. 2932 cod. civ.

PREMESSA

L'argomento che mi è stato consentito di scegliere per questa relazione, costituisce nel contempo la cartina di tornasole delle teorie generali sviluppate in tema di contratto preliminare, e l'occasione per esaminare le principali problematiche giuridiche che si pongono quando si discuta in ordine all'adempimento dell'obbligo di concludere il contratto e che sono legate sia alle riforme normative concernenti la validità dei trasferimenti immobiliari, sia agli interventi giurisprudenziali che progressivamente hanno esteso le facoltà del Giudice chiamato a pronunciare la sentenza ex art. 2932 cod. civ., non più rigidamente vincolato ad effettuare una mera fotocopia con finalità traslativa del preliminare, e sempre più spesso chiamato a compiere un'opera di adattamento delle statuizioni in relazione a vicende modificative sopravvenute, o ignorate dalle parti in sede di regolamentazione negoziale, con la finalità specifica di mantenere, ove possibile, il rapporto di sinallagmaticità delle prestazioni e di garantire gli scopi ultimi perseguiti dalle parti col contratto preliminare, sempre nel rispetto del principio che l'individuazione del bene oggetto del trasferimento deve comunque avvenire in base a dati riportati nel contratto preliminare, o a documenti che in esso siano stati specificamente richiamati dalle parti (vedi in tal senso Cass. n.952/2014; Cass. 7.8.2002 n. 11874). In linea generale si può infatti affermare che ad un indirizzo giurisprudenziale della

Suprema Corte più risalente, secondo il quale la sentenza ex art. 2932 cod. civ., dovendo sostituirsi al contratto definitivo non concluso, non poteva avere un contenuto anche solo parzialmente diverso da quello del contratto preliminare (vedi in tal senso Cass. n. 2616/1988; Cass. n. 3089/1987; Cass. n. 1224/1979), si è passati ad un più recente orientamento soprattutto per impulso della sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 1720/1985 (ma vedi nello stesso senso Cass. n. 2268/1980; Cass. n. 3560/1977; Cass. n. 4478/1976), che ha riconosciuto che la sentenza ex art. 2932 cod. civ. produce sì gli effetti del contratto preliminare non concluso, ma non si sostituisce ad esso come unica fonte di regolamentazione del rapporto sostanziale tra le parti, in quanto vi sono vicende (ad esempio relative ai vizi del bene promesso, alla regolarità urbanistica ed edilizia, all'abitabilità, o agibilità, allo stato di bisogno di una delle parti, alla realizzazione degli immobili da costruire promessi e relative garanzie) esterne al preliminare, che insieme al decorso del tempo, possono incidere sul rapporto fra le parti, e che richiedono al Giudice di esercitare poteri volti a correggere le deviazioni del sinallagma funzionale, ad esempio attraverso la riduzione del prezzo pattuito per i vizi (vedi ad esempio Cass. n. 1562/2010), o attraverso il condizionamento del trasferimento della proprietà non solo al saldo del prezzo (vedi in tal senso Cass. n. 14453/2011; Cass. n. 2154/1987; Cass. n. 5242/1983; Cass. n. 3854/1983; Cass. n. 3692/1983; Cass. n. 1940/1982), ma anche all'adempimento di obbligazioni di *facere*, come quelle dell'esecuzione di determinate opere edilizie previste a margine del preliminare (vedi Cass. n. 10692/1994; Cass. n. 7711/1990), o anche attraverso l'imposizione, senza l'utilizzo della sentenza condizionata, dell'adempimento di prestazioni successive al trasferimento fondate sul contratto preliminare (vedi ad esempio Cass. n. 14453/2011).

AMBITO APPLICATIVO

L'art. 2932 cod. civ. stabilisce che se il soggetto che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso ed al secondo comma stabilisce con riferimento alla più ristretta categoria dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, o la costituzione, o il trasferimento di un altro diritto, che la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.

L'uso nel primo comma dell'art. 2932 cod. civ. del termine "*titolo*" per indicare la fonte dell'obbligazione di concludere un contratto, a differenza del termine "*contratto*" utilizzato nel secondo comma per individuare la categoria nella quale è

richiesta in ragione della sinallagmaticità delle prestazioni l'ulteriore condizione dell'esecuzione, o almeno dell'offerta della prestazione esigibile, dimostra come il rimedio dell'intervento del Giudice sostitutivo del contratto che le parti non hanno inteso concludere pur essendovi obbligate, sia applicabile non solo all'ipotesi di gran lunga più diffusa del contratto preliminare non seguito dal contratto definitivo, ma anche ai negozi unilaterali dai quali scaturisca l'obbligo di conclusione di un contratto, alle fattispecie in cui sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento, o la costituzione di un diritto, ed agli atti, o fatti dai quali il suddetto obbligo discende per legge (vedi in tal senso Cass n. 6296/1997), anziché per volontà delle parti.

Ad esempio si è ritenuta ammissibile l'azione ex art. 2932 cod. civ. sulla base di una **delibera consortile di assegnazione di un capannone artigianale** (vedi Cass. n. 5160/2012), o nell'ipotesi del **negozio fiduciario** purché l'impegno del fiduciario di trasferimento del diritto reale sull'immobile intestato fiduciariamente al fiduciante individui in modo specifico l'immobile da trasferire ed abbia la forma scritta, posto che l'art. 1324 cod. civ., salvo diversa disposizione di legge, prevede l'applicabilità delle norme che regolano i contratti, in quanto compatibili, agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, con la conseguenza che ai negozi unilaterali si applicano l'art. 1351 cod. civ., che esige per il preliminare la forma richiesta per il contratto definitivo, in combinato disposto con l'art. 1350 n° 1) cod. civ., che richiede a pena di nullità l'atto pubblico, o la scrittura privata autenticata per i contratti che trasferiscono la proprietà dei beni immobili.

In questo senso la Suprema Corte ha ammesso l'utilizzo dell'art. 2932 cod. civ. in presenza di un impegno unilaterale che abbia i requisiti essenziali per consentire il trasferimento della proprietà (forma scritta, impegno di trasferimento, termine per l'adempimento, o mancando quest'ultimo previo sollecito all'adempimento prima del giudizio), per esempio in presenza di negozi fiduciari tra coniugi quando uno o più immobili acquistati con denaro di un coniuge ed intestati fiduciariamente all'altro coniuge debbano essere ritrasferiti al coniuge che ne abbia pagato il prezzo su sua semplice richiesta purché l'impegno risulti da atto scritto (vedi Cass. 10633 del 15.5.2014).

Di particolare interesse è la sentenza della Corte di Cassazione n. 10633 del 15.5.2014, che nel solco della sentenza della Cass. n. 20051/2013, che ha affermato che il mandato all'acquisto di un bene immobile è un negozio interno sottratto agli obblighi di forma previsti per i contratti traslativi della proprietà immobiliare e che ad esso può accompagnarsi una dichiarazione unilaterale del mandatario anche successiva all'acquisto contenente un preciso impegno ed una sufficiente indicazione degli immobili da ritrasferire costituente il negozio esterno, che in determinati casi può consentire l'esercizio dell'azione ex art. 2932 cod. civ., ha affermato la necessità di superare l'impostazione tradizionale che in presenza di un impegno scritto del fiduciario di ritrasferimento della proprietà di un determinato immobile al fiduciante

costruiva il *pactum fiduciae* come risultante da un negozio reale esterno col quale il fiduciario aveva acquistato la proprietà dell'immobile dal terzo e da un negozio interno rappresentato dall'impegno del fiduciario a ritrasferire l'immobile al fiduciante che aveva messo a disposizione il denaro per l'acquisto, ed affermava che la produzione in giudizio da parte del fiduciante dell'impegno unilaterale al trasferimento del fiduciario con invocazione dei suoi effetti in proprio favore, e la mancata revoca nel frattempo del consenso del fiduciario, consentivano di ottenere il requisito del consenso bilaterale al trasferimento immobiliare (in tal senso Cass. n.22223/2006; Cass. n. 4921/2006; Cass. n. 4886/2003; Cass. n. 13335/2000). In realtà la sentenza n. 20051/2013 della Cassazione ha evidenziato come tale orientamento tradizionale finiva per trasformare artificiosamente un atto nato come unilaterale in un contratto, utilizzando la giurisprudenza sull'equiparazione della produzione in giudizio di un documento alla sottoscrizione dello stesso, nata per supplire al difetto di sottoscrizione del contratto, per ritenere soddisfatto il requisito della forma scritta richiesto per i trasferimenti immobiliari dall'art. 1350 n. 1 cod. civ., ed ha ritenuto che una dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegni a trasferire ad altri la proprietà di uno, o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario, non costituisce una semplice promessa di pagamento, ma un'autonoma fonte di obbligazione se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento e che, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, esso sia suscettibile di esecuzione specifica ex art. 2932 cod. civ. purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile con l'indicazione dei confini e dei dati catastali.

Si è poi ritenuto applicabile l'art. 2932 cod. civ. in relazione ad obbligazioni interdipendenti delle parti sorte da un **arbitrato irrituale** (vedi in tal senso App. Milano 7.4.1998 in Giur. It. 99, 291) ed all'**accordo transattivo fra coeredi** per dividere un bene ereditario discostandosi dalle indicazioni fornite dal testatore (vedi Cass. n. 6471/1997).

In tema di **locazione di immobili urbani ad uso non abitativo** si è ritenuto che la dichiarazione del conduttore di esercitare il **diritto di prelazione ex art. 38 L. n. 392 del 1978** a seguito della comunicazione del locatore di voler vendere l'immobile locato determini l'obbligo per le parti di addivenire entro un certo termine alla stipula della compravendita con contestuale pagamento del prezzo, il cui inadempimento legittima il ricorso alla tutela dell'art. 2932 cod. civ. (Cass. n. 6509/1994).

Il **patto di prelazione** col quale una parte si obbliga a non vendere a soggetti diversi dal titolare del diritto di prelazione la cosa oggetto del patto se non dopo che il prelazionario, debitamente interpellato, abbia dichiarato di non voler acquistare, o non abbia risposto nel termine concessogli, ed a vendere al prelazionario una volta che presa la decisione della vendita lo stesso si sia espresso in senso favorevole, si ritiene che non dia luogo all'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ. nell'ipotesi in cui il

bene oggetto del patto sia stato venduto ad un terzo, non essendo l'obbligazione più coercibile e potendo il promissario pretermesso solo agire per il risarcimento del danno (Cass. n. 3571/1999; sul patto di prelazione agraria Cass. n. 3124/1987).

Il **contratto preliminare tra soci per la trasformazione di una s.a.s. in una s.r.l.** si ritiene che non possa sfociare in un'azione ex art. 2932 cod. civ., in quanto la sentenza relativa non può supplire al procedimento contemplato dagli articoli 2500 e 2500 ter cod. civ. perché ciò comporterebbe la surrogazione del Giudice alla decisione interna della società di trasformazione da un tipo all'altro e di determinazione del capitale (vedi in tal senso Cass. 13904/2012).

Si è invece ritenuto utilizzabile lo strumento dell'art. 2932 cod. civ. per le **società cooperative che abbiano come oggetto sociale la costruzione di alloggi da assegnare ai soci** in caso di rifiuto della società di prestarsi all'atto traslativo dell'immobile al socio assegnatario, purchè però si sia realizzata la fattispecie complessa e progressiva che prevede oltre all'assunzione da parte della società dell'obbligo di prestare il proprio consenso al trasferimento, anche l'effettuazione della prenotazione dell'alloggio, che accerta la realizzazione dei presupposti concreti per tale assegnazione, individuandone il bene ed il corrispettivo (vedi in tal senso Cass. n. 752/1997; Cass. n. 2934/1997), mentre sempre in tema di cooperative edilizie se non è intervenuto il negozio formale di prenotazione, il socio che si trovi di fronte alla violazione da parte degli organi societari dell'obbligo di procedere all'assegnazione dell'alloggio a chi ne abbia diritto al prezzo quantificato a norma di statuto, può solo promuovere le impugnazioni o le azioni di risarcimento previste dalla legge e non l'azione ex art. 2932 cod. civ. (Cass. n. 19080/2012).

Relativamente all'**obbligo del datore di lavoro di assumere il lavoratore invalido a lui avviato**, si ritiene insuscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ., in quanto la nascita del rapporto di lavoro richiede necessariamente l'intervento della volontà delle parti ai fini della concreta specificazione del suo contenuto e degli elementi essenziali, quali la retribuzione, le mansioni, la qualifica ed il periodo di prova (vedi Cass. n. 4953/1998).

Viceversa nel caso in cui sia riconosciuto il **diritto del lavoratore a tempo parziale alla trasformazione del rapporto in contratto a tempo pieno**, il corrispondente obbligo del datore di lavoro può trovare attuazione con lo strumento dell'art. 2932 cod. civ., posto che gli elementi del contratto da concludere risultano sufficientemente specificati sulla base del precedente assetto negoziale, modificato solo per quanto attiene alla quantità delle prestazioni pattuite ed alla loro distribuzione temporale (vedi Cass. n. 8568/2004; Cass. n. 5415/1998).

Ugualmente non si ritiene tutelabile ex art. 2932 cod. civ. il **preliminare atipico col quale le parti si impegnino a trasferire il possesso** senza trasferire contemporaneamente il diritto reale del quale il possesso costituisce l'esercizio,

trattandosi di un contratto preliminare nullo per impossibilità dell'oggetto ai sensi degli articoli 1418 e 1325 cod. civ. (vedi Cass. n. 7283/1996; Cass. n. 8528/1996).

In materia di **multiproprietà immobiliare**, caratterizzata dal diritto di godimento turnario di un medesimo bene da parte di una pluralità di soggetti, perché il contratto preliminare possa essere attuato ex art. 2932 cod. civ., occorre che sia in concreto individuata nella sua misura la quota di ciascun comproprietario, come effettiva entità della partecipazione al godimento dell'alloggio, o che siano indicati i criteri per la sua determinazione millesimale, e non basta l'indicazione del solo periodo di godimento, dovendo il preliminare contenere tutti gli elementi essenziali del futuro contratto definitivo e mancando altrimenti la determinabilità dell'oggetto ai sensi dell'art. 1346 cod. civ. (vedi Cass. n. 6352/2010).

Nel caso del **patto di opzione** (art. 1331 cod. civ.) in cui le parti convengono le condizioni (almeno quelle essenziali) di un successivo contratto, che può essere ad effetti obbligatori, o reali, e concordano che a fronte della proposta irrevocabile per un certo termine di una delle parti, l'altra abbia facoltà di accettarla, o meno entro quel termine, determinando in caso affermativo con la sua sola dichiarazione il perfezionamento del contratto, poiché al diritto potestativo del titolare del diritto di opzione corrisponde la soggezione del proponente, e non si ha quindi un obbligo di entrambe le parti di concludere il contratto del quale sono state stabilite le condizioni, non è utilizzabile lo strumento dell'art. 2932 cod. civ. (vedi Cass. n. 21.11.2011 n° 24445, che affermando tale principio ha negato il diritto del mediatore alla provvigione in presenza di un patto di opzione, che non consente alle parti la tutela ex art. 2932 cod. civ. in quanto l'opzionario è libero di scegliere se concludere o meno il contratto e solo il proponente è vincolato).

Un altro settore nel quale può essere utilizzato lo strumento di tutela dell'art. 2932 cod. civ. è quello degli **accordi tra coniugi per il successivo trasferimento di uno o più beni immobili recepiti nel decreto di separazione consensuale omologata, o nelle sentenze di divorzio congiunto** (vedi in tal senso Cass. n. 21736 del 23.9.2013; Cass. n. 12939 del 5.9.2003). Queste convenzioni sono assimilabili a contratti atipici con propri presupposti e finalità in genere destinati a soddisfare obblighi di mantenimento in favore dell'altro coniuge, o dei figli, e non sono in genere contratti di donazione aventi esclusivamente scopo di liberalità e la Suprema Corte li ha ritenuti meritevoli di tutela e non viziati da nullità per difetto della forma dell'atto pubblico con la presenza dei testimoni richiesta per le donazioni (vedi Cass. n. 21736 del 23.9.2013; Cass. n. 9034 del 12.9.1997; Cass. n. 2887 del 23.12.1988; Cass. n. 2887 dell'11.5.1984).

INDICAZIONI E DOCUMENTI NECESSARI PER I TRASFERIMENTI IMMOBILIARI E CONSEGUENTEMENTE PER LE SENTENZE EX ART. 2932 COD. CIV.

Si ritiene opportuno richiamare l'attenzione degli avvocati e dei Giudici che si occupano della materia della separazione e dei divorzi sulla necessità che in caso di trasferimento diretto della proprietà immobiliare nel verbale di separazione consensuale che acquista efficacia col decreto di omologazione del Tribunale previa verifica della conformità alla legge ed all'interesse dei figli minori, ove ve ne siano, e nelle condizioni di divorzio congiunto recepite in sentenza, siano presenti tutte le indicazioni ed i documenti che sarebbero necessari per operare il trasferimento della proprietà davanti ad un notaio (individuazione specifica dell'immobile con l'indicazione dei dati catastali, indicazione e produzione del titolo di provenienza della proprietà dell'alienante, visura ipocatastale attestante la mancanza di iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli nell'ultimo ventennio, concessione edilizia, o permesso di costruire, o licenza edilizia, o concessione in sanatoria, o dichiarazione sostitutiva della parte alienante che l'immobile è stato costruito prima dell'1.9.1967 e che non sono state successivamente apportate modifiche richiedenti concessione, o autorizzazione, attestazione di conformità dello stato dell'immobile alla planimetria catastale, attestato di prestazione energetica).

Ricordato che ai fini della pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ., che è destinata a tener luogo del contratto definitivo non concluso, sono richiesti quando si tratti di trasferimento di proprietà, o di altri diritti reali di godimento su beni immobili, queste stesse indicazioni e questi stessi documenti, e riservato ad apposito paragrafo l'argomento della regolarità urbanistica ed edilizia, occorre soffermarsi sulle modifiche normative intervenute relative all'**attestazione di conformità dello stato dell'immobile alla planimetria catastale** ed all'attestato di prestazione energetica.

Quanto al primo, all'art. 29 della L. 27.2.1985 n. 52 è stato aggiunto il comma 1 bis dalla L. 30.7.2010 n. 122 di conversione del D.L. 31.5.2010 n. 78 (legge entrata in vigore dal 31.7.2010), che ha stabilito che gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia, devono contenere per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale. La predetta dichiarazione può essere sostituita da un'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale. Prima della stipula dei predetti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari.

L'affidamento dell'attività di verifica suddetta al notaio ha indotto alcuni uffici giudiziari di primo grado ad escludere la possibilità del trasferimento diretto della proprietà immobiliare in sede di separazione consensuale (vedi Trib. Milano

21.5.2013, pubblicata su Il Caso.it il 12.6.2013, sez. Giurisprudenza 9099 ed in Diritto e Giustizia 13.6.2013), ma l'orientamento prevalente è nel senso opposto, in quanto la norma suddetta effettuando un riferimento semplificativo al notaio, quale tipico ufficiale rogante degli atti pubblici ed autenticante le scritture private, non ha certo inteso privare di funzione di attestazione di accordi traslativi altri soggetti, quali possono essere il segretario comunale, il cancelliere, o il Giudice.

Quanto all'**attestato di prestazione energetica (A.P.E.)** occorre brevemente ripercorrere l'evoluzione normativa e sanzionatoria verificatasi nel corso del tempo.

L'art. 6 del D. Lgs. n. 192 del 19.8.2005 comma 1 bis lett. c), modificato dal D. Lgs. 112/2008 ha introdotto l'obbligo per i venditori di immobili di consegnare ai compratori al momento del rogito l'attestato di certificazione energetica (ACE) dell'immobile venduto e l'art. 15 comma 8° del D. Lgs. 192/2005 prevedeva la nullità del contratto in caso di violazione dell'obbligo di consegna al momento del rogito, nullità relativa invocabile solo dall'acquirente e non rilevabile d'ufficio dal Giudice.

Poi l'art. 35 della L. 6.8.2008 n. 133 ha abrogato l'art. 15 commi 8° e 9° del D. Lgs. 192/2005, che sanzionava l'atto non accompagnato dalla consegna dell'ACE con la nullità relativa, per cui la mancanza di tale documento poteva assumere rilievo non più ai fini della validità del contratto, ma dell'eventuale richiesta di risoluzione contrattuale per inadempimento ai sensi degli articoli 1477, 1453 e 1455 cod. civ., ma l'ACE poteva essere consegnato anche dopo la conclusione del contratto di compravendita..

Poi è intervenuto il D. Lgs. 28/2011 in attuazione della direttiva 2009/28/CE, che ha modificato l'art. 6 del D. Lgs. 19.8.2005 n. 192, introducendovi il comma 2 ter e stabilendo che nei contratti di compravendita o di locazione di edifici, o di singole unità immobiliari è inserita apposita clausola con la quale l'acquirente, o il conduttore danno atto di aver ricevuto le informazioni e la documentazione in ordine alla certificazione energetica degli edifici ed anche gli annunci di offerta di trasferimento a titolo oneroso a partire dall'1.1.2012 riportano l'indice di prestazione energetica contenuto nell'attestato di certificazione energetica.

E' quindi intervenuto in attuazione della direttiva 2010/31/CE il D. L. n. 63/2013, convertito con modifiche nella L. 3.8.2013 n. 90 (in vigore dal 4.8.2013), che ha introdotto l'A.P.E., ossia l'attestato di prestazione energetica, documento che descrive le caratteristiche energetiche di un edificio, di un'abitazione, o di un appartamento con una scala che va dalla categoria con migliori caratteristiche contrassegnata con la lettera A fino alla lettera G.

Infine a seguito dell'entrata in vigore dal 24.12.2013 dell'art. 1 comma 8° del D.L. n. 145/2013 è venuto meno l'obbligo dell'allegazione dell'A.P.E. alle locazioni di singole unità immobiliari che era stato introdotto dall'1.7.2010, e per la compravendita la mancata allegazione (obbligatoria per l'acquisto dall'1.7.2009)

dell'A.P.E. non determina più la nullità sia pure relativa dell'atto che era prevista dall'art. 6 comma 3 bis del D. Lgs. n. 192/2005, ma solo l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

L'A.P.E. in definitiva rientra oggi fra i documenti che insieme ai titoli e documenti relativi alla proprietà il venditore deve consegnare all'acquirente ai sensi dell'art. 1477 comma 3° cod. civ., ma la sua mancanza non è causa di nullità del contratto di compravendita e non è quindi ostativa alla pronuncia di sentenza ex art. 2932 cod. civ., potendo le parti rinviare esplicitamente, o implicitamente ad un momento successivo la consegna dell'attestato (vedi in tal senso Cass. n. 12260/2012).

Per quanto concerne i contratti preliminari di vendita dei terreni, poiché in base all'art. 18 comma 2° della L. n. 47/1985 sono nulli gli atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione, o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni, quando ad essi non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti l'area interessata, è onere del promittente venditore produrre tale certificato e la sua mancanza è ostativa alla pronuncia di sentenza ex art. 2932 cod. civ. (vedi in tal senso Cass. n. 17436/2011).

NATURA DELLA SENTENZA E PROBLEMATICHE PROCESSUALI IN TEMA DI AZIONE EX ART. 2932 COD. CIV..

Un primo punto di rilievo da affrontare è quello della natura della sentenza ex art. 2932 cod. civ., che è una **natura costitutiva** (la qualificazione in questo senso, tuttora dominante, risale a Giuseppe Chiovenda ed è stata espressa nell'opera *Dell'azione nascente dal contratto preliminare* del 1930, pubblicata nei *Saggi di diritto processuale civile* del 1993, ma più recentemente la dottrina anche in ragione della collocazione codicistica dell'art. 2932 cod. civ. ha sottolineato la funzione esecutiva della tutela apprestata, vedi Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, ed il compito determinativo e non meramente costitutivo che il Giudice è chiamato a svolgere con una sempre maggiore elasticità rispetto al contenuto del contratto preliminare). La sentenza ex art. 2932 cod. civ, infatti, ha lo scopo di sostituire il contratto definitivo non concluso e determina la sopravvenienza all'obbligazione di conclusione del contratto, attraverso l'attuazione coattiva del credito, della regolamentazione di interessi che le parti hanno concordato nel contratto preliminare, o che risulta dall'atto unilaterale, o dall'atto, o fatto che per legge fa sorgere l'obbligo di conclusione del contratto, e pertanto, quando nel caso che più frequentemente si presenta, il contratto che le parti attraverso la conclusione del contratto preliminare si sono impegnate a stipulare, è quello di compravendita di un immobile, il trasferimento della proprietà dell'immobile si verifica tra le parti non con la pronuncia della sentenza di primo grado, ma col passaggio in giudicato della sentenza *ex nunc*, anche se poi ai fini della risoluzione del conflitto con iscrizioni e trascrizioni successive relative al medesimo immobile ed ai rapporti coi terzi aventi causa dallo stesso promittente venditore

acquista rilievo, ai sensi dell'art. 2652 n. 2) cod. civ., per il suo effetto prenotativo, la data della trascrizione presso la Conservatoria dei registri immobiliari (ora Agenzia del Territorio) della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto (vedi in tal senso Cass. 24.11.2014 n. 24960; Cass. n. 4907/2011; Cass. n. 8250 del 6.4.2009; Cass. n. 10564/2003; Cass. n. 2824/2003; Cass. n. 4819/2000; Cass. n. 3058/1985 e Cass. n. 19341/2011 che ha avuto modo di precisare che la trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. non vale comunque ad anticipare gli effetti della sentenza costitutiva nel rapporto tra le parti già al momento della proposizione della domanda giudiziale).

Se nell'ipotesi in cui il prezzo sia già stato integralmente pagato il trasferimento della proprietà dell'immobile ad opera della sentenza ex art. 2932 cod. civ. coincide, come sopra indicato, col passaggio in giudicato della sentenza stessa, nei casi in cui debba ancora essere versata una parte del prezzo, o debba essere adempiuta un'altra prestazione prevista nel preliminare, il trasferimento della proprietà può essere condizionato al saldo del prezzo, o all'adempimento dell'ulteriore prestazione da eseguire (ad esempio la cancellazione dell'ipoteca, o l'accollo del mutuo).

Si tratta di una condizione sospensiva imposta dal Giudice al verificarsi dell'effetto traslativo, ma sulla base del contenuto del contratto preliminare, che a rigore richiedendo l'esecuzione della prestazione di una delle parti non dovrebbe essere qualificata come condizione.

Sulle conseguenze del mancato avveramento della condizione sospensiva si registrano un orientamento giurisprudenziale prevalente della Suprema Corte (vedi Cass. 15.11.1994 n. 9638; Cass. n. 9.2.1993 n. 1588), avallato dalla dottrina (vedi Visalli, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre*, *L'esecuzione in forma* specifica 1995; Gazzoni, *Il contratto preliminare in Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, 2002) che ritiene che la sentenza-contratto sia una vera e propria **sentenza condizionale** e perda automaticamente efficacia in caso di mancata verificazione dell'evento condizionante entro il termine stabilito dal Giudice secondo lo schema dell'art. 1353 cod. civ., ed un orientamento giurisprudenziale alternativo minoritario (vedi Cass. n. 10827 del 6.8.2001) che ritiene che in caso di mancata verificazione del saldo del prezzo, o comunque dell'evento condizionante nel termine stabilito, non si verifichi automaticamente l'inefficacia della sentenza, ben potendo intervenire il saldo del prezzo, prestazione essenziale della compravendita, anche dopo la scadenza del termine fissato ed essere accettato, ed occorrendo comunque intraprendere un nuovo giudizio di risoluzione contrattuale ex art. 1453 cod. civ. per far valere l'inadempimento dell'obbligazione in quanto la sentenza ex art. 2932 cod. civ. è equiparabile ad un contratto definitivo (vedi in tal senso Cass. n. 26233/2005).

Il termine assolve la funzione di limitare nel tempo la situazione di incertezza e quando il Giudice non provveda a fissarlo, le parti possono richiedere in applicazione analogica dell'art. 1183 cod. civ. al Giudice la fissazione del termine, o anche agire direttamente per fare dichiarare l'inefficacia del contratto risultante dalla sentenza

ex art. 2932 cod. civ. per il mancato avveramento della condizione sospensiva, specie quando sia già decorso un lasso di tempo congruo (vedi in tal senso Cass. n. 2863 del 9.2.2006; Cass. n. 8493 del 26.8.1998; Cass. n. 11195 del 27.12.1994).

Se comunque nella sentenza ex art. 2932 cod. civ. il termine per l'effettuazione del pagamento del saldo del prezzo non è stato fissato, la sentenza è comunque valida ed il venditore ha diritto all'immediato pagamento del prezzo, per cui se l'inadempimento dell'acquirente si protrae per un tempo irragionevole, può proporre domanda di risoluzione del rapporto costituito con la sentenza (vedi in tal senso Cass. n. 1955/1994; Cass. n. 1588/1993), ma occorre ricordare che l'accertamento del verificarsi dell'evento condizionante può essere compiuto solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza ex art. 2932 cod. civ., per cui non si può nell'atto di appello lamentare il mancato pagamento del saldo del prezzo nel termine stabilito dalla sentenza di primo grado (vedi Cass. n. 9638/1994).

La scelta dei rimedi utilizzabili (accertamento dell'inefficacia per mancata verificazione dell'evento condizionante, o risoluzione contrattuale, nel primo caso con efficacia retroattiva e nel secondo con efficacia *ex nunc*) dovrebbe dipendere dal tipo di statuizione adottata nel dispositivo della sentenza, nel senso che se la sentenza ex art. 2932 cod. civ. non condiziona il trasferimento della proprietà si deve utilizzare in caso di mancato saldo del prezzo necessariamente il rimedio dell'azione di risoluzione contrattuale ex artt. 1453 e ss. cod. civ., nel caso in cui la sentenza ex art. 2932 cod. civ. condizioni l'effetto traslativo della proprietà al verificarsi entro un certo termine del pagamento del saldo deve invece privilegiarsi la tesi dell'automatica inefficacia per scadenza del termine senza che il saldo sia intervenuto, e nel caso in cui la sentenza condizioni al saldo del prezzo il trasferimento della proprietà, ma senza indicare un termine entro il quale il saldo deve intervenire, si dovrebbe chiedere la fissazione del termine per il saldo avvalendosi in caso di inutile scadenza di tale termine dell'inefficacia automatica della sentenza, oppure del rimedio della risoluzione contrattuale quando sia decorso un lasso temporale rilevante senza che il saldo del prezzo sia stato effettuato.

Molteplici sono le conseguenze che derivano dalla natura costitutiva della sentenza ex art. 2932 cod. civ., prima fra tutte il riconoscimento dell'esistenza di un **litisconsorzio necessario** di tutti i soggetti che hanno partecipato come parti alla conclusione del contratto preliminare, con conseguente necessità per il Giudice di verificarlo già per la prima udienza di trattazione e di ordinare l'integrazione del contraddittorio ex art. 102 c.p.c. nei confronti dei partecipanti al contratto preliminare che siano stati pretermessi. Tra questi soggetti non rientrano quelli che abbiano partecipato al preliminare solo per rinunciare a propri diritti sul bene comune, o per confermare che l'immobile non rientri nell'ambito della comunione legale tra coniugi, in quanto la sentenza richiesta non viene ad incidere sui loro patrimoni. Quanto al soggetto che abbia acquistato la proprietà del bene oggetto del contratto preliminare senza una cessione di questo, bensì a diverso titolo, secondo

un primo indirizzo tradizionale, dal momento che si tratta di un diritto personale, non si verifica la successione nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c. ed il terzo è privo di legittimazione passiva nel giudizio promosso per l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare (vedi in tal senso Cass. n. 1233/2012) e se interviene acquista la veste di interventore adesivo dipendente, per cui non può proporre eccezioni, o impugnazioni autonome (vedi in tal senso Cass. sez. un. n. 23299/2011), ma secondo un più recente orientamento della Suprema Corte (vedi Cass. n. 8316/2003; Cass. n. 12305/2012), dovendosi dare un'interpretazione dell'art. 111 c.p.c. costituzionalmente orientata in conformità al principio del giusto processo (art. 111 della Costituzione) e del diritto di difesa (art. 24 della Costituzione), va riconosciuta la successione nel processo ex art. 111 c.p.c. indipendentemente dalla natura reale, o personale dell'azione esercitata fra le parti originarie, dovendosi garantire all'acquirente del bene non cessionario del contratto preliminare stipulato dal suo dante causa che intenda intervenire nel processo, le stesse possibilità di difesa spettanti al suo dante causa, potendosi rivelare per lui pregiudizievole la soggezione all'efficacia riflessa della sentenza, e ciò sia nelle controversie ex art. 2932 cod. civ., sia nelle cause relative alla validità, od alla risoluzione del contratto preliminare.

Una seconda conseguenza della natura costitutiva della sentenza è che l'efficacia esecutiva provvisoria ai sensi dell'art. 282 c.p.c. è limitata ai capi della sentenza che sono compatibili con la produzione dell'effetto costitutivo in un momento successivo e quindi non si estende a quelli che si collocano in rapporto di stretta sinallagmaticità con i capi costitutivi relativi alla modificazione giuridica sostanziale e quindi ai capi relativi al trasferimento della proprietà dell'immobile, alla condanna al rilascio dello stesso ed al pagamento del prezzo (vedi in tal senso Cass. n. 28454 del 19.12.2013; Cass. sez. un. n. 4059/2010). Potranno ad esempio godere dell'esecutività provvisoria la pronuncia di condanna alle spese processuali del giudizio di primo grado ex art. 2932 cod. civ., o condanne relative all'obbligo di una delle parti di sobbarcarsi determinate spese che non rientrino nel prezzo della compravendita (ad esempio spese di accatastamento di un immobile, o condominiali), mentre ugualmente prive di esecutività immediata saranno le statuizioni di primo grado connesse all'esercizio di azioni di riduzione del prezzo dell'immobile promesso in vendita per vizi, o di rescissione per lesione *ultra dimidium*, o di risoluzione del contratto preliminare per grave inadempimento, che portano anch'esse alla pronuncia di sentenze costitutive.

Collegata alla natura costitutiva ed all'efficacia *ex nunc* della sentenza ex art. 2932 cod. civ. è poi la qualificazione costante da parte della giurisprudenza della Suprema Corte della prestazione del corrispettivo della cessione della proprietà (e più spesso del residuo prezzo dovuto), e della sua offerta, che secondo il contratto preliminare debbano avvenire al momento della stipulazione del contratto definitivo non concluso, come condizioni dell'azione che possono sopravvenire rispetto alla proposizione della domanda ex art. 2932 cod. civ., con la conseguenza che il Giudice

che pronuncia la sentenza ex art. 2932 cod. civ. deve condizionare il trasferimento effettivo della proprietà quando il prezzo non sia stato già integralmente pagato al versamento entro un certo termine dal passaggio in giudicato della sentenza del saldo (vedi in tal senso Cass. n. 21896 del 21.10.2011; Cass. n. 16881/2007; Cass. n. 1964/2000; Cass. n. 1839/1997; Cass. n. 10069/1996; Cass. n. 3926/1996) ed è stato ammesso anche il condizionamento dell'effetto traslativo al pagamento del saldo del prezzo mediante accollo del mutuo ipotecario gravante sull'immobile (vedi in tal senso Cass. n. 14768/2005).

In materia di litisconsorzio necessario è opportuno ricordare, per la frequenza della problematica nella pratica, le questioni che si pongono per la **comunione legale tra coniugi**. In caso di contratto preliminare di vendita stipulato dal promittente venditore senza il consenso del coniuge in comunione legale dei beni, quest'ultimo è litisconsorte necessario nel giudizio ex art. 2932 cod. civ., perché fino a che non intervenga il trasferimento della proprietà egli è ancora titolare di una situazione giuridica inscindibile e l'eventuale decisione senza la sua partecipazione sarebbe inidonea a spiegare i propri effetti traslativi della proprietà del bene in comunione legale per la natura plurisoggettiva e concettualmente unica ed inscindibile del rapporto (vedi Cass. sez. un. 24.8.2007 n. 17952). Nella comunione legale tra coniugi, gli stessi sono titolari in solido dei diritti sui beni della comunione legale e non possono validamente disporre della propria quota separatamente in quanto non esistono quote, a differenza di quanto accade nella comunione ordinaria; tuttavia se uno dei coniugi dispone dell'intero bene in comunione legale senza che l'altro coniuge abbia manifestato attraverso un negozio unilaterale autorizzatorio il proprio consenso alla vendita, necessario a rimuovere un limite all'esercizio del potere dispositivo sul bene, l'atto è solo annullabile entro un anno ex art. 184 commi 1° e 2° cod. civ. (vedi in tal senso Cass. n. 2202 del 30.1.2013; Cass. n. 12923 del 24.7.2012; Cass. n. 11.6.2010 n. 14093; Cass. n. 12849 del 21.5.2008). Si tratta non di una vendita *a non domino* inefficace, ma di un atto traslativo viziato (vedi in tal senso Cass. sez. un. n. 17952 del 24.8.2007) ed il coniuge che non abbia espresso il consenso potrà agire per l'annullamento entro un anno da quando abbia avuto conoscenza dell'atto, o comunque dalla sua trascrizione, o sollevare eccezione ex art. 1442 ult. comma cod. civ. nel giudizio ex art. 2932 cod. civ., tenendo conto del principio *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum* (vedi in tal senso Cass. n. 2202/2013; Cass. n. 16099 del 27.10.2003).

Non sussiste invece litisconsorzio necessario quando uno dei coniugi senza il consenso dell'altro in regime di comunione legale dei beni prometta di acquistare e non di vendere un bene immobile, ed agisca poi per ottenerne il trasferimento in proprietà ex art. 2932 cod. civ., in quanto in tale ipotesi il bene entra automaticamente a far parte della comunione legale, ma non esce da essa, ferma restando la possibilità del coniuge che non abbia prestato il suo consenso all'acquisto di agire per l'annullamento dell'atto in favore della comunione legale ex art. 184 cod. civ. entro un anno. La comunione legale, infatti, non riguarda i diritti di credito sorti

dal contratto concluso da uno dei coniugi, che per la loro natura relativa e personale, anche se strumentali all'acquisizione del bene immobile, non sono suscettibili di cadere in comunione, per cui se un coniuge conclude un contratto preliminare per l'acquisto di un immobile, l'altro coniuge non può vantare alcun diritto in base al contratto e non è legittimato a proporre la domanda di esecuzione specifica ex art. 2932 cod. civ. (vedi Cass. n. 1548/2008).

Diversa è la disciplina applicabile nel caso di preliminare di vendita di bene oggetto di **comunione ordinaria**, dovendosi presumere, in difetto di elementi desunti dal tenore del contratto che siano idonei a far ritenere che con esso siano state assunte dai comproprietari promittenti, distinte autonome obbligazioni aventi ad oggetto il trasferimento delle rispettive quote di comproprietà, che il bene sia stato considerato dalle parti come un *unicum* giuridico inscindibile, con la conseguenza che i promittenti venditori si pongono congiuntamente come un'unica parte contrattuale complessa e che dunque le singole manifestazioni di volontà provenienti da ciascuno di essi sono prive di specifica autonomia e destinate a fondersi in un'unica manifestazione negoziale, e qualora una di queste manifestazioni manchi, si determina una situazione che impedisce non solo la prestazione del consenso della parte negoziale complessa alla stipulazione del contratto definitivo, ma anche la pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ., restando escluso che il promissario acquirente possa agire per ottenere il trasferimento della proprietà dell'intero contro il singolo comproprietario, che abbia concluso il preliminare (vedi in tal senso Cass. 2.2.2015 n. 1866; Cass. n. 13743 del 17.6.2014; Cass. n. 6308 del 10.3.2008; Cass. n. 4747 del 13.5.1999; Cass. sez. un. n. 7481 dell'8.7.1993).

Sul piano processuale accade frequentemente che a fronte dell'esercizio dell'azione ex art. 2932 cod. civ. il convenuto eccepisca l'improcedibilità della domanda per il mancato esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5 comma 1 bis del D. Lgs. 4.3.2010 n. 28, come modificato dal D.L. 13.8.2011 n. 138 e poi dal D.L. 21.6.2013 n. 69, convertito nella L. 9.8.2013 n. 98, richiamando la disposizione che include fra le controversie soggette a mediazione obbligatoria quelle in materia di condominio, o di diritti reali. In realtà l'azione ex art. 2932 cod. civ. anche se in ipotesi di accoglimento e di passaggio in giudicato porta ad una statuizione giudiziale che sostituisce il contratto non spontaneamente concluso al quale le parti si erano obbligate, e quindi eventualmente, ove si tratti di un contratto di compravendita, anche al trasferimento del diritto di proprietà, o di altro diritto reale, talora su beni immobili ricompresi in un condominio, è comunque un'azione di adempimento di un'obbligazione, e non un'azione reale esercitabile *erga omnes* sulla base della titolarità di un diritto reale e non implica la soluzione di problemi di applicazione della disciplina codicistica del condominio, per cui non è soggetta a mediazione obbligatoria, ferma restando la facoltà del Giudice ai sensi del comma 2 dell'art. 5 del D. Lgs. 4.3.2010 n. 28 di disporre comunque l'esperimento del procedimento di mediazione.

Per l'azione ex art. 2932 cod. civ. non è invocabile neppure la negoziazione obbligatoria in base al D.L. n. 132/2014, convertito nella L. n. 162/2014, entrato in vigore dal 9.2.2015, riguardante il risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti E 50.000,00 non rientranti nella mediazione obbligatoria, posto che anche quando il saldo del prezzo rientri entro tale limite di importo la relativa domanda è funzionalmente connessa all'attuazione complessiva del contratto non concluso, e quindi di norma al trasferimento della proprietà sul bene venduto.

In punto di competenza territoriale accade spesso che venga ad essere eccepita l'incompetenza per territorio del Giudice davanti al quale sia esercitata l'azione ex art. 2932 cod. civ. in relazione all'art. 21 c.p.c. (*forum rei sitae*) ed al fatto che l'immobile promesso in vendita si trovi nel circondario di un altro Tribunale. Bisogna ricordare però che l'azione ex art. 2932 cod. civ. non è un'azione reale, ma personale, essendo basata sull'obbligazione contrattuale, o proveniente da un negozio unilaterale, o da altro atto, o fatto che per legge faccia sorgere l'obbligo del trasferimento del bene, e che quindi operano in concorso col foro generale delle persone fisiche, o delle persone giuridiche degli articoli 18 e 19 c.p.c., e con l'eventuale foro convenzionale non esclusivo individuato dalle parti ex art. 28 c.p.c., i criteri previsti dall'art. 20 c.p.c. del Giudice del luogo in cui è sorta, o deve essere eseguita l'obbligazione, per cui non rileva il luogo in cui si trova il bene da trasferire, ma quello in cui il contratto è stato concluso (vedi in tal senso Cass. n. 9636 del 25.9.1998), o in cui l'obbligazione deve essere eseguita, quest'ultimo da individuare nel domicilio del creditore alla scadenza per le obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro ex art. 1182 comma 3° cod. civ.. Dalla concorrenza dei fori sopra indicati, deriva che il convenuto, ai fini dell'ammissibilità dell'eccezione d'incompetenza territoriale nel giudizio contro di lui promosso ex art. 2932 cod. civ., ha l'onere di contestare specificamente tutti i fori concorrenti, restando altrimenti radicata la competenza in base al criterio di radicamento non contestato (vedi in tal senso Cass. n. 4337 del 27.6.1988).

Ancora sul piano processuale va ricordato che è consentito proporre in via principale la domanda ex art. 2932 cod. civ. ed in via subordinata per l'ipotesi di rigetto di tale domanda l'azione di risoluzione per inadempimento del contratto preliminare (vedi Cass. n. 5805/2012), ma le due domande non possono essere proposte cumulativamente in quanto tra loro contrastanti.

Può invece trovare applicazione all'azione ex art. 2932 cod. civ. l'art. 1453 comma 2° cod. civ., secondo il quale in deroga al divieto generale di mutamento della domanda nel corso del processo, è consentito trasformare in corso di giudizio di primo grado, ma anche in appello e perfino nel giudizio di rinvio, la domanda di adempimento del contratto preliminare in domanda di risoluzione del medesimo contratto per inadempimento e di restituzione del prezzo versato, quale domanda consequenziale, purché si resti nell'ambito dei fatti posti a base dell'inadempienza originariamente

dedotta senza introdurre un nuovo tema di indagine (vedi in tal senso Cass. n.10506/1996). Si è registrato in passato un contrasto di orientamenti della Suprema Corte circa l'utilizzabilità dell'art. 1453 comma 2° cod. civ. per passare da una domanda di adempimento ex art. 2932 cod. civ. ad una domanda di risarcimento dei danni consequenziali alle domande di adempimento, o di risoluzione, che hanno *petitum* e *causa petendi* diversi da quelli originari (vedi in senso favorevole Cass. n. 870 del 23.1.2012; Cass. n. 13953 del 16.9.2009; vedi in senso contrario Cass. n. 13003 del 27.5.2010; Cass. n. 10506 del 27.11.1996; Cass. n. 31.10.2008 n. 26325). Il contrasto è stato composto dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 8510 dell'11.4.2014, che ha affermato la possibilità per la parte che esercitando lo *ius variandi* sia passata in corso di giudizio da una domanda di adempimento ad una domanda di risoluzione del medesimo contratto, di richiedere oltre alla restituzione della prestazione eseguita anche il risarcimento dei danni derivanti dalla cessazione degli effetti del regolamento contrattuale.

Altra questione processuale di rilievo che si pone per l'azione ex art. 2932 cod. civ. è quella della qualificazione come *mutatio libelli* vietata, o come *emendatio libelli* consentita, della trasformazione dell'originaria domanda di adempimento ex art. 2932 cod. civ. di una scrittura privata, o di un atto pubblico qualificati come contratto preliminare di compravendita in domanda di accertamento del già avvenuto trasferimento della proprietà dell'immobile in base allo stesso atto. Nel primo senso è la giurisprudenza prevalente della Suprema Corte, che sottolinea come vi sia un cambiamento sia nel *petitum*, rappresentato dal trasferimento già avvenuto, anziché dal trasferimento *ex nunc* della proprietà, sia della *causa petendi*, individuata in un contratto ad efficacia reale e non più in un contratto ad efficacia obbligatoria, con conseguente passaggio dalla richiesta di una sentenza costitutiva a quella di una sentenza di mero accertamento (vedi in tal senso Cass. ord. n. 2096 30.1.2014; Cass. 17.5.2010 n. 12039; Cass. n. 1740 del 25.1.2008; Cass. n. 15541 del 7.12.2000; Cass. sez. un. n. 1731 del 5.3.1996 e sempre in tal senso nell'ipotesi inversa Cass. n. 2723 dell'8.2.2010; Cass. n. 13420 del 12.9.2003; Cass. 15859 del 12.11.2002). Nel secondo senso è un orientamento minoritario della Suprema Corte (Cass. ord. n. 20177 del 3.9.2013; Cass. n. 7373 del 30.5.2001; Cass. n. 14643 del 29.12.1999; Cass. n. 11840 del 6.11.1991), secondo il quale l'oggetto dell'accertamento resta quello dell'esistenza o meno nell'atto in esame di uno strumento giuridico idoneo al trasferimento della proprietà, rimanendo immutati il bene ed il contratto e cambiando solo la qualificazione giuridica, per cui si tratterebbe di una mera *emendatio libelli* mediante riqualificazione giuridica della fattispecie, e ciò anche per la necessità di applicare il principio della ragionevole durata del processo ed evitare che dopo anni di giudizi la soluzione della vicenda venga ulteriormente differita sulla base di tecnicismi difficilmente comprensibili da parte degli utenti del servizio giustizia e senza che sia configurabile un'esigenza effettiva di tutela del diritto di difesa della controparte. La composizione del

contrasto è stata rimessa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 2096 del 30.1.2014.

LA DETERMINABILITA' DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO PRELIMINARE DI VENDITA.

La possibilità che l'oggetto di un contratto preliminare sia determinato attraverso atti e fatti storici esterni al negozio ed anche successivi alla sua conclusione incontra dei limiti quando non si addivenga tra le parti alla conclusione consensuale del contratto definitivo su base negoziale, ma a fronte dell'inadempimento di una delle parti all'obbligo assunto di concludere il contratto definitivo si renda necessario per la parte non inadempiente ricorrere allo strumento dell'azione ex art. 2932 cod. civ.. In tale ipotesi diventa indispensabile l'esatta individuazione, o almeno la determinabilità ex art. 1346 cod. civ. del bene che si intende trasferire, secondo alcune pronunce con l'indicazione dei confini e dei dati catastali nel contratto preliminare stesso, in quanto l'individuazione del bene oggetto del trasferimento non può basarsi su dati attingibili da altra documentazione (vedi in tal senso Cass. n. 952/2014; Cass. n. 11874 del 7.8.2002), ma altre più benevole pronunce della Suprema Corte affermano che le indicazioni catastali ed i confini occorrono per la trascrizione e che per la vendita, e quindi anche per la sentenza ex art. 2932 cod. civ. basta l'indicazione nell'atto scritto degli elementi necessari per l'identificazione, ad esempio il richiamo al tipo mappale, o alle planimetrie catastali allegate, o al progetto presentato in Comune (vedi in tal senso Cass. n. 14524 del 14.8.2012; Cass. 20.3.2006 n. 6166; Cass. n. 9235 del 12.7.2000).

Si deve però ora tener conto che in base all'art. 29 comma 1 bis della L. n. 52/1985 come modificata dall'art. 19 comma 14° del D.L. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla L. 30.7.2010 n. 122, in vigore dal 31.7.2010, negli atti traslativi, costitutivi, modificativi di diritti reali immobiliari, o di scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti tra vivi l'identificazione catastale, il riferimento alla planimetria depositata in catasto e la dichiarazione di conformità dei dati catastali e delle planimetrie allo stato di fatto sono prescritti a pena di nullità, e tale requisito evidentemente vale anche per la sentenza ex art. 2932 cod. civ., che tiene luogo del contratto di vendita non concluso. In proposito si noti che la Corte di Cassazione ha ritenuto viziata da nullità una compravendita immobiliare non contenente la dichiarazione di conformità dello stato di fatto ai dati catastali, ma solo la dichiarazione di conformità della planimetria catastale allo stato di fatto, essendo stato imposto specificamente ai notai di individuare gli intestatari catastali e di verificarne la conformità con le risultanze dei registri immobiliari (vedi Cass. 11.4.2014 n. 8611).

Nel caso ad esempio di promessa di vendita di una porzione di terreno facente parte di un lotto più ampio con una certa edificabilità garantita, non può il promittente acquirente individuare unilateralmente l'ubicazione ed i confini della porzione richiedendo direttamente la sentenza ex art. 2932 cod. civ., e semmai ai sensi della disciplina sulle obbligazioni alternative (alle quali sono equiparate le obbligazioni di genere limitato) il promittente acquirente può chiedere di fissare un termine alla controparte per eseguire la scelta (vedi in tal senso Cass. n. 5757 del 23.3.2004; Cass. n. 5716 del 27.6.1987; Cass. n. 5225 del 29.7.1983; Cass. n. 367 del 18.1.1979; Cass. n. 5113 del 24.11.1977).

Così ad esempio è stata respinta la domanda ex art. 2932 cod. civ. avente ad oggetto un lotto di terreno del quale era stata indicata la superficie complessiva genericamente descritta come parte di un mappale, ma non la sagoma e l'esatta collocazione dell'area (vedi Cass. n. 952/2013; Cass n. 11874/2002).

IL REQUISITO DELLA POSSIBILITA' E DELLA NON ESCLUSIONE IN BASE AL TITOLO.

In presenza di un'obbligazione convenzionale, o legale dalla quale derivi l'impegno alla conclusione di un contratto definitivo, l'art. 2932 cod. civ. consente di ottenere l'adempimento coattivo ed il conseguimento di una sentenza che sostituisca il contratto non concluso quando ciò sia possibile e non escluso dal titolo.

L'**esclusione in base al titolo,** a parte il caso in cui le parti nel preliminare abbiano specificamente ed espressamente escluso la possibilità dell'esecuzione coattiva dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, si ha quando la pronuncia ex art. 2932 cod. civ. risulti inammissibile perché prima della sentenza sono intervenuti mutamenti tali da non rispecchiare la volontà espressa dalle parti nel contratto preliminare (ad esempio l'imposizione di un vincolo di inedificabilità per effetto dell'approvazione di un nuovo piano regolatore, ad un terreno che nel preliminare era promesso in vendita come terreno edificabile tenendo conto del prezzo relativo), giacché diversamente la sentenza attuerebbe un contratto non corrispondente a quello voluto dalle parti stesse (vedi in tal senso Cass. n. 1122/1986), quando non sia ancora decorso il termine previsto nel preliminare per la conclusione del contratto definitivo, o quando non si sia ancora verificata la condizione sospensiva prevista nel preliminare, o quando nel preliminare di vendita di cosa futura (ad esempio appartamenti da costruire) le parti abbiano espressamente subordinato la conclusione del contratto definitivo all'avvenuta edificazione degli immobili e questi non siano ancora stati costruiti (vedi Cass. n. 7252/2006), o quando la controparte secondo le previsioni del preliminare abbia ancora la facoltà di recedere ed eserciti tale facoltà (vedi in tal senso Cass. n. 8674/1990), o si avvalga correttamente di una clausola risolutiva espressa, essendo la risoluzione di diritto rilevabile d'ufficio (vedi

in tal senso Cass. n. 3880/1988), o quando l'individuazione specifica dell'oggetto del trasferimento, o del suo corrispettivo, affidata ad una delle parti, o ad un terzo, non sia ancora avvenuta.

Un'ipotesi che potremmo indicare come di confine tra quella dell'esclusione da parte del titolo e per impossibilità è quella esaminata dalla sentenza del 6.3.2015 n. 4628 delle sezioni unite della Corte di Cassazione, che contrastando l'orientamento prima prevalente della Suprema Corte (vedi Cass. n. 8038 del 2.4.2009; Cass. n. 19557 del 10.9.2009) che considerava sempre e comunque viziato da **nullità per mancanza di causa il contratto preliminare di preliminare** (e quindi impossibile la sentenza ex art. 2932 cod. civ. per nullità del contratto preliminare di preliminare), in quanto svolgente un'inutile funzione di reiterazione di un accordo già raggiunto in una proposta di acquisto immobiliare accettata che prevedesse la successiva conclusione prima di un contratto preliminare e poi di un contratto definitivo, ed in qualche modo mediando con l'orientamento minoritario che affermava invece la validità del preliminare di preliminare evidenziando come la scarna disciplina normativa del contratto preliminare (art. 1351 cod. civ.), limitandosi a richiedere per esso il rispetto della forma prescritta per il contratto definitivo, non restringa il campo dei possibili contratti definitivi al solo ambito dei contratti ad effetti reali, consentendo l'utilizzo del contratto preliminare anche rispetto a contratti ad effetti obbligatori, ha sostenuto la necessità di valutare la causa in concreto dell'accordo raggiunto presso un'agenzia immobiliare con l'accettazione della proposta, col quale le parti si sono obbligate alla successiva stipula del contratto preliminare, denominato come preliminare, e di valutare se gli interessi perseguiti dalle parti siano meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 comma 2° cod. civ. (norma prevista per i contratti atipici), ossia se sussista l'interesse delle parti ad una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali tra l'accordo preliminare (risultante dall'accettazione della proposta) ed il contratto preliminare e se sia individuabile nell'accordo preliminare una più ristretta area di regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale che contenga gli elementi essenziali del contratto. Nelle ipotesi in cui nel primo accordo preliminare si preveda una riproduzione pura e semplice del contenuto dell'accordo già raggiunto in forma di contratto preliminare, per cui la conclusione di quest'ultimo è solo funzionale alla trascrizione, l'accordo stesso sarà valido e semmai sarà nullo il contratto preliminare successivo non concluso per mancanza di causa e sarà possibile agire ex art. 2932 cod. civ., sempre che l'accordo preliminare contenga tutti gli elementi essenziali del contratto definitivo che si intende stipulare, giacché in difetto ci si troverà di fronte ad una mera puntuazione (accordo su alcuni punti della trattativa), il cui mancato rispetto può dar luogo ad una responsabilità risarcitoria precontrattuale per comportamento contrario a buona fede in fase di trattative. Nelle ipotesi in cui invece nel contratto preliminare debbano entrare elementi diversi ed aggiuntivi rispetto all'accordo preliminare prima che si possa addivenire alla conclusione del contratto definitivo (ad esempio perché deve verificarsi una condizione in ordine

all'edificabilità di un suolo, o perché le parti hanno inteso lasciare ad una di esse la facoltà di recedere fino alla firma del preliminare pagando una modesta penale, o perché si deve ancora procedere all'esatta identificazione del bene da trasferire mediante l'accatastamento), poiché nell'accordo preliminare non ci sono già tutti gli elementi essenziali del contratto definitivo, non si potrà agire ex art. 2932 cod. civ., e si potrà solo valutare se, data la diversità degli interessi soddisfatti dall'accordo preliminare rispetto al successivo contratto preliminare, e sempre che gli interessi cristallizzati nell'accordo preliminare siano già meritevoli di tutela e non costituiscano una mera puntuazione, sussista la legittimazione ad agire per l'adempimento coattivo dell'accordo preliminare, eventualmente anche ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., ma non per ottenere una sentenza che sostituisca direttamente il contratto di compravendita non ancora concluso, ma per sostituire con la sentenza un contratto ad effetti obbligatori non concluso quale è il contratto preliminare, verificando che siano sopravvenuti quegli elementi che secondo la regolamentazione concordata dalle parti dovevano essere presenti per la conclusione del preliminare.

Più complessa ed importante è l'individuazione delle **ipotesi in cui la pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ. non è possibile**, in quanto spesso è proprio l'esistenza di ostacoli di tipo giuridico dei quali il promittente acquirente non è a conoscenza ad indurre il promittente venditore a non concludere il contratto definitivo di compravendita, o ad impedire l'acquisizione da parte del primo tramite un mutuo bancario della provvista di denaro necessaria per pagare il saldo del prezzo, ed a determinare quindi la sua mancata presentazione davanti al notaio per la conclusione del rogito nonostante la convocazione da parte del promittente venditore, e sono proprio queste le fattispecie che più frequentemente vengono portate all'esame dei Tribunali attraverso l'esercizio dell'azione ex art. 2932 cod. civ..

Una prima ipotesi in cui la pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ. non è possibile è quella in cui il **bene** che deve essere trasferito prima della pronuncia della sentenza sia stato **perduto per colpa della parte inadempiente**, o sia stato **validamente alienato dal promittente venditore ad un soggetto terzo** (vedi in tal senso Cass. n. 42/1998; Cass. n. Cass. n. 4013/1995; Cass. n. 13282/1992; Cass. n. 5119/1991) e questo benché la **trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. ai sensi dell'art. 2652 n. 2 cod. civ.** non costituisca condizione per la pronuncia di sentenza costitutiva. Tale trascrizione ha un effetto prenotativo, che non anticipa gli effetti *ex nunc* della sentenza ex art. 2932 cod. civ., ma consente di risolvere il conflitto con i terzi aventi causa sempre dal promittente venditore facendo prevalere la sentenza ex art. 2932 cod. civ. rispetto alle trascrizioni, o iscrizioni sul bene conteso eseguite dopo la trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ., per cui se il promittente acquirente ha trascritto la domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. prima della trascrizione dell'acquisto del bene da parte del terzo, o prima dell'iscrizione ipotecaria, o del pignoramento da parte del

terzo, può comunque ottenere la sentenza (vedi in tal senso Cass. 24.11.2014 n. 24960; Cass. n. 4907/2011; Cass. n. 8250 del 6.4.2009; Cass. n. 10564/2003; Cass. n. 2824/2003; Cass. n. 4819/2000; Cass. n. 6506/1988; Cass. n. 3058/1985) ed il terzo subisce gli effetti della sentenza come avente causa del promittente venditore.

Di qui l'estrema importanza della trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. e della produzione ad opera delle parti in giudizio della nota di trascrizione, posto che in difetto di trascrizione, se il promittente venditore con comportamento contrario a buona fede vende in corso di giudizio l'immobile promesso ad un terzo e questi trascrive il suo acquisto, il promittente acquirente rischia di vedersi dichiarata inammissibile la domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. per impossibilità del trasferimento e mantiene solo il diritto al risarcimento dei danni subiti, che vanno parametrati alla differenza tra il prezzo al quale l'immobile è stato venduto al terzo ed il prezzo convenuto nel preliminare al momento della vendita al terzo e con la rivalutazione all'attualità (vedi in tal senso Cass. n. 7296/1993).

La nota di trascrizione inoltre deve essere prodotta anche per consentire al Giudice in caso di accoglimento della domanda ex art. 2932 cod. civ. di ordinare la trascrizione della sentenza ex art. 2643 n. 14) cod. civ. in relazione alla domanda giudiziale trascritta ex art. 2652 n. 2) cod. civ. ed in caso di rigetto di ordinare la cancellazione della trascrizione di tale domanda giudiziale ai sensi dell'art. 2668 comma 2° cod. civ..

E' opportuno inserire qui per completezza il riferimento alla possibilità ai sensi dell'**art. 2645 bis cod. civ.** (introdotto dall'art. 3 comma 1 del D.L. 31.12.1996 n. 669, convertito con modificazioni nella L. 28.2.1997 n. 30) della trascrizione nei registri immobiliari anche del contratto preliminare avente ad oggetto la conclusione di contratti traslativi della proprietà, o di contratti relativi alla costituzione, modificazione, o trasferimento di altri diritti reali su immobili, o di contratti costitutivi della comunione di tali diritti, anche se sottoposti a condizione ed anche se relativi ad edifici da costruire, o in corso di costruzione, risultanti da atti pubblici e da scritture private autenticate, o accertate giudizialmente, trascrizione che costituisce atto dovuto per il pubblico ufficiale rogante, o autenticante. La pubblicità che in questo modo si attua ha carattere solo provvisorio, in quanto perde i propri effetti se entro un anno dalla data convenuta per la conclusione del contratto definitivo e comunque entro tre anni dalla trascrizione del preliminare non viene eseguita la trascrizione del contratto definitivo, o di altro atto che costituisca esecuzione del preliminare, o della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. e se invece tali trascrizioni intervengono tempestivamente esse prevalgono sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

Una seconda ipotesi di impossibilità della sentenza ex art. 2932 cod. civ. è quella in cui il bene promesso in vendita appartenga a terzi ed il promittente venditore entro il termine previsto per la conclusione del contratto definitivo non abbia acquistato la

relativa proprietà, costituente condizione dell'azione ex art. 2932 cod. civ. che deve sussistere al momento della pronuncia della sentenza (vedi in tal senso Cass. n. 11572/2004; Cass. n. 51/1996). Nell'ipotesi del **preliminare di vendita di cosa altrui** il promittente venditore può adempiere procurandosi la proprietà dell'immobile, o il consenso al trasferimento del terzo proprietario, ma il promittente acquirente non può indirizzare una diffida ad adempiere al terzo proprietario, che non è parte del contratto preliminare, e solo il promittente venditore può agire contro il terzo proprietario che si sia obbligato a prestare il suo consenso al trasferimento (vedi in tal senso Cass. n. 18097/2014; Cass. n. 12004/2004).

Non si ritiene invece che dia luogo ad impossibilità della sentenza ex art. 2932 cod. civ. la circostanza che in presenza di un **contratto preliminare di vendita della nuda proprietà** di un immobile con riserva di usufrutto si verifichi dopo la pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ., durante il giudizio di appello, la morte del promittente venditore, in quanto allo stesso subentrano gli eredi, e si verifica l'automatica variante del trasferimento della piena proprietà anziché della nuda proprietà (vedi in tal senso Cass. n. 12155/1993).

Una terza ipotesi di impossibilità della sentenza ex art. 2932 cod. civ. è quella in cui il promittente venditore non abbia conservato al momento della trascrizione della domanda giudiziale la proprietà dell'immobile promesso, in quanto sottoposto ad **espropriazione immobiliare** ed uscito dal suo patrimonio attraverso il decreto di trasferimento, non bastando invece a produrre l'effetto impeditivo la mera ordinanza di aggiudicazione (vedi in tal senso Cass. n. 12633/1995).

Altre ipotesi di impossibilità della sentenza ex art. 2932 cod. civ. possono essere legate a quanto già esposto in punto di **indeterminabilità dell'oggetto**, o di **nullità per la mancanza di attestazione della conformità dello stato dei luoghi alle planimetrie catastali**, o di **mancata individuazione degli estremi catastali** nei contratti conclusi dopo il 31.7.2010, o per quanto concerne i contratti preliminari relativi ai terreni, alla **mancata allegazione del certificato di destinazione urbanistica** contenente le prescrizioni urbanistiche dell'area interessata come prescritto dall'art. 18 comma 2° della L. n. 47/1985 (vedi in tal senso Cass. n. 17436/2011), o per quanto riguarda i preliminari di vendita di immobili da costruire al mancato rilascio della fideiussione a garanzia della restituzione degli acconti sul prezzo versati nell'ipotesi in cui il promittente acquirente faccia valere la **nullità ai sensi dell'art. 2 del D. Lgs. n. 122/2005**, o nelle ipotesi di **mancata menzione nel contratto preliminare di immobile da costruire degli estremi del titolo che abilita a costruire, o della sua richiesta** (vedi sulla nullità in tale ipotesi del preliminare Cass. n. 5749 del 10.3.2011).

Si ritiene ormai sulla base dell'evoluzione normativa sopra ricordata che non sia ostativa alla pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ. la **mancata allegazione**

dell'attestato di certificazione energetica, che poteva essere consegnato anche dopo la conclusione della compravendita pur rientrando fra i documenti relativi alla proprietà ed all'uso della cosa venduta ex art. 1477 comma 3° cod. civ. (vedi Cass. n. 12660/2012), e la **mancanza dell'attestato di prestazione energetica (A.P.E.)**, il cui difetto non comporta più la nullità dell'atto di compravendita, ma l'applicazione di una mera sanzione amministrativa pecuniaria.

Per quanto concerne la presenza sull'immobile promesso in vendita di **vincoli** non menzionati (ad esempio vincoli culturali di cui alla L. n: 1089 del 1939, vincoli ambientali di cui alla L. n. 1497 del 1939, vincoli paesaggistici di cui alla legge Galasso n. 431 del 1985, idrogeologici di cui alla L. 18.5.1989 n. 183, vincoli dei parchi nazionali e regionali ricompresi fra quelli paesaggistici), occorre distinguere a seconda che si tratti di vincoli inseriti nelle previsioni del piano regolatore generale (ad esempio vincolo paesaggistico), che una volta approvato e pubblicato nelle forme di legge ha valore di prescrizione di ordine generale a contenuto normativo con efficacia *erga omnes*, assistita da una presunzione legale di conoscenza da parte di tutti i destinatari, e vincoli previsti da specifici provvedimenti amministrativi a carattere particolare, ai quali soli si applica la disciplina dell'art. 1489 cod. civ. sugli oneri non apparenti con conseguente possibilità per il compratore di richiedere la risoluzione del contratto, o la riduzione del prezzo (vedi in tal senso Cass. n. 2737 del 23.2.2012). Sul piano della pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ. i vincoli hanno assunto una diretta influenza negativa sulla commerciabilità dell'immobile che ne sia gravato e quindi sulla possibilità della pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ. solo con l'entrata in vigore del D.L. 24.1.1996 n. 30 e del D.L. 25.3.1996 n. 154, che hanno stabilito che ai fini della commerciabilità del bene abusivamente costruito, occorreva che nell'atto risultasse a pena di nullità il parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela dei vincoli per le opere di cui al terzo comma dell'art. 32 della L. 28.2.1985 n. 47 (vedi in tal senso Cass. n. 9278 del 24.4.2014), ma per i contratti preliminari conclusi prima del 24.1.1996 la rilevanza della presenza di un vincolo non dichiarato sull'immobile ai fini della pronuncia di sentenza ex art. 2932 cod. civ. era solo indiretta, determinando in assenza di una previsione specifica di nullità, solo la necessità di accertare se la mancanza del parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo fosse solo temporanea, o se tale parere non potesse essere ottenuto impedendo quindi la conseguibilità della concessione in sanatoria (vedi sul punto l'art. 32 della L. 47/1985 che per il rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria per opere eseguite su immobili sottoposti a vincolo richiede il parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo e stabilisce che sulla domanda di parere, decorsi 180 giorni, si formi il silenzio rifiuto – da non confondere col silenzio rigetto –perché indicativo solo del fatto che l'autorità preposta alla tutela del vincolo non ha provveduto, impugnabile dal richiedente), che deve comunque essere conseguibile al momento della pronuncia ex art. 2932 cod. civ. ed accompagnata dalla documentazione relativa alla domanda ed al versamento di tutte le rate dell'oblazione, ferma restando la possibilità che nel

giudizio ex art. 2932 cod. civ. promosso dal promittente venditore, il promissario acquirente invochi la risoluzione del contratto preliminare ed il risarcimento del danno nelle ipotesi in cui la mancanza del parere favorevole all'edificazione, o trasformazione edilizia del fabbricato da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, richiedendo la valutazione della gravità dell'inadempimento del promittente venditore che abbia taciuto la presenza di un vincolo del quale non si debba presumere la conoscenza. I decreti legge 24.1.1996 n. 30 e 25.3.1996 n. 154 non sono stati però convertiti in legge, e sono quindi decaduti, ed essendocisi resi conto che esigere ai fini del trasferimento della proprietà di un fabbricato in zona vincolata del parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo finiva per ostacolare il traffico commerciale, soprattutto nelle zone in cui vi era incertezza sull'esistenza del vincolo, o sull'individuazione dell'autorità competente, l'art. 2 comma 43° della L. n. 662 del 1996 consente ora con l'introduzione del nuovo testo dell'art. 32 comma 1° della L. 28.2.1985 n. 47, di stipulare gli atti di trasferimento con la semplice richiesta di parere al rilascio di concessione in sanatoria all'autorità preposta alla tutela del vincolo, naturalmente col rischio che a posteriori la concessione in sanatoria possa essere revocata. Quanto alla sopravvenienza dei vincoli rispetto all'abuso edilizio, in base all'art. 32 comma 3° della L. 47/1985, come modificato dall'art. 2 comma 44° della L. n. 662 del 1996 degli stessi si deve tenere conto da parte del Comune per il rilascio della concessione in sanatoria, mentre a tal fine non si deve tenere conto dei vincoli imposti con l'istituzione dei parchi nazionali e regionali.

Per quanto concerne la mancanza dell'**abitabilità**, o del certificato di **agibilità** (prova dell'oggettiva idoneità dell'immobile ad assolvere la funzione economico-sociale sua propria, posto che secondo l'art. 24 del D.P.R. n. 380/2001 attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati secondo la normativa vigente) dell'immobile promesso in vendita, la giurisprudenza è orientata nel senso di non ritenerla addirittura ostativa alla validità del trasferimento immobiliare, e quindi alla possibilità della pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ.. La mancanza di tali documenti è considerata come una mancanza di qualità promesse, o essenziali per l'uso, e la tutela del promittente acquirente viene in genere collocata sul piano della risoluzione per inadempimento contrattuale, o del risarcimento del danno, con riconoscimento della possibilità di richiedere ed ottenere la risoluzione del contratto per promessa di vendita di *aliud pro alio* quando l'abitabilità, o l'agibilità non possano essere in assoluto conseguite per inidoneità del bene (ad esempio correlata al diniego del nulla osta dell'autorità preposta alla tutela di un vincolo, o per altezza insufficiente dell'immobile), e di ottenere solo il risarcimento del danno, parametrato al costo degli interventi edilizi e delle pratiche burocratiche necessari al conseguimento quando non sussista un'inidoneità assoluta e l'abitabilità, o l'agibilità possano essere conseguite dall'acquirente (vedi in tal senso Cass. n. 17707 del 29.8.2011; Cass. n. 25040 del 27.11.2009).

Nel **contratto preliminare di vendita per persona da nominare**, perché il promissario acquirente possa ottenere in giudizio pronuncia di trasferimento direttamente a favore del terzo, occorre che la nomina di quest'ultimo sia fatta nella stessa domanda (vedi in tal senso Cass. n. 6612/2014; Cass. 12.4.1999 n. 3576; Cass. n. 1219 del 17.2.1983), per cui mancando tale nomina nella domanda la pronuncia di sentenza ex art. 2932 cod. civ. a favore del terzo risulta impossibile.

L'ipotesi di impossibilità della sentenza ex art. 2932 cod. civ. più importante e frequente nella pratica è però quella del difetto di regolarità urbanistica ed edilizia dell'immobile che deve essere trasferito, tematica che richiede una trattazione specifica, dovendosi distinguere i casi in cui vi sia un ostacolo assoluto al trasferimento mediante vendita della proprietà dell'immobile e quindi anche alla pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ., destinata a sostituire l'atto di compravendita, dai casi che invece non possono essere assimilati al **difetto assoluto di permesso di costruire, licenza edilizia, o concessione edilizia**, alla **totale difformità dal titolo abilitativo**, ed alle **varianti essenziali**, e che pur potendo legittimare la tutela del promittente acquirente attraverso l'azione di risoluzione contrattuale, talora per esservi stata promessa di vendita di *aliud pro alio*, o attraverso l'azione di risarcimento danni, o riduzione del prezzo correlata al costo della regolarizzazione dell'immobile, ed al deprezzamento dello stesso per la mancanza delle qualità promesse, o necessarie per l'uso, non risultano addirittura preclusivi della possibilità di ottenere il trasferimento della proprietà dell'immobile ex art. 2932 cod. civ..

LA REGOLARITA' URBANISTICA ED EDILIZIA DELL'IMMOBILE DA TRASFERIRE.

Va anzitutto precisato che in assenza della dichiarazione degli estremi della concessione edilizia, licenza edilizia, o permesso di costruire, o della concessione in sanatoria, o in alternativa per gli edifici abusivi realizzati prima del 17.3.1985 dell'allegazione della domanda di concessione in sanatoria con gli estremi del versamento a seconda del condono utilizzato delle prime due rate, o di tutte le rate della relativa oblazione, o per gli edifici realizzati prima dell'1.9.1967 della dichiarazione sostitutiva di atto notorio del proprietario, o di altro avente titolo attestante l'anteriorità rispetto a tale data dell'inizio dell'opera, il Giudice non può pronunciare sentenza ex art. 2932 cod. civ. in quanto l'art. 40 comma 2° della L. n. 47/1985 (e poi l'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001 per gli edifici iniziati dopo il 17.3.1985) richiede tali requisiti per la stipulazione degli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici, o loro parti (escluse le servitù ed i diritti reali di garanzia) ed indirettamente influisce anche sui presupposti necessari per pronunciare la sentenza ex art. 2932 cod. civ., che avendo funzione sostitutiva di un

atto negoziale dovuto non può realizzare un effetto che eluda le norme di legge che governano nella forma e nel contenuto l'autonomia negoziale delle parti (vedi in tal senso Cass. n. 8081/2015; Cass. n. 13225 del 22.5.2008; Cass. n. 9647 del 27.4.2006; Cass. n. 13024 del 9.12.1992). In un primo tempo la giurisprudenza della Suprema Corte si è attestata sulla qualificazione della suddetta nullità come mera nullità formale, considerando determinante il dato esteriore della dichiarazione contenuta nel contratto di compravendita ed attenendosi al tenore letterale del testo di legge, prescindendo quindi da un accertamento sull'effettiva abusività dell'immobile (vedi in tal senso Cass. n. 16876 del 5.7.2013; Cass. n. 26970 del 7.12.2005; Cass. n. 5068 del 5.4.2001), ritenuta influente solo sul piano dell'adempimento del venditore e non della validità contrattuale (vedi Cass. n. 20714 del 22.11.2012; Cass. n. 27129 del 19.12.2006; Cass. n. 5898 del 24.3.2004), ma più recentemente si è affermato trattarsi in realtà di una previsione di nullità formale per omessa dichiarazione dei titoli abilitativi che si aggiunge ad una nullità sostanziale, in quanto se la finalità del legislatore era quella di rendere incommerciabili gli immobili non in regola dal punto di vista urbanistico, consentire la vendita di immobili abusivi solo sulla base di dichiarazioni formali di conformità, e rimettere la lotta al fenomeno dell'abusivismo all'iniziativa delle parti ed alla loro richiesta di risoluzione contrattuale per inadempimento significherebbe frustrare completamente la finalità del legislatore, ed in quanto secondo l'art. 40 comma 3° della L.47/1985 (e secondo l'art. 46 comma 4° del D.P.R. n. 380/2001) se la mancanza delle dichiarazioni, o dei documenti rispettivamente da indicare, o da allegare al contratto traslativo non sia dipesa dall'insussistenza della licenza, o della concessione, o dall'inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui il contratto è stato stipulato, è possibile che anche una sola delle parti dia conferma della loro esistenza sottraendo così il contratto alla sanzione della nullità, e ciò dimostra che ciò che conta ai fini della validità dell'atto traslativo è che effettivamente sussista il titolo abilitativo (vedi Cass. n. 25811 del 5.12.2014; Cass. n. 28194/2013; Cass. n. 23591 del 17.10.2013). Va detto poi che alcune sentenze della Suprema Corte hanno ritenuto di dover riferire la nullità in questione anche al contratto preliminare di compravendita immobiliare perché avente ad oggetto la stipulazione di un definitivo nullo per contrarietà a norme imperative (vedi in tal senso Cass. n. 28194/2013; Cass. n. 23591/2013), ma le successive sentenze della Corte di Cassazione n. 28456 del 19.12.2013 e n. 8081 del 7.4.2014 (nello stesso senso vedi Cass. n. 5033 del 28.2.2013; Cass. n. 24756 del 25.9.2013; Cass. n. 2204/2013; Cass. n. 15734/2011; Cass. n. 19819/2011; Cass. n. 11391/2011; Cass. n. 13117/2010; Cass. sez. un. n. 23825/2009; Cass. n. 9849/2007; Cass. n. 14489/2005) hanno ribadito che la nullità sostanziale prescritta dalla normativa urbanistica si applica solo ai contratti ad effetti traslativi e non ai contratti aventi una mera funzione preparatoria, come appunto il contratto preliminare, ed in effetti sia l'art. 40 della L. n. 47/1985, sia l'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001, che contemplano la nullità per mancanza di titolo abilitativo, o totale difformità, si riferiscono espressamente agli "*atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di*

garanzia o di servitù, relativi ad edifici o loro parti, sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza, o della concessione ad edificare, o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'art. 31 ovvero se agli atti stessi non viene allegata la copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione di cui al sesto comma dell'articolo 35. Per le opere iniziate anteriormente al 1° settembre 1967, in luogo degli estremi della licenza edilizia può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, rilasciata dal proprietario o altro avente titolo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 4 della L. 4.1.1968 n. 15, attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 1° settembre 1967" e quindi poiché parlano di alienante, si riferiscono ai soli contratti ad effetti traslativi immediati, o differiti (quando si tratti di contratti di vendita di immobili da costruire rientranti nella categoria delle vendite ad effetti obbligatori, o di contratti di vendita di cosa altrui), ma non ai contratti preliminari di vendita, dai quali deriva solo l'obbligo della conclusione di un successivo contratto di compravendita, ma non un'alienazione immediata, o differita nel tempo dell'immobile scaturente direttamente dal contratto preliminare, che per produrre l'effetto traslativo abbisogna dell'intervento e del passaggio in giudicato della sentenza ex art. 2932 cod. civ. ed eventualmente del verificarsi della condizione costituita dal saldo del prezzo, o della diversa condizione alla quale sia ricollegato in sentenza il trasferimento della proprietà. L'ulteriore argomento utilizzato dalla sentenza n. 28456 del 19.12.2013 della Corte di Cassazione è che, facendo operare la sanzione della nullità per abusivismo già a livello di contratto preliminare, si vanifica la possibilità che successivamente al contratto preliminare possa intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi, o possa essere prodotta la dichiarazione di inizio dell'opera prima dell'1.9.1967 prevista dall'art. 40 della L. n. 47/1985, ove si tratti di immobili costruiti prima dell'1.9.1967, o si fornisca ad opera di una delle parti dopo il contratto preliminare l'attestazione della regolarità urbanistica dell'immobile, elementi questi che devono sussistere in quanto condizioni dell'azione al momento della pronuncia della sentenza, e che consentono così, ove l'abuso sia stato sanato, o sia accompagnato da una domanda di concessione in sanatoria accoglibile, di addivenire alla pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ. ed al trasferimento della proprietà dell'immobile quando ormai è effettivamente, o almeno potenzialmente in regola dal punto di vista urbanistico-edilizio.

Alla costruzione senza titolo edilizio abilitativo con conseguente impossibilità della pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ., sostitutiva del contratto di compravendita non concluso, vanno equiparate in quanto le sanzioni amministrative e penali previste dagli articoli 7 e 20 della L. n° 47/1985 (ora art. 31 e 44 del D.P.R. n. 380/2001) sono le stesse, l'ipotesi dell'edificazione in totale difformità rispetto al titolo abilitativo (art. 7 comma 1° della L. n. 47/1985, ora art. 31 del D.P.R. n. 380/2001), che si ha quando sia realizzato un organismo edilizio radicalmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche, o di utilizzazione da

quello oggetto del titolo abilitativo, o quando siano eseguiti volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio, o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabili, e l'ipotesi dell'edificazione con variazioni essenziali (art. 8 della L. n. 47/1985, ora art. 32 del D.P.R. n. 380/2001). Le variazioni essenziali sono individuate dalle singole regioni nell'ambito della loro autonomia, ma possono essere riconosciute solo quando si verifichi una, o più delle seguenti condizioni: a) mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli standards previsti dal D.M. 2.4.1968; b) aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio da valutare in relazione al progetto approvato; c) modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza; d) mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito; e) violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica non attinenti a fatti procedurali. Non possono essere qualificate come variazioni essenziali quelle che incidono sull'entità delle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle single unità abitative. Le variazioni essenziali sopra precisate su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico ed ambientale, nonché su immobili ricadenti su parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerate in totale difformità dal permesso e tutti gli altri interventi su questi immobili sono considerati variazioni essenziali. Si ha invece variazioni parziale del progetto ai sensi dell'art. 12 della L. n° 47/1985 (ora art. 34 del D.P.R. n. 380/2001) quando la modifica riguardi parti non essenziali del progetto (ad esempio una scala esterna, o una modifica di quota del tetto) e per questa ipotesi è prevista la demolizione delle opere realizzate in parziale difformità ad opera del responsabile dell'abuso entro il termine fissato nell'ordinanza di demolizione, o da parte del Comune ed a spese del responsabile dell'abuso, ed ove la demolizione non possa avvenire senza pregiudizio per la parte eseguita in conformità, viene applicata una sanzione pari al doppio del costo di produzione della parte realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale determinato dall'agenzia del territorio, per le opere ad uso non residenziale. Secondo il Consiglio di Stato (vedi sentenza n. 249 del 22.1.2003) si ha variante essenziale quando le modifiche al progetto assentito riguardino la sagoma, la superficie coperta, la struttura interna e la destinazione dell'edificio, mentre si ha variante parziale se vi è solo una parziale traslazione o rotazione dell'edificio rispetto all'ubicazione originaria prevista in progetto, ma naturalmente si deve tenere conto delle diverse normative regionali che individuano le variazioni essenziali.

Se pertanto le costruzioni sono realizzate in base a concessione edilizia, permesso di costruire, o licenza edilizia e con varianti non essenziali, così come non si verifica la nullità dell'atto di compravendita che abbia ad oggetto il trasferimento della proprietà della costruzione, non si ha ostacolo giuridico alla pronuncia di sentenza ex art. 2932 cod. civ. (vedi in tal senso Cass. n. 8081 del 7.4.2014; Cass. n. 31.1.2011 n. 2187; Cass. n. 20258 del 18.9.2009) e lo stesso vale per gli edifici costruiti prima

dell'1.9.1967 (prima dell'entrata in vigore della cosiddetta Legge Ponte), per i quali la menzione del titolo abilitativo è sostituita dalla dichiarazione di avvenuta edificazione in data anteriore all'1.9.1967 quando ancora non era normativamente richiesta la concessione edilizia, ove essi abbiano subito variazioni che non abbiano portato ad un aumento consistente della volumetria realizzata ed alla creazione di un organismo integralmente diverso, o autonomamente utilizzabile (vedi Cass. n. 8081 del 7.4.2014). Il limite alla pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ., sostitutiva del contratto definitivo dovuto, è stato ritenuto operante anche nei giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della L. n. 47 del 1985, trattandosi di *ius superveniens* applicabile agli effetti ancora in corso di rapporti sorti anteriormente (vedi in tal senso Cass. n. 59/2002; Cass. n. 44/1998; Cass. n. 1199/1997) e del resto nel caso di ristrutturazioni di immobili costruiti prima dell'1.9.1967 il D.P.R. n. 380/2001 prevede ugualmente la disciplina della denuncia di inizio attività e le sanzioni per l'inosservanza, così come per le variazioni apportate ad edifici costruiti dopo l'1.9.1967.

Individuate quindi le ipotesi di difetto di titolo abilitativo (licenza edilizia per i fabbricati costruiti tra l'1.9.1967 ed il 30.1.1977; concessione edilizia per i fabbricati costruiti dal 30.1.1977 al 30.6.2003; permesso di costruire per i fabbricati costruiti dopo il 30.6.2003), di totale difformità dal titolo abilitativo e di varianti essenziali, o di mancata dichiarazione della costruzione in data anteriore all'1.9.1967, come quelle che possono costituire ostacolo alla pronuncia della sentenza ex art. 2932 cod. civ., occorre ricordare che l'integrazione degli elementi mancanti, in caso di mancata collaborazione del promittente venditore, attraverso l'acquisizione della concessione in sanatoria, o attraverso la presentazione della domanda di concessione in sanatoria e della documentazione relativa al versamento delle prime due rate di oblazione, accompagnata però dalla verifica della certa acquisibilità della concessione in sanatoria, può venire anche dal promittente acquirente, e può essere acquisita anche tramite CTU, posto che la normativa vigente (l'art. 40 comma 3° della L. 47/1985 e l'art. 46 comma 4° del D.P.R. n. 380/2001) prevede espressamente la dichiarazione successiva al contratto di conferma della regolarità urbanistica proveniente da una delle parti.

In proposito la sentenza n. 23825/2009 delle sezioni unite della Corte di Cassazione ha riconosciuto che il promissario acquirente una volta esperita l'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo di compravendita, può dimostrare la regolarità edilizia del bene immobile oggetto del contratto preliminare a prescindere dalla volontà del promittente venditore, qualificando la documentazione sulla regolarità urbanistica dell'immobile come presupposto necessario per la validità del trasferimento e condizione dell'azione e non come condizione della domanda sulla base dei riferimenti normativi sopra indicati. Questa pronuncia esalta la funzione del contratto preliminare di controllo delle sopravvenienze e riequilibra la posizione delle parti del contratto preliminare, altrimenti troppo favorevole al promittente venditore ed alle sue inerzie, evitando di

attribuire alla sentenza ex art. 2932 cod. civ. una funzione meramente certificativa rispetto al contenuto del contratto preliminare, ed assicurando allo strumento in esame un ruolo ben più vitale nell'ottica della realizzazione degli effetti presi di mira dalle parti nel contratto preliminare.

IL REQUISITO DELL'OFFERTA DELLA PRESTAZIONE.

In base alla previsione dell'art. 2932 comma 2° cod. civ. il contraente che chiede l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, o la costituzione, o il trasferimento di un altro diritto, è tenuto all'adempimento della prestazione a suo carico (nella compravendita quella del pagamento del prezzo ove ad agire sia il promissario acquirente), od all'offerta della medesima, solo se questa sia liquida ed esigibile al momento della presentazione della domanda giudiziale. Quando essa per accordo delle parti non è ancora esigibile, o deve essere effettuata alla stipula del contratto definitivo, la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ. va comunque emessa ed il pagamento del prezzo residuo, o l'adempimento della controprestazione non ancora esigibile al momento della domanda giudiziale deve essere imposto solo come condizione per il verificarsi dell'effetto traslativo derivante dalla pronuncia (vedi in tal senso Cass. n. 14453/2011; Cass. n. 2154/1987; Cass. n. 5242/1983; Cass. n. 3854/1983; Cass. n. 3692/1983; Cass. n. 1940/1982). In questa ipotesi è sufficiente la semplice offerta informale della prestazione, che può essere fatta in modo serio e secondo buona fede anche nel corso del giudizio in qualsiasi forma idonea a manifestare la volontà di adempiere (vedi Cass. n. 2217/2013; Cass. n. 14378/2004), ed addirittura qualche sentenza ha ritenuto implicita l'offerta della prestazione nell'invito a presentarsi davanti al notaio e nella proposizione della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, in quanto la verificazione degli effetti traslativi della proprietà della sentenza ex art. 2932 cod. civ. deve essere necessariamente condizionata dal Giudice all'adempimento della controprestazione (vedi Cass. n. 477/2010; Cass. n. 16881/2007; Cass. n. 16822/2003).

L'offerta della prestazione corrispettiva da parte del contraente che abbia proposto la domanda ex art. 2932 cod. civ. costituisce una condizione dell'azione ed è quindi sufficiente che sussista al momento della decisione e può essere validamente fatta nel corso del giudizio di primo grado (vedi Cass. 17717/2011) ed anche nel giudizio di appello (vedi Cass. n. 7352/1996).

Se il pagamento di parte del prezzo deve avvenire secondo il contratto preliminare prima della vendita, il promittente acquirente deve effettuare il pagamento e fornire la relativa prova come fatto costitutivo della pretesa (vedi Cass. n. 7409/2012), o in alternativa l'offerta formale della prestazione ex artt. 1208 e 1209 cod. civ., in

quanto altrimenti rischia di vedersi opporre l'eccezione di inadempimento (vedi in tal senso Cass. n. 24739/2011; Cass. n. 1283/2011; Cass. n. 26226/2007).

Alcune sentenze della Suprema Corte hanno usato il meccanismo della condizione non solo in relazione al saldo del prezzo della compravendita, ma anche per agganciare il trasferimento della proprietà dell'immobile all'adempimento da parte del promittente venditore di obbligazioni di *facere*, come ad esempio quella di eseguire determinate opere edilizie previste nel preliminare di vendita di immobile da costruire (vedi in tal senso Cass. n. 10692/1994; Cass. n. 7711/1990, la quale ultima ha addirittura affermato la necessità di liquidare tali prestazioni nel medesimo giudizio ex art. 2932 cod. civ.), o in relazione all'accollo da parte del promissario acquirente del mutuo già gravante sul promittente venditore (vedi in tal senso Cass. n. 14768/2005; Cass. n. 8143/2004; Cass. n. 59/2002), o in ipotesi di ipoteca gravante sull'immobile promesso in vendita a seguito di iscrizione volontaria effettuata dal promittente venditore in violazione degli accordi di trasferimento del bene libero da pesi, o di iscrizione di ipoteca giudiziale da parte di terzi dopo il preliminare in relazione alla previa estinzione dell'iscrizione pregiudizievole da parte del promittente venditore per garantire il corretto funzionamento del sinallagma contrattuale (vedi in tal senso Cass. n. 3176/2011; Cass. n. 8143/2004; Cass. n. 2091/1999; Cass. n. 1134/1985).

LA SOPRAVVENIENZA DEL FALLIMENTO DI UNA DELLE PARTI DEL GIUDIZIO EX ART. 2932 COD. CIV..

A parte le consuete conseguenze di ordine processuale della dichiarazione di fallimento nel giudizio ex art. 2932 cod. civ., da individuare nella rilevabilità d'ufficio della causa interruttiva (alla quale è equiparato l'accertamento dello stato d'insolvenza della liquidazione coatta amministrativa), occorre ricordare che secondo l'orientamento giurisprudenziale più risalente nei confronti del curatore fallimentare non poteva essere pronunciata sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ. sia perché il fallimento immobilizzava il patrimonio dell'impresa fallita, sia perché il curatore doveva considerarsi terzo rispetto alle parti del contratto preliminare, e la domanda ex art. 2932 cod. civ. era ritenuta assimilabile alle azioni esecutive individuali che non possono essere iniziate o proseguite sui beni compresi all'interno del fallimento ex art. 51 L.F. (vedi in tal senso Cass. n. 9619 del 5.5.2014; Cass. n. 436 del 14.2.1966).

Più recentemente è stata esclusa l'assimilabilità dell'azione ex art. 2932 cod. civ., che è un'azione costitutiva, e non di condanna, alle azioni esecutive contemplate dall'art. 51 L.F., e si è ammessa la procedibilità della domanda ex art. 2932 cod. civ. nei confronti del fallimento del promittente venditore, ma si sono creati due contrapposti orientamenti.

Secondo l'orientamento più risalente e prevalente della giurisprudenza della Suprema Corte la sopravvenienza del fallimento consente al curatore fallimentare di ottenere una pronuncia di rigetto della domanda ex art. 2932 cod. civ. e di optare per lo scioglimento del contratto preliminare attraverso l'esercizio di un vero e proprio diritto potestativo contemplato dall'art. 72 della legge fallimentare, rispetto al quale la controparte si trova in stato di soggezione, anche in presenza della trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. e dell'avvenuto pagamento del prezzo (vedi in tal senso Cass. n. 1497 del 29.3.1989) e l'effetto prenotativo della trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. vale solo per le sentenze dichiarative e non per quelle costitutive in relazione alla facoltà di scelta del curatore fallimentare, che trovava il solo limite del giudicato (vedi Cass. n. 9619 del 5.5.2014; Cass. n. 28668/2013; Cass. 27854/2013; Cass. n. 27111/2013; Cass. n. 17405/2009; Cass. n. 33/2008; Cass. n. 4888/2007; Cass. n. 542/2006; Cass. n. 46/2006; Cass. n. 28479/2005; Cass. n. 20451/2005; Cass. n. 10436 del 18.5.2005; Cass. n. 7070 del 14.4.2004; Cass. n. 5287 del 22.4.2000, che distingue l'ipotesi del contratto preliminare di vendita da quella della scrittura privata contenente un atto definitivo di vendita, i cui effetti reali in caso di accertamento giudiziale dell'autenticità delle sottoscrizioni sono opponibili al fallimento dichiarato dopo la trascrizione della domanda).

Una contrapposta tesi, minoritaria, esclude l'esercitabilità del potere di scioglimento del curatore fallimentare ed afferma l'opponibilità alla massa dei creditori della domanda ex art. 2932 cod. civ. trascritta prima del fallimento (e lo stesso principio dovrebbe valere per il contratto preliminare trascritto prima del fallimento purché seguito nei termini dalla trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ.) in quanto in base all'art. 45 L.F. sono opponibili avverso la massa dei creditori le formalità rese pubbliche in data anteriore al fallimento, ed é stata affermata per la prima volta dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 12505 del 7.7.2004 ma in riferimento ad un'ipotesi di contratto preliminare di permuta in cui almeno parzialmente si era già verificato l'effetto traslativo e non si trattava di un mero contratto preliminare di vendita ad esclusivo effetto obbligatorio. Nello stesso senso si é pronunciata la sentenza n. 16160 dell'8.7.2010 della Corte di Cassazione, ma anche in quel caso si trattava di un'ipotesi particolare in cui la curatela fallimentare convenuta ex art. 2932 cod. civ. aveva dichiarato di volersi sciogliere ex art. 72 L.F., ma aveva precisato che l'immobile promesso era stato in precedenza venduto a terzi con atto pubblico. Nello stesso senso si sono poi espresse Cass. n. 28668 del 27.12.2013, Cass. n. 27093/2011 e Cass. n. 15218/2010.

Il contrasto fra i due orientamenti è stato rimesso alle sezioni unite della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 27111 del 4.12.2013, ma non è ancora noto l'esito della relativa decisione. La tesi dominante sembra più coerente con la natura costitutiva della sentenza ex art. 2932 cod. civ., che produce i propri effetti solo col passaggio in giudicato della sentenza, e col fatto che l'art. 72 della L.F. nel regolamentare il potere di scioglimento del curatore fallimentare non vi pone come limite quello della

trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. in data anteriore alla dichiarazione di fallimento (ipotesi che peraltro era stata formulata durante i lavori preparatori della riforma dell'art. 72 L.F. ma è stata abbandonata), ed assicura una maggior tutela al principio della *par condicio creditorum*, mentre la tesi minoritaria sembra voler privilegiare la certezza dei rapporti giuridici e la tutela dell'affidamento dei terzi che si siano basati sull'avvenuta trascrizione della domanda giudiziale ed in molti casi è nata da esigenze di giustizia sostanziale (ad esempio l'esigenza di tutelare promissari acquirenti che avessero già pagato per intero il prezzo e che abitassero negli immobili pur non essendone ancora proprietari) delle quali in parte si è fatto carico il legislatore con la riforma dell'art. 72 L.F. dapprima col D. Lgs. 9.1.2006 n° 5 e poi col D. Lgs. 12.9.2007 n° 169 e col D.L. 22.6.2012 n. 83, convertito nella L. 7.8.2012 n. 134. Oggi, infatti, il potere di scioglimento del curatore fallimentare è escluso per i contratti preliminari di vendita relativi agli immobili ad uso abitativo destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente, o dei suoi parenti o affini entro il terzo grado, e per agli immobili destinati a costituire la sede principale dell'attività dell'impresa acquirente.

Inoltre in base all'art. 72 bis L.F. i contratti preliminari di vendita di immobili da costruire, si sciolgono, se prima che il curatore fallimentare comunichi la scelta tra esecuzione e scioglimento del contratto preliminare, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone comunicazione al curatore, e la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore abbia comunicato di voler dare esecuzione al contratto.

L'esecuzione della facoltà di scioglimento da parte del curatore fallimentare non richiede formule sacramentali e può essere esercitata oltre che nell'atto di costituzione, anche nelle successive memorie e perfino in comparsa conclusionale, o in appello, e può essere manifestata anche in via stragiudiziale (vedi in tal senso Cass. n. 16860/2004; Cass. n. 239/1999; Cass. sez. un. n. 4358/1997).

La facoltà presuppone che il contratto non sia stato ancora eseguito, o comunque non sia stato compiutamente eseguito da entrambe le parti, ed in tale ipotesi, verificatosi il fallimento di una delle due parti, l'esecuzione contrattuale resta sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiari di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi, essendo comunque escluso lo scioglimento nei contratti ad effetti reali quando sia già avvenuto il trasferimento del diritto. Il contraente può mettere in mora il curatore fallimentare, facendogli assegnare dal Giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni per esercitare la scelta, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

Da ultimo si ricorda che nel giudizio ex art. 2932 cod. civ. è consentito al promittente acquirente di esercitare anche l'azione di riduzione del prezzo per vizi della cosa promessagli in vendita, e che nello stesso giudizio possono essere fatte valere l'azione di risoluzione contrattuale per grave inadempimento, l'azione di

rescissione per lesione *ultra dimidium*, l'eccezione di inadempimento, l'azione di adempimento rispetto ad obbligazioni accessorie contenute nel contratto preliminare, e le azioni di nullità e di annullamento.

Vendita di un bene con patto di riservato dominio in base all'art. 1523 c.c. (l'argomento dovrà essere ripreso nel LEASING)

Autore: De Filippis Marcello

La vendita con patto di riservato dominio, ai sensi dell'art. 1523 del codice civile, regola la vendita di qualcosa, mobile o immobile, ovvero l'acquisizione del diritto di proprietà condizionato al pagamento dell'intero prezzo pattuito precedentemente tra le parti. La particolarità di questa tipologia di contratto sta proprio nella possibilità di acquistare un bene mediante pagamento a rate con la possibilità di godere di esso da subito, assumendosi i rischi relativi ad eventuale danneggiamento o perimento del bene stesso, ottenendone però la proprietà effettiva solo con il pagamento dell'ultima rata e quindi con l'esatta corresponsione del prezzo stabilito (art. 1465 c.c.). Tale forma di contratto, come si desume dall'art. 1643 c.c. e dall'art. 2054 c.c., direttamente collegati al art. 1523 c.c., può venire sfruttata per ogni tipologia di vendita senza vincoli sulle categorie di beni di cui è possibile trasferire la proprietà. Il patto di riservato dominio è infatti applicabile a tutte le cose mobili, registrate e non, oltre che agli immobili (caso in cui si potrà avere trascrizione immediata) e a cose generiche eccezion fatta per beni consumabili o destinati a trasformazione (tessuti, legnami) o incorporazione in altri beni (come ad esempio gli infissi in un appartamento) a meno che trasformazione o incorporazione non vengano esplicitamente incluse nel patto che prevede un prodotto finito e che questi passaggi avvengano prima dell'adempimento del pagamento stabilito. In caso di mancato o gravemente ritardato pagamento il venditore ha il diritto di riprendersi il bene oggetto del contratto mediante risoluzione di quest'ultimo indipendentemente dalla cifra già pagata dal compratore. Ma, come indicato dall'espressione precedentemente usata (gravemente ritardato pagamento), il venditore non può pretendere in nessun caso la risoluzione se il pagamento delle rate è sempre stato regolare e se manca il pagamento di una sola rata, che comunque non deve superare l'ottava parte del prezzo, come enunciato dall'art. 1525 c.c. sull'inadempimento del compratore relativamente a questi contratti, articolo strettamente collegato ad un altro articolo che è il 1455 c.c. sull'importanza dell'inadempimento e di conseguenza collegato anche all'art. 1564 c.c.. Comunque in caso di inadempimento il venditore non deve necessariamente arrivare alla risoluzione del contratto, potrà infatti chiedere il pagamento delle rate mancanti o una azione esecutiva sui beni del compratore e anche sul bene oggetto del contratto, cosa che però esclude la risoluzione di questo poiché tale azione legale prevede una tacita rinuncia al bene in questione ovvero alla sua proprietà, poiché non avrebbe alcun senso (sarebbe un agire contro se stessi) e nemmeno valore esecutivo visto che ricadrebbe nella richiesta di restituzione già ricompresa nell'art. 1526 c.c.

relativo, appunto, alla risoluzione di tali tipologie contrattualistiche. In caso di restituzione del bene, quindi di risoluzione del contratto, il venditore è tenuto alla restituzione delle rate riscosse salvo diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa e a risarcimento del danno, secondo l'art. 1223 c.c.; risarcimento che va a ricomprendere anche il mancato guadagno che si sarebbe potuto realizzare grazie al bene oggetto del contratto e che, se non quantificabile, deve essere liquidato dal giudice con valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.. Nel caso in cui il giudice decida di lasciare al venditore le rate già ottenute a titolo di indennità, come penale secondo art. 1382 c.c., questa può essere ridotta, art. 1384 c.c., qualora venga ritenuta eccessiva rispetto alla prestazione originariamente dovuta da colui che agiva per acquistare il bene.

Ulteriore caratteristica di questo tipo di contratti è l'opponibilità della riserva di proprietà nei confronti dei terzi, ai sensi dell'art. 1524c.c.. Per poter esistere tale possibilità c'è però ovvio bisogno di un atto scritto avente data certa (art. 2704 c.c.) anteriore a quello che può essere il pignoramento del bene così come l'art. 11 comma 3 del Decreto Legislativo 9/10/2002 n. 231 di attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali va a confermare, relativamente all'opponibilità della riserva di proprietà nelle transazioni commerciali, configurandola come opponibile ai creditori del compratore se confermata nelle fatture ad essa relative aventi data certa anteriore al pignoramento regolarmente registrate nelle scritture contabili. Volendo trovare una affinità tra questo tipo di operazione e quelle forse più comuni di leasing possiamo senz'altro dire che tra le varie forme che contraddistinguono questa categoria quella fuor di dubbio più vicina è il leasing immobiliare poiché usato esclusivamente per l'acquisto di beni immobili di grande valore e non solo per un temporaneo uso di essi ricade chiaramente nella sfera dei contratti con riserva di proprietà. Volendo analizzare con maggiore attenzione quelle che sono le affinità tra i contratti stipulati ai sensi dell'art. 1523 c.c. e il leasing dobbiamo necessariamente andare ad analizzare quelli che sono i punti di contatto con questa fattispecie normativa, come sappiamo,

adottata dal sistema anglosassone che ha notevolmente preso piede anche qui da noi soprattutto grazie ai vantaggi fiscali che derivano dal suo utilizzo. Ovviamente con il termine leasing si vanno a definire una serie di figure negoziali basate sulla concessione in godimento di un bene dietro pagamento effettuato a scadenze predeterminate e periodiche di una data somma di denaro. In seguito, allo scadere del contratto, l'utilizzatore potrà decidere se acquistare la proprietà del bene pagandone il valore residuo rispetto alla totalità degli importi fino ad allora versati. Tra le varie forme di leasing quella che ci interessa è quella relativa ai beni immobili. Utilizzando un leasing di tale tipo praticamente colui che intende usufruire del bene immobile ottiene una sorta di finanziamento per l'acquisto di esso poiché vi è una chiara e lampante volontà di acquistare tale immobile con questa operazione, volontà che traspare anche dal fatto che il contratto di leasing in questo caso, non coincide

affatto con la vita del bene che al termine del leasing conserverà comunque un certo valore di mercato che potrebbe anche essere maggiore rispetto alla data di inizio dell'operazione. E' per questo che si è utilizzato il termine di leasing traslativo e viene applicata quella che è la disciplina della vendita con riservato dominio (come da art. 1523 c.c.).

Questo ovviamente ha trovato riscontro diretto nelle sentenze della Corte di Cassazione 6034/1997 e 6663/1997 ove si afferma che quando la durata di tali contratti non è rapportabile alla presunta durata di sfruttamento economico del bene ma sia sensibilmente più breve di essa e se si ritiene (come accennato precedentemente) che alla scadenza il bene immobile valga più di quello che è il prezzo di opzione, in tal caso i canoni che vengono pagati dall'utilizzatore del bene non corrisponderanno più ad un mero corrispettivo per tale utilizzazione ma devono contenere anche, necessariamente, parte del prezzo di acquisto del bene in questione. Ecco perché il leasing traslativo è, a tutti gli effetti, paragonabile alla vendita con riserva di proprietà in base all'articolo oggetto di questo breve approfondimento. Così come accade per i contratti di leasing tra società ed utilizzatore, anche qui esiste solo un vincolo in forza del quale l'utilizzatore non ha un diritto reale ma solo la detenzione del bene oggetto dell'operazione restando quindi legato a quelli che sono i vincoli relativi alla proprietà il venditore.

I nebulosi confini del divieto di patto commissorio

Giorgio Rispoli Avvocato e Professore a contratto nell'Università di Roma Tre

Sommario:1. L'ambito d'indagine. – 2. La natura della nullità riguardante le pattuizioni commissorie. – 3. L'evoluzione giurisprudenziale. – 4. Le diverse tesi riguardanti la ratio del divieto e le relative critiche. – 5. L'analisi ricostruttiva forse preferibile e le fattispecie non vietate in tale prospettiva.

1. L'ambito d'indagine.

Il pericolo insito in ogni divieto è quello di seguirlo tralatiziamente senza soffermarsi a riflettere sul suo contenuto ridefinendone i contorni. Rifuggendo dalle quiete lusinghe della prassi il presente contributo si propone di analizzare contenuto e portata dell'estensione ermeneutica del divieto di patto commissorio propugnata dall'elaborazione giurisprudenziale in essere alla luce della ratio di siffatto divieto . Ciò al fine di alimentare il vivace dibattito inerente i limiti operativi dell'istituto proponendo una lettura idonea a delineare i confini applicativi dello stesso in armonia con le attuali esigenze della realtà economica e del sistema civilistico . Ed infatti detto istituto risulta inscindibilmente connesso alla tematica delle garanzie, pertanto coessenziale all'accesso al credito in cui si declina l'economia reale dei processi produttivi. A tal proposito occorre rilevare come alla crescente estensione ermeneutica di matrice giurisprudenziale di tale divieto faccia da pendant una velata

preoccupazione da parte del legislatore che – anche in virtù degli apporti della normativa sovranazionale e comunitaria – mira a circoscriverne l'ambito applicativo. A tal proposito la direttiva 2002/47/CE (attuata nel nostro ordinamento in virtù del D.Lgs. 21 maggio 2004 n. 170), ha espressamente escluso l'applicabilità dell'art. 2744 c.c. ai contratti finanziari che prevedono il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ove volti a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie allorchè le parti contraenti rientrino nelle categorie tassativamente elencate (autorità pubbliche, banche centrali, enti finanziari soggetti a vigilanza prudenziale, controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione). In tale novero è pertanto compreso sia il contratto di pronti contro termine sia qualunque altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie allorchè le parti contraenti rientrino nelle predette categorie .

2. La natura della nullità riguardante le pattuizioni commissorie.

Nel silenzio della legge ci si chiede anzitutto se il negozio cui sia apposto un patto commissorio sia integralmente nullo ai sensi del art. 1419, comma primo, c.c. oppure se la nullità colpisca unicamente la pattuizione commissoria e non si trasmetta all'intero contratto ex art. 1419, secondo comma c.c., per cui la nullità di singole clausole di un contratto determina l'invalidità dell'intero negozio solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. Autorevole ma risalente dottrina propende per la prima opzione teorica, giurisprudenza più recente è invece orientata nel senso della nullità parziale, anche in ossequio al principio – immanente nel nostro ordinamento – della conservazione del contratto.

3. L'evoluzione giurisprudenziale.

Il divieto di patto commissorio, come in precedenza evidenziato, ha conosciuto nell'ultimo secolo una significativa estensione ermeneutica. A tal proposito il previgente codice civile del 1865 – in virtù di un'impostazione mutuata dal Code Civil francese – prevedeva siffatto divieto esclusivamente con riguardo al pegno (art. 1884 c.c.) e all'anticresi (art. 1894 c.c.). Di conseguenza il predetto divieto non riguardava il patto inerente a una garanzia immobiliare e si riferiva unicamente alla pattuizione commissoria cd. in continenti, ossia quella coeva alla costituzione della garanzia. Gli artt. 2744 e 1963 c.c. vigente in tema, rispettivamente, di cause di prelazione e di anticresi, stabiliscono invece la nullità dell'accordo con cui si conviene che – in ipotesi d'inadempimento – la titolarità del bene oggetto della garanzia si trasferisca automaticamente dal debitore al creditore. Il codice civile del 1942 ha pertanto espressamente esteso il divieto de quo al patto riguardante la garanzia immobiliare nonché al cd. patto stipulato ex intervallo, ovvero successivamente al sorgere della garanzia. Una prima estensione interpretativa della sfera di applicabilità di siffatte disposizioni ha portato alla sussunzione entro il paradigma normativo di tale divieto delle pattuizioni relative a cespiti soggetti a

privilegio legale o convenzionale nonché dell'accordo avente ad oggetto il trasferimento di diritti reali di godimento (superficie, enfiteusi, servitù, uso, usufrutto e abitazione). Tuttavia – stante l'espresso divieto normativo – l'ipotesi del patto commissorio cd. tipico ossia accessorio a una garanzia reale o a un contratto di anticresi è ben presto divenuta meramente scolastica. Nella prassi recente la pattuizione commissoria si presenta perciò il più delle volte come un'alienazione a scopo di garanzia. Sono queste pertanto le fattispecie più discusse in quanto risulta assai ardua l'individuazione degli esatti confini dell'istituto. In tema di patto commissorio autonomo (ossia non collegato a una contestuale o preesistente garanzia tipica) l'evoluzione giurisprudenziale si accompagna infatti a un vivace e mai sopito dibattito concernente i limiti oggettivi della fattispecie. L'impostazione tradizionale era a tal proposito imperniata sul criterio temporale e ciò che rilevava era l'immediatezza dell'effetto traslativo . Tale prospettazione riteneva pertanto che impingesse nel divieto di patto commissorio (e nella relativa nullità) soltanto la vendita condizionata sospensivamente all'inadempimento del debitore in quanto dissimulante un mutuo con patto commissorio. Al di fuori di tale circoscritta ipotesi l'alienazione in garanzia era invece qualificata come tendenzialmente lecita così come la vendita con patto di riscatto, il trasferimento del bene sottoposto alla condizione risolutiva dell'adempimento del debito, le vendite con patto di retrocessione o di retrovendita. Tale prospettazione mirava infatti ad evitare al debitore pressioni nella fase dell'adempimento e in quest'ottica il segmento caratterizzante del negozio vietato risiedeva nella coincidenza fra inadempimento e trasferimento della proprietà. Di conseguenza esulavano dal novero delle pattuizioni illecite i negozi in cui il trasferimento della proprietà si verificava in un momento anteriore o posteriore rispetto a quello dell'inadempimento. Nel 1989, però, due pronunciati gemellari delle Sezioni Unite – facendo propria l'impostazione seguita da un'isolata decisione del 1983 – hanno determinato un significativo mutamento di prospettiva aderendo al differente principio per cui il divieto di patto commissorio dovrebbe essere interpretato estensivamente avendo riguardo al reale assetto d'interessi sotteso all'operazione posta in essere dalle parti indipendentemente dallo schema negoziale impiegato. In particolare la Suprema Corte ha ricondotto la fattispecie entro il paradigma normativo del contratto fraudolento ex art. 1344 c.c. privilegiando il criterio funzionale della realizzazione di un effettivo scopo di garanzia e sancendo l'irrilevanza – ai fini dell'operatività del divieto – del momento in cui si produce il trasferimento della titolarità del bene in capo al creditore. Siffatto revirement giurisprudenziale e la contestuale interpretazione estensiva degli artt. 2744 e 1963 c.c. ha comportato perciò l'inclusione nell'area della difformità al divieto del patto commissorio di operazioni come il sale and lease back , il riporto , il mandato irrevocabile a vendere conferito dal creditore al debitore , la vendita con patto di riscatto , ove poste in essere in pendenza di un rapporto obbligatorio fra le parti. In particolare **il sale and lease back** si sostanzia nell'operazione con cui un'impresa commerciale o industriale vende un bene di sua proprietà a un imprenditore finanziario che ne paga il corrispettivo – diventandone proprietario – e

contestualmente lo cede in leasing alla stessa società alienante, che corrisponde periodicamente un canone per una durata temporale determinata, con facoltà di riacquistare la proprietà del bene venduto versando alla scadenza del contratto il prezzo stabilito per il riscatto. Qualora la parte alienante non eserciti detta facoltà ben potrebbe comunque optare per la continuazione del leasing a canoni ridotti. L'ulteriore evoluzione giurisprudenziale – pur nel solco delle predette decisioni delle Sezioni Unite – si è soffermata ancora sulla funzione concretamente assolta dal negozio traslativo . Ed infatti si afferma che la vendita con patto di riscatto o di retrovendita – anche qualora sia previsto il trasferimento effettivo del bene sarebbe nulla ove stipulata per una causa di garanzia piuttosto che per una causa di scambio . Ciò sul rilievo che nella fattispecie il versamento del denaro da parte dell'acquirente non costituirebbe il pagamento del prezzo ma l'esecuzione di un mutuo e il trasferimento del bene servirebbe solo per determinare l'insorgenza di una posizione di garanzia provvisoria idonea ad evolversi variamente a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute. Detta operazione – pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato ai sensi dell'art. 2744 c.c. – costituirebbe uno strumento idoneo a eludere siffatta norma imperativa, esprimendo pertanto una causa illecita ex art. 1344 c.c. Dall'applicazione dell'art. 1344 c.c. deriverebbe l'ammissibilità della prova testimoniale anche inter partes ai sensi dell'art. 1417 c.c. A proposito del sale and lease back occorre poi sottolineare come la funzione nomopoietica di un'accorta giurisprudenza pretoria – soprattutto di merito – ha determinato la genesi di distinzioni e classificazioni fra un lease back cd. normale nonché lecito e diverse varianti cd. anomale e illecite perchè in frode al disposto dell'art. 2744 c.c. In particolare questo processo ha condotto all'elaborazione di tutta una serie di indici da cui desumere l'anomalia dell'operazione. Tale impostazione è stata peraltro seguita anche dalla Cassazione . A giudizio della Suprema Corte, infatti, il divieto di patto commissorio dovrebbe ritenersi violato allorchè risulti che il lease back sia volto al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore in base a dati sintomatici e obiettivi quali la presenza di un rapporto debitorio preesistente o contestuale alla vendita, la sproporzione fra entità del prezzo e valore del bene alienato o le difficoltà economiche del venditore. La sopra menzionata linea ermeneutica ha perciò ampliato in maniera considerevole l'ambito applicativo del divieto di patto commissorio. In quest'ottica applicativa caleidoscopica parte della giurisprudenza ha ricondotto fra i negozi nulli ex art. 2744 c.c. anche le alienazioni poste in essere da terzi in favore del creditore al fine di garantire il debito altrui . Altre decisioni ritengono nullo il contratto di vendita stipulato fra il mutuatario e un soggetto diverso dal mutuante allo scopo di costituire garanzia dell'adempimento del primo nei confronti del creditore in virtù dell'elusione del disposto dell'art. 2744 c.c. che si verificherebbe in tal caso attraverso una pluralità di negozi collegati. **Sulla scia di tali apporti una corrente dottrinale e giurisprudenziale è altresì pervenuta ad asserire la nullità del patto commissorio cd. obbligatorio, in cui cioè il debitore non trasferisce un diritto al creditore ma si limita ad obbligarsi in tal senso (ad es.**

attraverso la stipula un contratto preliminare). Detta interpretazione estensiva del divieto in esame ne esclude l'applicazione soltanto in caso di datio in solutum concordata liberamente dai contraenti nonché eseguita in un momento successivo rispetto all'inadempimento del debitore e nell'ipotesi del cd. patto marciano . Quest'ultimo si sostanzia nell'accordo con cui si prevede che il venditore insoddisfatto diventi proprietario del bene in ipotesi d'inadempimento del debitore ma con l'obbligo di restituirgli l'eventuale differenza fra il valore del bene (generalmente determinato da un terzo arbitratore) e l'importo del credito. In virtù di questo principio si afferma la liceità tanto del pegno irregolare – espressamente disciplinato dall'art. 1851 c.c. in materia di anticipazione bancaria – quanto della cessione del credito a scopo di garanzia . Ciò anche alla luce del disposto dell'art. 2803 c.c. in base al quale il creditore pignoratizio può trattenere soltanto la somma sufficiente al soddisfacimento delle proprie ragioni restituendo però l'eventuale eccedenza. Una recente decisione ha inoltre escluso la violazione del patto commissorio in un'ipotesi di accordo di retrovendita intercorso fra debitore e creditore non subordinato però all'adempimento del debito. Nella fattispecie infatti il trasferimento di un immobile risulterebbe causalmente suffragato dall'esigenza di far ottenere al debitore una cospicua somma di denaro previa iscrizione di un'ipoteca – a garanzia della banca mutuante – sul bene alienato all'acquirente. Ciò con l'accordo fiduciario che l'acquirente creditore – dopo aver incassato una somma a copertura integrale del suo credito – avrebbe messo a disposizione il residuo mutuo e ritrasferito al debitore-venditore la proprietà dell'immobile nel breve periodo di quindici giorni dall'avvenuta vendita. Tale operazione avrebbe perciò consentito l'accesso al credito al debitore, altrimenti impossibilitato a causa dell'inserimento del suo nome nell'elenco delle persone protestate. Inoltre il ritrasferimento dell'immobile non sarebbe stato in nessun modo condizionato ad un preventivo obbligo di pagamento delle rate residue del mutuo ipotecario. A tal proposito le parti hanno espressamente pattuito la retrovendita in ogni caso entro quindici giorni dalla data della stipula dell'atto notarile.

4. Le diverse tesi riguardanti la ratio del divieto e le relative critiche.

La giurisprudenza più recente sanziona dunque il patto commissorio cd. autonomo attraverso il prisma dell'art. 1344 c.c. Siffatta norma stabilisce l'illiceità del negozio in frode alla legge, prescrivendo così la nullità di una pattuizione conforme alla lettera della legge ma contraria al suo spirito. Preliminare alla determinazione dell'ambito applicativo e dei relativi limiti del patto commissorio cd. autonomo sembrerebbe perciò l'individuazione dello spirito degli artt. 2744 e 1963 c.c. ossia la ratio di siffatto divieto . Secondo l'impostazione tradizionale questa risiederebbe nell'esigenza di evitare di esporre la parte contrattuale presumibilmente più debole (il debitore) ad eventuali approfittamenti da parte del creditore che – lucrando sulle difficoltà economiche del primo in ipotesi d'inadempimento – potrebbe conseguire la titolarità di beni di valore ben superiore rispetto all'importo del credito garantito . A tale ricostruzione si obietta però che anzitutto la "debolezza" del debitore e la

relativa lesione della sua sfera giuridica è soltanto potenziale, ben potendo questi essere in concreto molto più facoltoso, informato e avveduto del creditore. Inoltre la tutela di una parte nei confronti delle possibili prevaricazioni dell'altra è di norma attuata dal sistema civilistico attraverso meccanismi azionabili unicamente su istanza della parte lesa. Si pensi alla rescissione per lesione del contratto concluso in stato di bisogno ai sensi dell'art. 1448 c.c. oppure alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c. Si consideri peraltro la ben più recente disciplina delle cd. "clausole vessatorie" di cui agli artt. 33 ss. del D. Lgs. n. 206/2005 (cd. Codice del Consumo) imperniata sul sistema della cd. nullità relativa per cui spetta solo alla parte contrattuale ritenuta più debole optare o meno per la caducazione dell'assetto d'interessi potenzialmente lesivo della propria sfera giuridica . Ciò a differenza di quanto previsto dall'art. 2744 c.c. in cui la nullità della pattuizione è indisponibile, assoluta e rilevabile d'ufficio dal giudice. Tale norma parrebbe pertanto posta a tutela di un interesse superindividuale. A tal proposito autorevole dottrina rinviene la ratio del divieto di patto commissorio nella tutela della par condicio creditorum. In quest'ottica il predetto divieto sarebbe precipuamente posto a tutela degli eventuali ulteriori creditori, che correrebbero il rischio della sottrazione di un cespite alla garanzia comune dei loro crediti. Siffatta analisi ricostruttiva è stata non senza mordente criticata da chi sottolinea come anche in tal caso la lesione del ceto creditorio sarebbe meramente potenziale. Altra visione sostiene poi che alla base del predetto divieto vi sarebbe l'incompatibilità fra la causa di vendita e quella di garanzia e, pertanto, l'inammissibilità di un negozio a effetti traslativi atipici. Ma per tale via si giungerebbe a ritenere nullo anche il patto marciano di cui – come in precedenza evidenziato – dottrina e giurisprudenza costante e consolidata sostengono la validità. Ulteriore prospettazione asserisce invece che il fondamento del divieto in esame riposerebbe sull'esigenza d'impedire la realizzazione di una forma di autotutela privata che sarebbe contraria al principio di ordine pubblico perché idonea a erodere il monopolio statuale sull'attività esecutiva . Si è però a contrario rilevato che l'ordinamento ammette forme di autotutela consensuale diverse dall'esecuzione forzata quale ad esempio la cessione dei beni ai creditori prevista dagli artt. 1977 ss. c.c. oppure il sequestro convenzionale disciplinato dagli artt. 1798 ss. c.c. Inoltre ove si accogliesse la tesi dell'inderogabilità delle procedure esecutive si escluderebbero dall'ambito di operatività del divieto de quo gli accordi svincolati dalla costituzione di garanzie reali atipiche come i patti commissori cd. autonomi . Un'impostazione recentemente riproposta con una certa frequenza individua altresì il fondamento del divieto de quo nel generale perturbamento della disciplina dei rapporti obbligatori che deriverebbe da un'applicazione costante e tralatizia del patto commissorio. Secondo tale visione, infatti, il patto commissorio diventerebbe – ove fosse lecito – una mera clausola di stile che si sostanzierebbe in uno strumento generalizzato di abuso ai danni del debitore foriero di un marcato danno sociale. Siffatta impostazione – seppur autorevolmente sostenuta e pregevolmente argomentata – parrebbe tuttavia posare sul poco condivisibile presupposto per cui il patto commissorio configurerebbe

sempre e comunque un danno sociale, circostanza che sembrerebbe invece meramente potenziale . Nè parrebbe condivisibile l'idea per cui la ratio del divieto sia quella di preservare le garanzie tipiche dal rischio che una generalizzata applicazione del patto commissorio depauperi la loro funzione sociale . Tale funzione potrebbe peraltro riguardare soltanto il patto commissorio connesso ad una garanzia reale tipica e non già quello autonomo.

Ulteriori orientamenti ritengono di individuare invece il fondamento del divieto del patto commissorio nel concorso di tre fattori: 1) la sproporzione fra il valore dei beni oggetto della garanzia e il credito garantito; 2) la circostanza che il trasferimento in garanzia induce il debitore a confidare in una possibilità di recupero del bene; 3) la posizione debitoria dell'alienante nei confronti dell'acquirente. In particolare si impernia sulla sproporzione fra il valore del bene oggetto della garanzia e l'ammontare del credito garantito quell'analisi ricostruttiva che ritiene d'individuare la ratio della sanzione di nullità del divieto in esame – e a contrario la validità della vendita con patto di riscatto – nella sovrapposizione fra tale rischio e quello del perimento del bene, che nel trasferimento commissorio graverebbe in ogni caso in capo al debitore alienante. Ciò diversamente da quanto avviene nella fisiologica ipotesi di vendita con patto di riscatto, ove il rischio dell'intuitus rei cede a carico del creditore . A siffatta asserzione si potrebbe però obiettare che basterebbe stipulare un'espressa clausola con cui le parti della convenzione commissoria traslano i rischi del perimento dell'oggetto della garanzia sul creditore-acquirente al fine di eludere il divieto . È inoltre opportuno menzionare la ricostruzione che configura il patto commissorio alla stregua di una convenzione transattiva vietata in virtù di un asserito contrasto con un presunto principio tratto dall'art. 1382 c.c. in tema di clausola penale. In quest'ottica il patto commissorio costituirebbe una predeterminazione del danno da inadempimento esorbitante rispetto agli angusti confini entro cui l'ordinamento permetterebbe tale precostituzione pattizia (efficacia meramente obbligatoria e possibilità per il debitore di chiedere giudizialmente la reductio ad aequitatem). Tuttavia – anche a voler tacere delle differenze funzionali fra clausola penale e patto commissorio – tale prospettiva sottolinea come l'illiceità del patto commissorio risiederebbe nella sua efficacia reale così ammettendo – diversamente da quanto sostenuto dalla giurisprudenza – la liceità del patto commissorio meramente obbligatorio .

5. L'analisi ricostruttiva forse preferibile e le fattispecie non vietate in tale prospettiva.

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale non è dunque attualmente pervenuta a una visione unanimemente condivisa e condivisibile in relazione alla ratio sottesa al divieto del patto commissorio. La frammentarietà del caleidoscopio di opinioni espresse sul punto è tale che un insigne giurista ha definito le conclusioni della dottrina in materia "se non sconfortanti, assai poco rassicuranti". L'incertezza

relativa al fondamento del divieto del patto commissorio si riverbera poi inevitabilmente sulla prassi applicativa tracciando una fattispecie dai mobili contorni. **Alla luce di quanto prospettato l'analisi ricostruttiva forse più condivisibile dal punto di vista letterale e sistematico sembrerebbe essere quella che identifica la ratio del divieto di patto commissorio nell'esigenza di tutela della par condicio creditorum.** Anzitutto parrebbe muovere in tal senso la collocazione dell'art. 2744 c.c. entro il capo primo del titolo III del libro sesto del codice, recante le disposizioni generali "Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale". La critica che si muove a questa tesi – come in precedenza evidenziato – risiede nell'argomento che la lesione della par condicio sarebbe soltanto potenziale. Occorre tuttavia rilevare che il sistema civilistico già conosce ipotesi in cui si sanziona con la nullità operazioni solo potenzialmente contrarie a determinati interessi superindividuali. Si pensi ad esempio ai divieti speciali di comprare previsti dall'art. 1471, numeri 1) e 2), c.c. Ciò in quanto in ipotesi di patto commissorio tipico perché accessorio a una garanzia reale oppure a un contratto d'anticresi la valutazione delle potenzialità lesive della par condicio creditorum sarebbe effettuata preventivamente dal legislatore ricorrendo al meccanismo della presunzione legale cd. assoluta.

In ipotesi di patto commissorio autonomo, invece, la valutazione dell'eventuale lesione della predetta par condicio spetterebbe all'interprete. Nel silenzio della legge e in ossequio al generale principio di conservazione del negozio parrebbe adeguato imperniare tale valutazione sull'effettività di siffatta lesione. **Sembrerebbe allora opportuno – in ipotesi d'interpretazione estensiva del divieto di patto commissorio e dunque al di fuori dei casi previsti dalla legge – inserire alla tesi che ravvisa il fondamento di siffatto divieto nell'esigenza di tutela della par condicio creditorum il correttivo dell'effettività della lesione della stessa**. Il disposto dell'art. 2744 c.c., qualora si acceda ad una lettura sostanziale dello stesso nei casi non previsti dalla legge, dovrebbe pertanto ritenersi violato solo allorchè l'operazione posta in essere sia idonea a determinare un reale pregiudizio alle ragioni degli ulteriori creditori. In quest'ottica – in tema di limiti applicativi del patto commissorio autonomo – non ogni trasferimento di un bene in funzione di garanzia sarebbe sanzionabile con la nullità, ma soltanto quello che rechi un effettivo pregiudizio alle ragioni del restante ceto creditorio. A tal proposito l'indicatore della liceità o meno del patto andrebbe ravvisato non già nel criterio temporale rispetto all'adempimento né nella causa – di scambio oppure di garanzia – del negozio, né tantomeno nella sproporzione fra il valore del bene oggetto della garanzia e il credito garantito ma piuttosto nella capienza del patrimonio residuo del debitore. Ove infatti questo sia abbastanza capiente da consentire la soddisfazione degli altri creditori, privilegiati e non, la par condicio creditorum sarebbe pienamente rispettata con contestuale liceità anche del trasferimento in funzione di garanzia. In tal modo l'estensione ermeneutica della norma in esame risulterebbe pienamente conforme al suo spirito. Ciò in completa armonia con l'architettura dell'istituto che –

prevedendo una sanzione radicale quale la nullità assoluta – sembrerebbe posta a presidio di un interesse superindividuale come la parità del ceto creditorio e non già delle ragioni del singolo debitore. Del resto la tutela delle esigenze del debitore nei confronti di eventuali operazioni di approfittamento da parte del creditore è adeguatamente assicurata dai ben più mirati strumenti della rescissione per lesione del contratto concluso in stato di bisogno e dalla disciplina penalistica inerente al reato di usura ex art 644 c.p.

Né varrebbe a contrario osservare che lo strumento specifico previsto dall'ordinamento per la tutela della par condicio creditorum sarebbe l'azione revocatoria in quanto l'ambito applicativo di siffatta azione non è perfettamente congruente con quello dell'art. 2744 c.c. Ed infatti tale strumento richiede – per la sua esperibilità – un requisito ulteriore rispetto al divieto di patto commissorio ossia per lo meno la consapevolezza – in capo al debitore – di ledere le altrui ragioni creditorie attraverso l'atto che si pone in essere.

Questo perché l'art. 2901 c.c. prescrive che sia sanzionabile con l'inefficacia inter partes un atto dispositivo lesivo della posizione giuridica del restante ceto creditorio purchè il debitore sia conscio del pregiudizio che l'atto ha recato alle ragioni del creditore o – in ipotesi di atto anteriore al sorgere del credito – questo fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicare il soddisfacimento del credito. In ipotesi di atto a titolo oneroso è inoltre necessaria la medesima consapevolezza o dolosa preordinazione (a seconda che l'atto sia posteriore o anteriore al sorgere del credito) in capo al terzo che sia stato parte dell'atto lesivo. Pertanto si evince come il divieto di patto commissorio possa offrire una tutela più completa della par condicio creditorum rispetto all'azione revocatoria in quanto da un lato è applicabile anche alle lesioni inconsapevoli della stessa (oppure a quelle in cui siffatta consapevolezza non possa essere provata) dall'altro sanziona l'atto lesivo con la nullità e non già con la mera inefficacia inter partes prevista per l'azione revocatoria. Di conseguenza possono profittare dei suoi effetti anche creditori diversi dall'istante. Nel caso di patto commissorio cd. tipico, invece, la lesione della par condicio sussisterebbe in re ipsa, in quanto fondata su una presunzione legale a carattere assoluto connessa a quell'esigenza di certezza propria delle garanzie tipiche. Un'interpretazione in questi termini del divieto di patto commissorio cd. autonomo avrebbe peraltro il pregio di costituire un argine al menzionato ampliamento ipertrofico dell'ambito applicativo del predetto divieto di matrice giurisprudenziale attualmente in essere tale da preoccupare anche il legislatore comunitario. Siffatta soluzione parrebbe così realizzare un ponderato contemperamento delle distinte esigenze: da un lato quella avvertita dagli operatori del mercato di ricorrere a forme di garanzia duttili e atipiche da modulare in relazione alla rapidità dei processi economici. Dall'altro quella propria dell'ordinamento di tutelare l'interesse superindividuale della par condicio creditorum coessenziale al cd. ordine pubblico economico. Si realizzerebbe così una lettura funzionale del divieto di patto commissorio orientata al perseguimento della sua ragione effettiva.

Contratti consensuali e reali

Il contratto si conclude quando viene raggiunto l'accordo (art. 1326, comma 1, cod. civ.).

Si distinguono i contratti consensuali e i contratti reali. Sono consensuali quelli che si perfezionano semplicemente con il consenso delle parti validamente manifestato (ad esempio, il contratto di trasporto: art. 1678 cod. civ.). Il consenso può esprimersi in forme diverse: oralmente, per iscritto, attraverso un comportamento concludente.

I contratti reali si perfezionano con la consegna del bene. Nel contratto reale la dazione è, insieme al consenso, elemento necessario alla nascita del rapporto . La dazione non rappresenta l'esecuzione di una obbligazione sorta per effetto del contratto, come avviene nel caso del contratto di compravendita o di locazione in cui la consegna della cosa costituisce una delle obbligazioni principali che la legge pone a carico rispettivamente del venditore e del locatore (artt. 1476, n. 1, e 1575, n. 1 cod. civ.).

Sono contratti reali il comodato (art. 1803 cod. civ.), il mutuo (art. 1813 cod. civ.), il deposito (art. 1766 cod. civ.), il riporto (art. 1548 cod. civ.), il contratto estimatorio (art. 1556 cod. civ.), il contratto di pegno (art. 2786 cod. civ.), la donazione manuale (art. 783 cod. civ.). In queste ipotesi il consenso deve essere accompagnato dalla consegna (o tradizione) della cosa che è elemento necessario per il perfezionamento dell'accordo.

Il Comodato di Paolo Franceschetti

Nozione e natura

Il comodato - secondo il secondo comma dell'art. 1803 c.c. - è essenzialmente gratuito, e questo è un ulteriore dato caratterizzante il tipo.

La parte che dà in comodato la cosa è detta comodante, la parte che riceve la cosa e che ne ha il godimento è detta comodatario.

2. Caratteri e natura giuridica

Secondo alcuni autori il comodato sarebbe un contratto di durata (CARRESI, SCOZZAFAVA), in quanto necessita di un'attività solutoria del comodante, continuata e diretta a consentire la soddisfazione dell'interesse del comodatario. Sembra preferibile una diversa teoria, sostenuta da LUMINOSO, secondo cui il comodato non è sempre un contratto di durata, perché la sua natura dipende dal concreto contenuto del contratto; se io presto la falciatrice ad un vicino affinché costui tagli il prato, o se presto la mia casa a degli amici per farci una festa, il godimento del comodatario verrà soddisfatto con un unico atto e quindi siamo al di

fuori dall'ambito dei contratti di durata. Il discorso è diverso, invece, se presto la mia casa a un amico per passarci le vacanze, nel qual caso abbiamo sicuramente un contratto di durata, in quanto l'interesse del comodatario è soddisfatto dal protrarsi nel tempo della prestazione.

E' un contratto intuitu personae, e tale caratteristica è confermata dall'articolo 1804 c.c., che vieta al comodatario la possibilità di concedere in uso a terzi il bene oggetto del comodato. E' infatti evidente che colui che presta qualcosa a qualcuno è mosso il più delle volte da ragioni di cortesia, amicizia, favore o riconoscenza e ciò implica un certo rapporto di fiducia tra le parti. (LUMINOSO. In senso contrario: FRAGALI). E' dubbio se sia un atto di ordinaria o straordinaria amministrazione. La questione si pone diversamente per il comodante e per il comodatario.

Oltre alla soluzione da noi indicata non è mancato chi ha dato opinioni del tutto diverse. Secondo CARRESI il comodato sarebbe sempre un atto di ordinaria amministrazione, sia per il comodante che per il comodatario. Al contrario, secondo TAMBURRINO e FRAGALI l'atto sarebbe sempre di straordinaria amministrazione per entrambi i soggetti; infatti il comodatario compie un atto di disposizione, sia pure temporanea, mentre il comodatario si accolla il rischio del perimento ai sensi dell'articolo 1805 c.c. In particolare quest'ultima tesi ci sembra decisamente insostenibile; se io presto per un mese 10 numeri di Tex al mio amico Daniele (il quale guadagna circa Euro 2.000 al mese) non ci pare che il contratto possa considerarsi di straordinaria amministrazione solo perché su costui grava il rischio del perimento dei fumetti (il cui valore ammonta a circa Euro 30).

- Per quanto riguarda il comodante il problema sembra a prima vista risolto dalla riforma del diritto di famiglia, in quanto dalla lettura dell'articolo 320 c.c. si evince che "gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore". Ma tale conclusione è inappagante, perché se fosse vera ne risulterebbe una situazione paradossale, e cioè che se i genitori danno in locazione ultranovennale un bene del figlio occorre l'autorizzazione giudiziale, mentre per dare in comodato lo stesso bene (e quindi per compiere un atto che è ancora più impegnativo economicamente) non occorre alcuna autorizzazione. La teoria preferibile è quindi quella secondo cui il comodato è un atto che può essere di ordinaria o straordinaria amministrazione, a seconda del valore del bene dato in godimento; se do in comodato un appartamento avremo un atto di straordinaria amministrazione, mentre se do in comodato un martello abbiamo un atto di ordinaria amministrazione.

- Per quanto riguarda il comodatario non vi sono indicazioni normative e taluno ha sostenuto che per costui il contratto sarebbe sempre di ordinaria amministrazione, perché, essendo a titolo gratuito, non comporta alcun sacrificio patrimoniale (TETI, SANTILLI, SCOZZAFAVA). In contrario, però, si è giustamente replicato che non può darsi una risposta univoca valida per ogni caso e non è escluso che in

determinate fattispecie concrete il comodato sia qualificabile come atto di straordinaria amministrazione (LUMINOSO). Ad esempio se io ho un reddito di Eu 2.000 al mese e mi prestano per qualche anno una villa faraonica con piscina e campo da golf, oppure una Rolls Royce, avremo un atto di straordinaria amministrazione perché le spese da sopportare per la manutenzione ordinaria dell'auto o della casa sarebbero per me insostenibili.

2.1. La realità

Il comodato è tradizionalmente annoverato tra i contratti reali. Ultimamente però tutta la categoria dei contratti reali è stata aspramente criticata da parte della dottrina, che non la considera in armonia con le regole dei traffici giuridici e con il nostro sistema legislativo. Qui sintetizziamo solamente le linee del dibattito, sottolineando alcune differenze con il mutuo:

A) Secondo la dottrina tradizionale il comodato è un contratto reale (cioè un contratto che si perfeziona con la consegna della cosa) e tale caratteristica è giustificabile in quanto contratto gratuito; infatti non può pensarsi che la promessa di concludere un contratto gratuito possa essere vincolante. Né può pensarsi che prima della consegna il comodatario possa essere in qualche modo obbligato a prendere in prestito una cosa di cui magari non ha alcun bisogno.

Qualche autore ha detto che la funzione della consegna è quella di trasformare una relazione di cortesia in un rapporto giuridicamente rilevante (BRUNORI, CARRESI, D'AMICO).

B) In una prospettiva non del tutto diversa si colloca quella dottrina (SACCO, TETI, SCOZZAFAVA) secondo cui la consegna è un requisito di forma del contratto; il legislatore, infatti, richiede la forma solenne per i contratti senza causa, cioè per quei contratti in cui una delle due parti promette all'altra di effettuare una prestazione gratuita (articolo 782 c.c.); colui che si impegna senza ricevere alcun corrispettivo è messo in grado di rendersi conto della gravità dell'atto che sta compiendo attraverso la solennità della forma. In altre parole; nei contratti reali la consegna rappresenta quello che per la donazione è rappresentato dalla forma pubblica dell'atto: è cioè un requisito di forma, che serve a rendere vincolante un accordo altrimenti improduttivo di effetti.

C) Secondo altri autori la realità sarebbe un relitto storico, ipotizzabile e giustificabile in altri ordinamenti, ma non nel nostro, ove esiste il principio dell'autonomia privata (taluno ha detto che la realità è "un inutile e illogico tributo pagato alla tradizione"); se è vero, infatti, che il mutuo è stato configurato dal legislatore come contratto reale, è altrettanto vero però che alle parti non è preclusa la possibilità di stipulare un comodato atipico, consensuale. E' ovvio allora, che in tal modo la regola della realità perde di ogni valore pratico.

D) Da un punto di vista parzialmente diverso si collocano quegli autori secondo cui il legislatore avrebbe senz'altro configurato il comodato come contratto reale; tuttavia le parti possono concludere un preliminare (consensuale) di comodato. In tal senso v. FRAGALI e TAMBURRINO, secondo cui il comodato sarebbe senz'altro un contratto reale, ma non è precluso alle parti di stipulare un contratto preliminare; d'altro canto, secondo l'autore, sarebbe la stessa legge ad ammettere il preliminare di contratto reale, anche se per la sola ipotesi del mutuo (articolo 1822 c.c.).

Ma in contrario si è detto che la teoria del preliminare di contratto reale, oppure del contratto consensuale atipico, se ha una base normativa (sia pure discutibile) per il mutuo, dove il legislatore disciplina espressamente l'ambigua e controversa figura della promessa di mutuo (articolo 1822 c.c.), non ha giustificazione alcuna nel comodato; qui, infatti, una promessa di dare a comodato, essendo gratuita, non troverebbe comunque tutela giuridica.

In questo senso anche LUMINOSO: "anche se, in ipotesi, si dovesse ammettere in termini generali la possibilità per gli interessati di dar vita a corrispondenti contratti consensuali (definitivi) cd atipici od anche a contratti preliminari (consensuali) di contratti reali, la soluzione dovrebbe essere in ogni caso negativa con riguardo al comodato, nel quale la consegna funge da strumento volto ad assicurare rilevanza giuridica all'intento delle parti e, per tale via, spontaneità e incoercibilità alla prestazioni di cortesia".

2.2. La gratuità

Ai sensi dell'art. 1804 c.c. il comodato è "essenzialmente gratuito". In merito alla natura gratuita di tale contratto si pongono essenzialmente due problemi:

a) se sia ammissibile un comodato in cui a carico del comodatario sia posta una prestazione di scarso valore economico;

b) se il comodato sia da annoverare tra gli atti di liberalità (articolo 809 c.c.).

a) Comodato e modo

In merito al primo problema le posizioni della dottrina sono le seguenti:

- Secondo una prima opinione in favore del comodante può essere pattuito un compenso, purché modestissimo, senza che ciò snaturi la causa del contratto. (GAZZONI, TAMBURRINO. In giurisprudenza: Cass. Civ., sentenza n. 1843/1976.)

Ad esempio si può affittare un appartamento ad un amico per una cifra molto modesta, che sia poco più di un rimborso spese. Tale opinione, del resto, sembra confortata dalla lettera del codice, che all'art. 1803 c.c. dice che il comodato è contratto essenzialmente gratuito. In contrario si è detto che la previsione di un compenso, ancorché modestissimo, fa scadere il contratto nel tipo della locazione; infatti l'articolo 1571 c.c. dice che la locazione si ha quando è concesso il godimento

di un bene in cambio di un "determinato corrispettivo"; e l'espressione va intesa nel senso che è sufficiente determinare anche un corrispettivo modesto (TETI).

- Secondo altri autori il comodato non tollera l'apposizione di prestazioni a carico del comodatario, neanche quando queste siano di scarso valore e non possano considerarsi in nesso di corrispettività rispetto alla prestazione del comodante, altrimenti il contratto perderebbe il carattere delle gratuità e avremmo una locazione (TETI); ad esempio non potrebbe essere posto a carico del comodatario l'obbligo di pagare le tasse e le spese dell'immobile, o eseguire le riparazioni straordinarie.

Ovviamente, però, non è escluso che il comodante imponga un onere o un modo.

Alcuni autori escludono che il modus o l'onere possano avere carattere economico, perché, altrimenti si avrebbe una controprestazione e quindi il contratto non sarebbe più qualificabile come comodato (CARRESI). Ma in contrario si è replicato che, se è vero che è possibile apporre al comodato degli elementi accidentali, non è poi possibile delimitarne aprioristicamente il contenuto (TETI).

- Secondo altri imporre a carico del comodatario l'obbligo di pagare le spese o le tasse della cosa non è una vera e propria controprestazione: il comodato, come avviene per tutti i contratti gratuiti, può infatti essere gravato da un onere, purché l'onere non sia tale da costituire una vera e propria controprestazione; imporre obblighi del tipo di quelli appena menzionati, quindi, significa imporre un onere e non un corrispettivo.

E' chiaro però che nella pratica può non essere facile distinguere se ci si trovi di fronte ad un onere o ad una vera e propria controprestazione; occorrerà quindi procedere ad un indagine caso per caso per verificare se l'obbligo imposto a carico del comodatario sia in un nesso di corrispettività, tale da configurarsi come vera e propria controprestazione, oppure se sia configurabile solo un rapporto di accessorietà rispetto all'attribuzione effettuata dal comodante.

La giurisprudenza ha classificato come comodato modale (e non come locazione) il contratto con cui taluno dà ospitalità ad un parente che si obbliga a pagare le spese di luce ed acqua e a corrispondere un tenue canone mensile (Cass. Civ., sentenza n. 2151/1984).

Qualunque delle tesi si accolga, è ovvio però che non è escluso che il comodante possa avere un interesse a concedere il bene in godimento, diretto o indiretto che sia. Ad esempio il comodante può voler prestare la cosa ad un amico per risparmiare sulle spese di custodia, oppure per tenere in efficienza la cosa; quindi il fatto che il comodante abbia un interesse del genere non è sufficiente per configurare la fattispecie come comodato modale, né tantomeno per ravvisare nel contratto una fattispecie onerosa (LUMINOSO).

b) Rapporti tra comodato e donazioni indirette

- In merito al secondo problema una prima opinione (che è però minoritaria) ha sostenuto che il comodato (e più in generale tutti gli atti a titolo gratuito), può determinare un arricchimento del beneficiario e quindi essere qualificato come donazione diretta; quando ricorre tale ipotesi l'atto dovrà necessariamente seguire le regole proprie della donazione (in particolare il contratto dovrà essere stipulato in forma pubblica). La tesi non è accolta dalla dottrina prevalente: anzitutto se è vero che la donazione è un tipo contrattuale e così pure il comodato, quando una fattispecie sia sussumibile in quella dell'articolo 1803 c.c. non può poi arbitrariamente essere qualificata come un altro tipo. Senza contare che in tal modo si cancellerebbe in radice la possibilità di dare in comodato per lunghi periodi alcuni tipi di bene (come gli immobili, o gli oggetti di rilevante valore, come le automobili); tali fattispecie, infatti, risolvendosi sempre in un impoverimento del concedente e in un arricchimento del concessionario sarebbero sempre donazioni dirette.

- Secondo alcuni autori (CAPOZZI, LUMINOSO, TETI) il comodato non può mai consistere in una donazione indiretta perché un negozio tipico non può essere una donazione indiretta; donazione e comodato sono due ipotesi di negozio gratuito, entrambi tipici, e fino a che le fattispecie restano conformi al tipo si escludono a vicenda. Nega che il comodato possa essere una donazione indiretta, ma da una posizione diversa, SCOZZAFAVA (e nello stesso senso: BESSONE); secondo l'autore l'impossibilità di qualificare il comodato come donazione indiretta discende dal fatto che non è possibile ravvisarvi un arricchimento del comodatario ed un correlativo impoverimento del comodante. Ma l'erroneità della tesi è dimostrata dagli esempi pratici che possono farsi: ad esempio se do a Tizio in comodato per dieci anni la mia villa di Montecarlo io mi impoverisco e Tizio si arricchisce, e non sembra si possa dubitare di ciò.

- Parte della dottrina afferma invece che quando il comodato assume un certo valore economico (come ad esempio il comodato immobiliare di lunga durata) integra gli estremi di una donazione indiretta (FRAGALI, MICCIO, TAMBURRINO, CARRESI).

La seconda tesi, sostenuta da CAPOZZI e LUMINOSO, è stata contestata perché parte da un vizio di fondo. E' vero che se una fattispecie rientra in un tipo non può essere qualificata anche in un altro tipo. Ma il problema è che la liberalità indiretta non rappresenta affatto un tipo (non per niente la dottrina suole chiamare la liberalità indiretta come "donazioni atipiche"); al contrario, la funzione dell'articolo 809 c.c. è quella di assoggettare ad alcune regole sostanziali della donazioni tutti gli atti (tipici o atipici) che formalmente non sono donazioni. In altre parole il legislatore con l'articolo 809 c.c. ha voluto codificare tale regola: se qualcuno pone in essere un negozio giuridico (tipico o atipico che sia) con cui arricchisce un soggetto senza ricevere un corrispettivo, siccome raggiunge un risultato analogo a quello ottenibile con la donazione, il negozio sarà soggetto (oltre che alle regole proprie del tipo cui appartiene) anche ad alcune regole proprie della donazione (come la

normativa sulla riduzione e quella sulla revocazione). Del resto la ratio cui è ispirato l'articolo 809 c.c. sussiste sia quando il soggetto pone in essere un atto tipico sia quando pone in essere un atto atipico (ad esempio anche mediante un atto tipico si può ledere la quota dei legittimari). Così se un padre dona Eu 10.000 al mese al figlio per 10 anni, non si vede perché tale donazione debba essere soggetta all'azione di riduzione da parte degli altri eredi, mentre la stessa azione non è concessa se il padre dà in comodato al figlio una villa dello stesso valore. Nel senso che anche negozi tipici possono costituire oggetto di donazione indiretta: CARNEVALI, "l'articolo 809 prospetta la considerazione normativa di una serie di atti diversi dalla donazione contrattuale, molti dei quali risultano disciplinati tipicamente da autonome fattispecie". BIONDI, "sono infatti atti tipicamente riconosciuti dalla legge, aventi ciascuno propria disciplina e propri effetti giuridici, ma idonei a determinare un arricchimento gratuito per spirito di liberalità"; MARINI, PERLINGIERI, BESSONE, "si ha donazione indiretta ogniqualvolta la realizzazione della causa della donazione, che è tipica, consegua all'impiego di un atto che è sorretto dalla propria causa, in senso tecnico - giuridico, diversa da quella della donazione"; GAZZONI, "la peculiarità delle donazioni indirette è quella di essere soggette alla disciplina propria del rispettivo tipo negoziale ma di essere parimenti assoggettate alla disciplina della donazione per quanto riguarda la riduzione...."; AZZARITI, "trattasi di atti i quali rispondono alla volontà reale di chi li pone in essere, hanno la causa tipica nel negozio attuato"....ma attuate con scopo liberale. (Inoltre v. CARNEVALI)

D'altronde gli stessi testi che trattano della donazione indiretta quando elencano gli atti che rientrano nella categoria, pur non occupandosi in modo specifico del comodato, elencano espressamente l'assicurazione sulla vita a favore di un terzo (articolo 1923 c.c.), la costituzione di una rendita vitalizia a favore di un terzo (articolo 1875 c.c.) e la rendita vitalizia il cui ammontare sia notevolmente inferiore rispetto alla rendita media ritraibile dal capitale versato, o, infine, la divisione effettuata in parti volutamente disuguali (v. BESSONE, TRABUCCHI, AZZARITI, BIONDI, Novissimo Digesto, voce: Donazione.) Tutti esempi, questi, che costituiscono ipotesi di negozi tipici. Senza contare che la tesi opposta non trova alcun supporto testuale, in quanto l'articolo 809 c.c. parla di "liberalità che risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769 c.c." e l'espressione "atti", essendo piuttosto generica, non può che essere riferita a qualunque tipo di atto, tipico o atipico.

2.3. L'unilateralità

Per il comodato si profila lo stesso problema che sussiste per il mutuo, e cioè se sia un contratto unilaterale o bilaterale. Al riguardo sono state proposte varie tesi (taluno ha detto che sarebbe un contratto unilaterale con obbligazioni a carico del solo comodatario, altri hanno detto che l'unica obbligazione sarebbe a carico del comodante; altri hanno sostenuto trattarsi di contratto bilaterale).

La tesi di CARRESI (Nello stesso senso: GAZZONI) nonostante non abbia molto seguito è comunque argomentata in modo molto convincente: "se è vero che il diritto del comodatario è un credito "a questo diritto necessariamente si contrapporrà un'obbligazione, la quale non può essere altro che quella ... che grava sul comodante" di lasciar godere la cosa. D'altro canto l'obbligazione di restituzione non può essere una vera e propria obbligazione, tale da caratterizzare il comodato, e ciò per due motivi: anzitutto perché sarebbe una strana obbligazione, dal momento che nasce quando il contratto è giunto al termine; e inoltre perché un obbligo di restituzione si rinviene anche in altri contratti, quali il deposito, la locazione, il trasporto.

Anche qui, però, c'è da fare considerazioni molto simili a quelle relative al mutuo, e cioè che molte posizioni sono assolutamente inspiegabili e frutto di equivoci.

Oppure presuppongono che non si accolga la coincidenza tra bilateralità e corrispettività, e che si abbia presente la distinzione tra il contratto a prestazioni corrispettive e il contratto bilaterale inteso come "il contratto con obbligazioni a carico di ambo le parti, ma non corrispettive". Ad esempio quando si trova affermato che "il comodato è un contratto bilaterale, pur non essendo a prestazioni corrispettive" (SCOZZAFAVA, TETI).

Tali affermazioni però, ignorano totalmente quanto sostiene la dottrina (non prevalente ma) praticamente unanime (SANTORO, PASSARELLI, SCOGNAMIGLIO, MESSINEO, BARBERO, BIANCA, TRABUCCHI, TORRENTE, RESCIGNO, OSTI) e sono quindi da respingere, in quanto non spiegano su quali basi teoriche si fondano o a quali teorie fanno riferimento (chi mai ha sentito parlare - a parte i pochi eletti che hanno potuto leggere il testo di PINO, o alcuni scritti di FRAGALI - di contratti con obbligazioni per entrambe le parti ma non a prestazioni corrispettive?).

Si può dire questo:

- dal punto di vista delle obbligazioni: il comodato è contratto con obbligazione a carico di una sola parte; (TAMBURRINO, BARBERO, FRAGALI, TRABUCCHI, BIGLIAZZI-GERI, MESSINEO, TORRENTE, il quale però lo classifica tra i contratti bilaterali imperfetti) dopo la consegna, infatti, sorge un unico obbligo a carico del solo comodatario (cioè quello di restituire la cosa, o eventualmente - come sostiene parte della dottrina - l'obbligo di conservare e mantenere la cosa);

- dal punto di vista delle attribuzioni patrimoniali: il comodato si configura come contratto con attribuzione a carico di una sola parte (il comodante); infatti l'unica parte che effettua un'attribuzione patrimoniale in favore dell'altra è il comodante, nel momento in cui consegna la cosa al beneficiario (LUMINOSO, BIGLIAZZI-GERI).

3. La promessa di comodato

Secondo la dottrina prevalente prima della consegna, e quindi prima della nascita del contratto, la promessa di comodato è del tutto irrilevante; la promessa rimane nell'ambito dell'irrilevante giuridico, o dei rapporti di cortesia, e quindi la mancata attuazione di essa non genera nessuna responsabilità a carico del promittente - comodatario. Alcuni autori, invece, hanno sostenuto che il comodante che non mantiene la promessa sarebbe tenuto al risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale (LUMINOSO, TETI. In giurisprudenza: Cass. Civ., sentenza 1018/1976.). Infatti una promessa di tal genere non potrebbe certamente generare un obbligo di consegnare (altrimenti la realità perderebbe ogni significato) ma genera un'aspettativa nell'altra parte, che va tutelata. Infine, parte della dottrina sostiene che la promessa di comodato sarebbe nient'altro che un preliminare di comodato, che obbliga il promittente a consegnare la cosa (cioè a concludere il contratto definitivo); l'inadempimento della promessa è dunque un vero e proprio inadempimento contrattuale, suscettibile di essere sanzionato con il risarcimento del danno. Non è invece ammessa l'esecuzione forzata in forma specifica, in quanto la sentenza del giudice non può sostituire la consegna (FRAGALI).

L'obiezione principale che si muove a questa tesi è che la promessa di dare a comodato una cosa sarebbe una promessa unilaterale atipica, che come è noto non è ammessa al di fuori dei casi previsti dalla legge (articolo 1987 c.c.). Senza contare che ammettere il preliminare di comodato significa che la realità del comodato, dopo essere stata cacciata dalla porta, viene fatta rientrare dalla finestra.

4. Il diritto del comodatario

E' discusso se il diritto del comodatario sia qualificabile tra i diritti personali di godimento o tra i diritti di credito. Coloro che aderiscono alla prima delle due tesi sostengono che il diritto del comodatario è annoverabile nella categoria dei diritti personali di godimento, tertium genus rispetto ai diritti di credito e ai diritti reali (LUMINOSO). Quello del comodante non sarebbe un vero e proprio obbligo a contenuto positivo, ma sarebbe un generico dovere di astensione; in pratica il dovere di lasciar godere non è diverso dal dovere del neminem ledere che grava sulla generalità dei consociati nei confronti del titolare di un diritto reale su cosa altrui. Quanto al diritto del comodatario, costui gode del bene senza bisogno della collaborazione del comodante, ma tramite la semplice relazione con la cosa (analogamente a quanto avviene per i diritti reali).

In contrario si è detto che la posizione del comodante si concreta non solo in un dovere di non facere, ma anche in doveri di contenuto positivo, l'obbligo di riconsegnare il bene qualora il comodatario ne abbia perso la disponibilità materiale; di conseguenza il diritto personale di godimento che fa capo al comodatario è qualificabile come un diritto a struttura creditizia. Il diritto del comodatario - lo si voglia qualificare come diritto di credito o come diritto personale di godimento - non è opponibile al terzo acquirente della cosa comodata, con la conseguenza che l'acquirente del bene potrà far cessare il godimento della cosa comodata e ottenere la piena disponibilità della cosa (LUMINOSO, in giurisprudenza: Cass. 11424/1992 e 5454/1991.).

5. L'oggetto

5.1. Generalità

Il comodato ha ad oggetto cose, secondo le parole del legislatore, e quindi l'espressione non può che comprendere beni mobili o immobili. (E' considerato ammissibile il comodato di un terreno affinché il comodatario possa costruirvi sopra un immobile.) La cosa data in comodato deve inoltre essere infungibile e inconsumabile. Quanto al comodato di un bene consumabile, l'ipotesi non è configurabile in quanto è impossibile la restituzione della cosa. Qualcuno ha detto che in tal caso il comodato sarebbe nullo per impossibilità dell'oggetto (GIAMPICCOLO, cit. in LUMINOSO). Il comodato di cose fungibili non è ammesso perché in realtà si avrebbe un mutuo; se invece le parti hanno stipulato un contratto di comodato avente ad oggetto un bene fungibile e stabilito che debba essere restituita la stessa cosa, allora vuol dire che essa era infungibile. E' comunque ammesso il cosiddetto comodato ad pompam vel ad obstentationem; ad esempio io do in prestito una mela o un quintale di grano ad un amico affinché lo usi in una rappresentazione teatrale.

5.2. Il comodato di servizi

Si discute se il comodato possa avere ad oggetto servizi: si fa l'esempio di chi presta un auto con l'autista ad un amico. Secondo qualcuno la risposta deve essere negativa, e ciò per due motivi; anzitutto perché il sevizio non consiste in una "cosa" e inoltre perché le persone sono libere e non possono essere oggetto di prestito (BRUNORI). L'ipotesi di un comodato di servizi - si è detto - è "particolarmente ripugnante", in quanto "dietro il comodo schermo di un'astrazione (il servizio che deve essere prestato), oggetto del prestito finisce per essere la persona" (BIGLIAZZI-GERI).

In senso favorevole si è pronunciato CARRESI; secondo l'autore non c'è dubbio che ciò che si presta non è la persona, ma il bene - servizio. L'espressione "cose" usata dall'articolo 1804 c.c., quindi, deve esser intesa in senso estensivo, e comprensiva di ogni tipo di bene (SCOZZAFAVA, TETI). Inoltre si è notato che il codice - sebbene

in un settore diverso da quello dei contratti - contempla espressamente un'ipotesi di comodato di servizi all'articolo 2139 c.c., che permette lo scambio di mano d'opera e servizi tra piccoli imprenditori agricoli; dal che si deduce la liceità di un contratto in cui sia previsto lo scambio di servizi dovuti dai propri dipendenti (FRAGALI). Secondo una terza opinione il comodato di servizi è ammissibile ma non è da annoverare nel comodato tipico; abbiamo piuttosto un rapporto atipico, che presenta forti analogie con il comodato classico, e che può considerarsi una sottospecie di esso; a tale figura si applicheranno le norme del comodato classico, con gli adattamenti dovuti alla particolare natura dell'oggetto (TAMBURRINO).

5.3. Il comodato di beni immateriali

Discussa è anche l'ammissibilità di un comodato di beni immateriali. In senso contrario si è sostenuto che non sarebbe possibile effettuare la consegna, che come sappiamo è elemento costitutivo del contratto; inoltre si è detto che il bene immateriale non è suscettibile di godimento diretto, ma solo indiretto. In senso contrario si è replicato che la consegna può essere anche simbolica (ad esempio la consegna del progetto d'invenzione equivale alla traditio simbolica dell'idea); inoltre non sembra ci possano essere ostacoli ad ammettere che un bene immateriale possa essere oggetto di un diritto personale di godimento, in quanto viene pacificamente ammessa la possibilità che una privativa possa formare oggetto di un diritto reale di uso (TETI, SCOZZAFAVA).

5.4. Il comodato di diritti

Talvolta si trova affrontato il problema del comodato di diritti, riferito ad ipotesi nelle quali il soggetto consegna ad un altro un titolo di legittimazione (ad esempio la tessera di un cinema per entrare a vedere un film) o trasferisce fiduciariamente un titolo di credito per permettere l'esercizio di alcuni diritti; sembra preferibile, però, la teoria secondo cui il problema del comodato di un diritto è un falso problema. In realtà chi dà ad un altro un titolo di legittimazione si è limitato a trasferire momentaneamente la legittimazione ad esercitare il diritto, e non a dare in comodato il diritto (LUMINOSO).

6. Altri requisiti del contratto

6.1. Requisiti soggettivi delle parti

Per quanto riguarda la legittimazione delle parti a concludere il comodato la questione divide la dottrina e la giurisprudenza, che si attestano su posizioni diverse.

La dottrina maggioritaria sostiene la tesi del comodato come diritto personale di godimento e di conseguenza, secondo questa impostazione, la legittimazione a dare un bene in comodato spetta solo a colui che è titolare di un diritto reale o personale di godimento sulla cosa (LUMINOSO, SCOZZAFAVA, TETI, SANTILLI, CARRESI).

Viceversa la giurisprudenza e parte della dottrina sostengono che il diritto del comodatario sia da annoverare tra i diritti di credito, e quindi la legittimazione a concedere il bene in comodato andrebbe riconosciuta a chiunque abbia il possesso o la detenzione della cosa e sia in grado di consegnarla al comodatario.

Cass. 13110/1992, cit. in: LUMINOSO. Vedi la replica di CARRESI: la tesi della giurisprudenza è priva di qualsiasi fondamento perché "certamente, colui che detiene la cosa altrui, come ha la possibilità di fatto di alienarla, così, a maggior ragione avrà la possibilità materiale di fatto di concederla in comodato: ma allora sarà questione di legittimazione apparente, non di legittimazione ordinaria, per la quale vale sempre, inderogabilmente, il principio nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet".

6.2. La forma

Il comodato è un contratto a forma libera e ciò anche quando esso sia ultranovennale e abbia ad oggetto beni immobili (LUMINOSO).

La forma scritta può essere rilevante per risolvere i conflitti tra più acquirenti dallo stesso dante causa; infatti ai sensi dell'articolo 1380 c.c. se è stato concesso a più soggetti un diritto personale di godimento relativo alla stessa cosa, il godimento spetta al contraente che per primo lo ha conseguito; se nessun contraente ha ottenuto il godimento allora è preferito quello che ha il contratto di data certa anteriore (TETI). Quanto alla consegna, abbiamo visto che alcuni autori la considerano un requisito di forma. In dottrina si discute se la consegna sia un atto o un negozio giuridico. La dottrina prevalente sostiene la tesi negoziale, perché se è vero che è un elemento essenziale per la perfezione del contratto allora sembra logico che occorra la capacità di agire (TETI, LUMINOSO).

6.3. La durata

Il contratto dura per il tempo stabilito dalle parti. La fissazione di un termine, esplicito o implicito, è di una certa rilevanza, in quanto la sua mancanza rende l'accordo qualificabile come precario e il comodatario dovrà restituire la cosa a richiesta del comodante (articolo 1810 c.c.). Per il comodato di immobili non abitativi ci si è chiesti se sia possibile fissare la durata per tutta la vita del concessionario. In assenza di indicazioni normative in tal senso parte della dottrina sostiene la tesi positiva, mentre altri hanno sostenuto l'opinione negativa applicando analogicamente l'articolo 1573 c.c. dettato in tema di locazione; l'articolo, che stabilisce per la locazione di immobili una durata massima trentennale, rappresenterebbe il termine massimo per il quale può essere attribuito un diritto personale di godimento su di un bene immobile (TETI).

6.4. Elementi accidentali

Abbiamo già detto che la dottrina considera ammissibile l'apposizione del modus.

Nessun dubbio che possa essere apposta una condizione risolutiva oppure un termine finale. Quanto agli altri elementi accidentali pare da escludere la possibilità di apporre un termine iniziale oppure una condizione sospensiva, in quanto il contratto si perfeziona solo con la consegna; di conseguenza prima di questo momento non può apporsi termine o condizione perché nessun contratto è ancora nato; invece dopo la consegna il contratto è già perfetto ed efficace, e l'elemento accidentale sospenderebbe l'efficacia di un contratto già perfetto, il che è una contraddizione in termini (LUMINOSO). Tuttavia taluno ha detto in contrario che il comodante potrebbe consegnare la cosa, ma concordando con il comodatario che costui potrà far uso della cosa solo al verificarsi di un certo evento oppure allo scadere di un certo termine.

7. Disciplina

7.1. Obblighi del comodatario

- L'articolo 1804 c.c. contempla le obbligazioni del comodatario. In primo luogo è sancito l'obbligo di conservazione e custodia della cosa: "Il comodatario è tenuto a custodire e a conservare la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia. Egli non può servirsene che per l'uso determinato dal contratto o dalla natura della cosa." Nell'obbligo di conservare rientra quello di sostenere le spese ordinarie di conservazione, mentre quelle straordinarie - anche se il codice non lo specifica - graveranno sul comodante. Nell'obbligo di custodia rientra non solo il dovere di vigilare e di prevenire danni alla cosa, ma anche quello di avvisare il comodante di eventuali molestie di diritto provenienti da terzi (LUMINOSO). Per le spese ordinarie - stabilisce l'articolo 1808 c.c. - non sussiste il diritto al rimborso; il comodatario ha invece il diritto di essere rimborsato per le spese straordinarie da lui sostenute, se queste erano necessarie ed urgenti (articolo 1808 comma 2 c.c.). Per quanto riguarda le addizioni e i miglioramenti la dottrina ritiene applicabile la normativa in tema di locazioni (articoli 1582 e 1593 c.c.) (TETI, LUMINOSO, SCOZZAFAVA).

- Il secondo comma dell'articolo 1804 c.c. dice che il comodatario "non può concedere a un terzo il godimento della cosa senza il consenso del comodante". La norma viene riferita dalla dottrina non solo al subcomodato o alla cessione del contratto di comodato, ma anche a qualunque altra ipotesi di concessione in godimento (come la locazione). (LUMINOSO, in senso contrario: Cass. 1018/1976.)

- Se il comodatario non adempie agli obblighi suddetti, il comodante può chiedere l'immediata restituzione della cosa, oltre al risarcimento del danno".

- Gli articoli 1805 c.c. e ss. disciplinano l'ipotesi di perimento e deterioramento della cosa. L'articolo 1805 c.c. stabilisce che "Il comodatario è responsabile se la cosa

perisce per un caso fortuito a cui poteva sottrarla sostituendola con la cosa propria o se, potendo salvare una delle due cose, ha preferito salvare la propria.

Il comodatario che impiega la cosa per un uso diverso o per un tempo più lungo di quello a lui consentito, è responsabile della perdita avvenuta per causa a lui non imputabile, qualora non provi che la cosa sarebbe perita anche se non l'avesse impiegata per l'uso diverso o l'avesse restituita a tempo debito".

Ai sensi dell'articolo 1806 c.c.: "Se la cosa è stata stimata al tempo del contratto, il suo perimento è a carico del comodatario, anche se avvenuto per causa a lui non imputabile." La dottrina ammette il patto contrario; in altre parole è ammesso che nonostante la stima il perimento non imputabile al comodatario sia accollato al comodante, e che la stima sia stata fatta al solo scopo di predeterminare in anticipo la somma dovuta dal comodatario in caso di risarcimento del danno per causa imputabile (CARRESI).

- Articolo 1807 c.c.: Se la cosa si deteriora per solo effetto dell'uso per cui è stata consegnata e senza colpa del comodatario, questi non risponde del deterioramento.

- L'art. 1809 c.c. e l'art. 1810 c.c., disciplinano l'obbligo della restituzione. Il comodatario deve restituire la cosa al termine del contratto o quando si è servito della cosa (se il comodato è senza termine). Se però il comodante ne ha bisogno, può chiederne la restituzione anche prima.

- Secondo parte della dottrina al comodato si applica l'articolo 1585 comma 2 c.c. (che sarebbe espressione di una regola più generale applicabile a tutti i diritti personali di godimento), in base al quale il comodatario potrebbe agire per il risarcimento dei danni derivanti da molestie di fatto provenienti da terzi (TETI). Secondo altri autori, invece, il comodatario ha il diritto di agire contro gli atti lesivi di terzi, ma in virtù dell'applicazione generale della regola di responsabilità civile (articolo 2043 c.c.) (LUMINOSO).

- Il comodatario è un mero detentore della cosa, mentre il possesso rimane al comodante anche dopo la consegna. E' quindi pacifico in dottrina e in giurisprudenza che il comodatario sia legittimato ad esperire l'azione di reintegrazione, ma non l'azione di manutenzione e quella di spoglio (LUMINOSO, SCOZZAFAVA).

7.2. Obblighi del comodante

- L'obbligo principale del comodante - lo si voglia qualificare come obbligo positivo o come dovere di astensione - è quello di far godere la cosa al comodatario.

- A differenza della locazione non sussiste l'obbligo di effettuare le riparazioni, né quello di consegnare la cosa in buono stato. Non sussiste neanche l'obbligo di consegnare la cosa al comodatario immune da vizi. In pratica il comodante consegna la cosa nello stato in cui si trova, buono o cattivo che sia, e non ha alcun obbligo di

manutenzione (LUMINOSO, l'opinione però non è pacifica. Secondo alcuni autori il comodante sarebbe obbligato ad effettuare le spese di straordinaria manutenzione.)

Tuttavia stabilisce l'articolo 1812 c.c. che "Se la cosa comodata ha vizi tali che rechino danno a chi se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento qualora, conoscendo i vizi della cosa, non ne abbia avvertito il comodatario". Qualche autore ha sostenuto che la responsabilità prevista dall'articolo sussista solo in caso di dolo (LUMINOSO), ma l'opinione non sembra condivisibile, perché si fa espresso riferimento alla "conoscenza" e quindi dovrebbe essere sufficiente anche il solo comportamento colposo. Ovviamente la regola in esame concerne i vizi occulti, mentre per quelli palesi è esclusa la responsabilità del comodante in quanto il comodatario è in grado di valutare autonomamente i rischi cui va incontro.

La norma parla di danni arrecati "a chi se ne serva", e tale espressione viene riferita da alcuni alla persona del comodatario; per i danni arrecati alle cose, invece, il comodante sarebbe responsabile a titolo di responsabilità precontrattuale. Ma altri preferiscono estendere la regola dell'articolo 1812 c.c. anche ai danni arrecati alle cose del comodatario, interpretando l'espressione "chi se ne serve" in senso meno restrittivo.

.3. **Estinzione del comodato**

Il comodato si estingue anzitutto per la decorrenza del termine o per il compimento dell'uso determinato dal contratto. Taluno (v. rif. in TETI) ha sostenuto che alla scadenza del termine il comodatario non sarebbe tenuto alla restituzione della cosa, qualora il comodante non ne abbia bisogno; ma la tesi è insostenibile, perché non risulta che la mancanza di interesse del soggetto possa essere un valido motivo, giuridicamente rilevante, per non adempiere ad un obbligo contrattuale. Qualche autore ha infatti replicato, con una certa dose di ironia, che così argomentando si finirebbe per sostenere che il comodatario abbia il diritto di distruggere a martellate la cosa comodata, se gli risulta che il comodante non abbia più bisogno della cosa, o non gli piaccia più (VINCIOTTI).

Si estingue inoltre per il perimento della cosa e per il recesso di una delle parti (articoli 1804 comma 3 c.c.; 1809 comma 2 c.c.; 1810 e 1811 c.c.). Il recesso può aversi nei seguenti casi:

a) inadempimento agli obblighi di uso e custodia del bene da parte del comodatario;

b) sopravvenuto, urgente e imprevisto bisogno della cosa;

c) morte del comodatario; in tal caso la facoltà di recesso va esercitata nei confronti degli eredi.

E' discusso se la morte del comodante provochi la scioglimento del contratto (Per l'opinione negativa LUMINOSO. In senso contrario: in giurisprudenza: Cass.

4258/1991; in dottrina SCOZZAFAVA, argomentando dal fatto che il comodato è contratto intuitu personae.). Altra questione controversa è se il comodatario possa recedere ad nutum, nonostante sia previsto un termine finale ben preciso. Parte della dottrina (TAMBURRINO) sostiene la tesi negativa, in quanto entrambe le parti sarebbero legate ad un vincolo contrattuale; senza contare che dalla anticipata restituzione potrebbe derivare un danno al comodante, che potrebbe essere costretto ad effettuare delle spese impreviste. Altri invece sostengono la tesi positiva, in quanto si applicherebbe l'articolo 1184 c.c., che presume fissato il termine a favore del debitore (LUMINOSO, inoltre, secondo SCOZZAFAVA, essendo il comodato un contratto gratuito, il comodante non ne trae alcun vantaggio e quindi si deve presumere che non abbia interesse alla permanenza in vita del rapporto.).

Il contratto di deposito

Contratto col quale una parte (depositario) riceve in consegna da un'altra (depositante) una cosa mobile, con l'obbligo di custodirla, cioè di conservarla materialmente, e di restituirla in natura, nella sua identità. Il negozio, che non richiede una forma particolare, è di durata, in quanto l'attività di custodia è continuativa, ed è un contratto reale, in quanto si perfeziona con la consegna; questa, però, non importa il trasferimento della proprietà della cosa, sicché ogni rischio o pericolo incombe sul depositante, il quale esercita il possesso a mezzo del depositario, che ne è solo il detentore. Oggetto del deposito può essere solo una cosa mobile, purché suscettibile di conservazione materiale. Il depositario svolge l'attività di custodia in modo autonomo, ma deve usare la diligenza del buon padre di famiglia, deve di regola rispettare il modo di custodia che sia stato convenuto e non può, senza il consenso del depositante, servirsi della cosa o darla in deposito ad altri. In ordine alla restituzione la legge stabilisce che essa può avvenire a richiesta del depositante o del depositario, salvo che sia stato fissato un termine, il quale, in dipendenza dell'utilità che le parti si ripromettono dal contratto, può variare di durata (si usa distinguere, nell'ambito di certi contratti tipici, fra deposito a breve o medio o lungo termine). La legge, in ordine alla restituzione, indica a chi essa va fatta o come deve comportarsi il depositario in caso di rivendicazione (v. azioni petitorie) e disciplina i casi della pluralità di depositanti o di depositari; del deposito fatto anche nell'interesse di un terzo (v. deposito nell'interesse del terzo) di morte del depositario.

Stabilisce, poi, il luogo in cui la restituzione, a spese del depositante, deve avvenire, estende l'obbligo di restituzione ai frutti della cosa e sancisce che il depositario, se la detenzione della cosa gli è tolta in conseguenza di un fatto a lui non imputabile, è liberato dall'obbligo di restituzione, ma deve, sotto pena di risarcimento del danno, denunziare immediatamente il fatto al depositante.

Il deposito si presume gratuito, salvo che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba desumere una diversa volontà delle parti, nel qual caso il depositante, oltre che rimborsare al depositario le spese fatte per conservare la casa e tenerlo indenne delle eventuali perdite subite, deve pagargli ìl compenso pattuito.

Il deposito di cui finora si è detto si suole definire regolare per distinguerlo dal deposito, definito irregolare dalla stessa legge, che ricorre quando il contratto ha per oggetto una quantità di denaro o di altre cose fungibili con facoltà per il depositario di servirsene; in questo caso il depositario acquista la proprietà della cosa ed è tenuto a restituire un bene della stessa specie e qualità, onde si applicano, oltre alle norme proprie del deposito regolare, anche quelle relative al mutuo, per quanto è possibile. Per effetto del trasferimento della proprietà della cosa nel deposito irregolare resta trasferito anche il rischio del caso fortuito e viene meno l'obbligo della custodia a carico del depositario.

Il deposito irregolare è un contratto sui generis, che parte della dottrina inquadra nei contratti di credito e che presenta caratteristiche analoghe a quelle del contratto di mutuo; se ha per oggetto una somma di denaro, si applicano le norme del codice civile in ordine alla specie di moneta con cui vanno estinte le obbligazioni pecuniarie oltre che la norma in base alla quale, salvo diversa convenzione, la restituzione deve comprendere anche gli interessi compensativi.

Sono figure particolari di deposito:

il deposito di merci nei magazzini generali, che può dar luogo al rilascio di una fede di deposito e di una nota di pegno. L'oggetto è la custodia e la conservazione di merci depositate nei magazzini generali. Il gestore del magazzino è responsabile della conservazione delle merci depositate, a meno che si provi che perdita, avaria o calo delle merci depositate siano dovuti a caso fortuito, natura delle merci, vizi dell'imballaggio.

Il depositante ha diritto di ispezionare le merci depositate e di estrarne campioni.

Il gestore del magazzino può procedere alla vendita delle merci depositate, previo avviso al depositante, quando, alla scadenza del contratto, le merci non sono state ritirate o non stato è rinnovato il contratto o, nel caso di contratto a tempo indeterminato, decorso un anno dalla data di stipulazione del contratto e, in ogni caso, quando vi sia il rischio di deperimento delle merci. Su richiesta dei depositanti, i magazzini rilasciano una fede di deposito e una nota di pegno, con l'indicazione del depositante, il luogo del deposito, la quantità e il tipo delle merci e il pagamento delle eventuali tasse doganali. In quanto titoli rappresentativi di merci "all'ordine", i due documenti legittimano la restituzione della merce al loro portatore e sono trasferibili, separatamente o congiuntamente, mediante girata.

Al contratto di deposito nei magazzini generali si applicano, in via residuale, le norme che regolano il contratto di deposito in generale.

il deposito franco, cuì sono estensibìli le norme sul deposito di merci nei magazzini generali e che è caratterizzato dal fatto che le merci provenienti dall'estero vengono depositate, in appositi locali, in provvisoria franchigia doganale, in modo che, se riesportate, restano esentate dal dazio doganale di entrata;

il deposito doganale, che ha la stessa funzione del deposito franco ed è ulteriormente caratterizzato dal fatto che i locali, in cui avviene il deposito delle merci, sono di proprietà della dogana o da questa controllati;

il deposito liberatorio, eseguito dal debitore ed avente l'effetto, se accettato dal creditore o dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, di liberare il debitore dalla sua obbligazione.

3.1. I depositi bancari

La disciplina codicistica regola i contratti bancari agli artt. 1834-1838, riguardanti i depositi bancari di denaro che possono essere associati al rilascio dei cd. libretti di risparmio e quelli che hanno ad oggetto titoli che la banca viene incaricata di amministrare. La nozione espressa dall'art. 1834 prevede che con i depositi di una somma di denaro l'istituto di credito acquisti la proprietà della somma consegnata dal cliente, obbligandosi a restituirla nella stessa specie monetaria e alla scadenza del termine convenuto (deposito vincolato) ovvero a richiesta del depositante (deposito libero), con l'osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi.

Il carattere della realità per il quale il contratto si perfeziona al momento della consegna del bene (più precisamente di una cosa fungibile della quale il depositario, divenutone proprietario, può servirsi, art. 1782) e l'obbligazione della custodia, successivamente precisata all'art. 1838, sembrerebbero deporre per una qualifica contrattuale fortemente coincidente con quella del contratto di deposito, se non fosse per le ulteriori funzioni e obbligazioni previste per il depositario-banca (ad esempio, la funzione di credito tipica del mutuo o l'esazione di interessi o dividendi) che, insieme agli ulteriori elementi caratterizzanti il deposito di titoli in amministrazione, inducono piuttosto a propendere per un'analogia con il deposito irregolare, in cui effettivamente si realizza il trasferimento della proprietà delle cose all'accipiens (art. 1782).

Il più classico degli strumenti dell'attività bancaria, dato dalle cd. operazioni passive di raccolta del risparmio per le finalità di esercizio della funzione creditizia, è espressamente definito dall'art. 10, citato TUB, come propedeutico ad una reattività economica nell'intermediazione nella circolazione del capitale, successivamente confermata agli artt. 11 e 12 dello stesso testo con l'inserimento dei titoli in deposito

tra i diversificati strumenti di raccolta delle risorse, al fine di garantire un costante e adeguato livello di liquidità agli istituti.

Il dibattito dottrinale sulla natura del deposito bancario di denaro non si è esaurito nell'antinomia tra deposito classico e irregolare, arricchendosi di orientamenti inclini a ravvisare in tale fattispecie i tratti del mutu, diversamente dai sostenitori di una connotazione sui generis della fattispecie, del tutto autonoma rispetto ad altre figure,nonostante quanto chiarito nella Relazione al codice civile a proposito dell'art. 1782 che "domina tutti i depositi irregolari, restando integrata, per i depositi bancari, da quanto stabiliscono gli artt. 1834 e 1837." Tuttavia è innegabile come la natura qualificata del depositario-banca possa assicurare al depositante un chiaro risultato di garanzia che va oltre la semplice e materiale certezza della custodia, proprio perchè la destinazione delle risorse all'esercizio del credito è strumentale a creare o aumentare la disponibilità necessaria per il mantenimento di un equilibrio economico, costruito su ampi margini di liquidità, in vista delle attività di restituzione.

La funzione del contratto di deposito bancario è così chiarita nel mosaico funzionale di operazioni attive e passive che si incastrano, contemperando, da un lato l'interesse del depositante alla disponibilità della somma consegnata e dall'altro quello della banca all'approvvigionamento e alla capacità di erogazione dei finanziamenti, funzioni strettamente collegate a giustificare, non separatamente considerate, proprio la causa del contratto in esame.ll deposito bancario è anche ad esecuzione continuata; rispetto alla fattispecie classica del deposito irregolare è prevista con i depositi in conto corrente non la conclusione di progressivi e molteplici contratti, ma l'esecuzione di un medesimo contratto, in cui la banca realizza, a richiesta del cliente, una progressione di adempimenti parziali dell'obbligo restitutivo, percepisce la sua remunerazione (art. 1782, comma 2 che rinvia all'art. 1815) dagli interessi che maturano dalle somme depositate, consente al depositante successivi versamenti e prelevamenti.

3.1.1. Tipologie di deposito in denaro: i libretti di risparmio

Gli artt. 1835 e 1836 e le n.b.u. introducono, rispetto ai depositi liberi o vincolati, un'ulteriore distinzione, riferita alla costituzione e gestione del rapporto, tra depositi semplici o ordinari con unicità delle operazioni di prelevamento e versamento, a risparmio con il rilascio o meno di appositi libretti e depositi in conto corrente con la possibilità di più versamenti e prelevamenti anche tramite l'uso di strumenti diversi dal contante. Il deposito a risparmio prevede il rilascio dalla banca di un apposito documento in cui le annotazioni dei versamenti e dei prelevamenti, firmate dall'impiegato, costituiscono piena prova nei rapporti tra banca e depositante (art. 1835) e può avere funzione di documentazione del contratto, dello svolgimento del rapporto, di legittimazione all'esercizio del credito e di circolazione dello stesso Può

essere nominativo, nominativo con clausola "pagabile al portatore", al portatore e al portatore intestato ad un determinato soggetto. I libretti nominativi e nominativi pagabili al portatore sono semplici documenti di legittimazione, strumentali solo all'identificazione del creditore nei cui confronti è stato emesso, mentre quelli al portatore e al portatore con intestazione determinata, legittimanti il presentatore all'adempimento senza ulteriori oneri probatori, sono stati qualificati titoli di credito dalla giurisprudenza di legittimità, anche alla luce dell'applicazione della legislazione antievasione e antiriciclaggio in materia di limiti all'uso de contante. In ordine alla coincidenza tra titolarità del diritto e possesso del documento, la banca che, senza dolo o colpa, adempie la prestazione nei confronti del possessore è liberata (art. 1836, comma 1 e 2), essendo prevista la figura del portatore, pur come incertam personam, alla conclusione del contratto. Deve tuttavia operare la sua identificazione, non potendo sottrarsi "ad un generale obbligo di correttezza e diligenza diretto all'espletamento di tutte le attività necessarie a salvaguardare l'effettivo titolare del diritto, mediante un accurato controllo sulla legittimazione del portatore, specie se sono emerse circostanze idonee a giustificare un qualche sospetto". Nel caso specifico, la Suprema Corte aveva cassato la sentenza impugnata che aveva escluso la responsabilità della banca per il pagamento dell'importo di un titolo caduto in successione, disattendendo la richiesta di blocco dei titoli del de cuius, intimatale dagli eredi e senza identificare il portatore. Pertanto, la banca che adempie nei confronti del terzo senza assumere le necessarie cautele non risulta liberata dall'obbligo di restituzione nei confronti del vero titolare.

3.1.2. Il deposito dei titoli in amministrazione

Con l'assunzione del deposito di titoli in amministrazione la banca si obbliga a custodire i titoli e a esercitare i diritti e le tutele da essi derivanti (esigere gli interessi o i dividendi, curare le riscossioni per conto del depositante, ecc.) con conseguente accredito delle somme riscosse al titolare. E' nullo il patto con il quale la banca (che agisce dietro compenso) viene esonerata dall'osservare, nell'attività di amministrazione stessa, l'ordinaria diligenza (art. 1838). Siamo nell'ambito delle attività bancarie accessorie, strumentali o connesse ad attività finanziarie (cit. art. 10, comma 2, TUB) in cui la funzione della custodia sembra rinvenirsi unica ed essenziale, esclusa comunque da parte di alcuni autori la natura di deposito classico della fattispecie, effettuando la banca prestazioni differenti da quelle tipiche della custodia, piuttosto affini agli obblighi del mandato.

Il contratto di mutuo

Nozione e caratteri generali

Il mutuo è contratto definito dall'art. 1813 c.c. in base al quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di cose fungibili o denaro a fronte dell'obbligo dell'altra parte di restituire altrettante cose della stessa specie e qualità. Si osserva pertanto che in linea di principio debba esserci identità qualitativa e quantitativa tra

le cose consegnate e quelle restituite (Frattarolo - Iorio). Il mutuatario acquista la proprietà delle cose date a mutuo (art. 1814 c.c.) ed è tenuto al pagamento degli interessi anche se si sia trovato per cause di forza maggiore nella condizione di non potere concretamente usare la somma mutuata (così Cass. Civ. 1 febbraio 1962, n. 199).

Il mutuo è risultato proveniente da dettami moderni e da insegnamenti millenari. Sia sufficiente ricordare la sua presenza sin dall'epoca del diritto romano, tanto che lo si ricorda anche nelle Institutiones di Gaio che descrive il concetto di mutuo in questo modo: "L'obbligazione si contrae mediante cosa come nel caso del mutuo. La dazione a mutuo concerne propriamente quelle cose che valgono per peso, numero o misura, quali il denaro contante, il vino, l'olio, il frumento, il rame, l'argento e l'oro. Diamo queste cose, a numero, peso o misura, affinché diventino di chi le riceve, e ci vengano successivamente restituite, non le stesse, ma altre della stessa natura. Per questo è chiamato mutuo, perché quel che ti è dato in questo modo da me, diventa da mio tuo[1]".

Lo sforzo compiuto nel corso del tempo, presente anche oggi, è stato quello di determinare un giusto costo del mutuo comparando gli interesse contrapposti fino ad un punto di equilibrio.

Il codice civile costruisce il contratto di mutuo come contratto di natura reale, affermazione del tutto pacifica anche in giurisprudenza. Il suo effetto essenziale è quello di trasferire la proprietà delle cose al mutuatario. La liberazione dell'obbligo di quest'ultimo si avrà con il trasferimento, alla scadenza stabilita, al mutuante delle stesse cose ricevute e della stessa quantità della medesima specie.

Il mutuo è contratto di natura reale che si perfeziona con la consegna di una determinata quantità di danaro (o di altre cose fungibili) ovvero con il conseguimento della giuridica disponibilità di questa da parte del mutuatario, la quale può ritenersi sussistente, come equipollente della traditio, solo nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in guisa tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo, ovvero, quando, nello stesso contratto di mutuo, le parti abbiano inserito specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico che il mutuatario dà al mutuante di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse del primo; mentre non possono considerarsi indicative di detta disponibilità, né istruzioni che il mutuatario dia unilateralmente circa la destinazione della somma, né l'autorizzazione al mutuante a trattenere la somma stessa presso di sé, che è un modo indiretto per procrastinare il perfezionamento del contratto (Cass. 12 ottobre 1992, n. 11116 in Codice civile annotato con la giurisprudenza, a cura di CIAFARDINI e IZZO, Napoli, 2012)

2. Natura giuridica

Si tratta di un contratto traslativo in quanto trasferisce la proprietà della cosa e, secondo la dottrina prevalente, reale perché la consegna della cosa rappresenta un elemento costitutivo della formazione del negozio. Una parte minoritaria della dottrina ritiene che il mutuo sia contratto consensuale in quanto con la consegna della cosa non si avrebbe la perfezione del contratto stesso, ma soltanto un suo adempimento. Sulla realità del mutuo si è osservato che essa rappresenta il frutto di una precisa scelta legislativa, giustificata non soltanto da ragioni di ossequio alla tradizione, ma anche e preminentemente dall'intento di approntare un congegno negoziale in cui la funzione creditizia venisse attuata secondo modalità procedimentali strutturali e procedimentali specifiche (Nivarra).

Il mutuo è oneroso in quanto, di regola, obbligo del mutuatario è la corresponsione degli interessi sulla somma di denaro ricevuta. E' senz'altro contratto a prestazioni corrispettive, in quanto gli interessi costituiscono controprestazione del diritto reale sul capitale acquistato dal mutuatario (Cafaro).

Gli interessi convenzionali nel mutuo hanno una funzione diversa dagli interessi moratori; gli uni, pattuiti dalle parti, costituiscono per il mutuante il corrispettivo delle utilità che il mutuatario trae dalla disponibilità del denaro preso in mutuo, gli altri invece sono dovuti, nella misura e con gli effetti previsti nell'art. 1224, per il fatto del ritardo del debitore nell'adempimento delle obbligazioni che, come il mutuo, hanno per oggetto una somma di denaro e costituiscono la liquidazione operata ex lege del danno presuntivo che l'inadempimento ha prodotto al creditore (Cass. 10 maggio 1966, n. 1217, in Codice civile annotato con la giurisprudenza, a cura di CIAFARDINI e IZZO, Napoli, 2012)

Quanto alla struttura del contratto, secondo parte della dottrina, l'accordo sul dare e sul ricevere, costituisce elemento costitutivo ed importa che le parti ne abbiano concordato la durata, poiché il mutuo è un contratto di durata, laddove la durata è essenziale ed è concepita in funzione di un certo affare o ciclo di affari che il mutuo è destinato a finanziare , mentre il termine è solo un elemento naturale (Cafaro)

L'art. 1815 c.c. stabilisce che, salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante, con rinvio all'art. 1824 c.c. per l'applicazione delle disposizioni relative alla loro determinazione. In particolare gli interessi sono ritenuti dalla dottrina prevalente come controprestazione del diritto reale sul capitale acquistato dal mutuatario.

3. Disciplina

L'art. 1820 c.c. prevede la risoluzione del contratto nel caso in cui il mutuatario non adempia l'obbligo del pagamento degli interessi. Inoltre, il mutuo pecuniario costituisce debito di valuta, in tal modo rendendo vigente nella sua disciplina il

principio nominalistico. Resta valida la pattuizione per la quale gli interessi siano dovuti in misura superiore a quella legale, purché non in misura usuraria.

Il termine per la restituzione si presume stipulato a favore di entrambe le parti e, nel caso in cui il mutuo sia a titolo gratuito, a favore del mutuatario. Si osserva in giurisprudenza la compatibilità con il contratto di mutuo di un termine di restituzione in potestate creditoris . Tuttavia, la clausola di ripetibilità ad nutum deve rispettare lo schema causale del mutuo e, dunque, non implicare un'esigibilità immediata del debito di restituzione (così Cass. 5 novembre 2001, n. 13661).

Il contratto di mutuo in senso proprio è un contratto essenzialmente reale ed unilaterale, con obbligazioni di una sola parte, nascendo da esso dopo la consegna della somma mutuata solo l'obbligo di restituire nei termini convenuti la somma stessa con l'aggiunta degli interessi ove siano convenuti. Di conseguenza il mutuo non è soggetto a risoluzione per inadempimento del mutuante né può il mutuatario valersi della exceptio inadimpleti contracto anche se a carico del mutuante si sia convenuto l'obbligo di accordare se richiesto una proroga alla scadenza o se tale obbligo sia imposto al mutuante da una sopravvenuta norma di legge (Cass. 12 maggio 1971, n. 1358, in Codice civile annotato con la giurisprudenza, a cura di CIAFARDINI e IZZO, Napoli, 2012)

E' prevista anche la fissazione del termine ad opera del giudice nel caso in cui non sia stato determinato convenzionalmente oppure se sia stato convenuto che il mutuatario "paghi solo quando potrà" (art. 1817 c.c.)

Nel caso in cui siano state mutuate cose diverse dal denari e la restituzione sia divenuta impossibile o notevolmente difficile per causa non imputabile al debitore, quest'ultimo sarà tenuto a pagarne il valore, giusto il disposto dell'art. 1818 c.c.

E' ammessa la restituzione rateale, nei limiti indicati dall'art. 1819 c.c.

L'art. 1819 c.c., a norma del quale, se è stata convenuta la restituzione delle cose mutuate ed il mutuatario non adempie l'obbligo di pagamento anche di una sola rata, il mutuante può chiedere, secondo le circostanze, l'immediata restituzione dell'intero, ha la funzione di attribuire rilievo all'inadempimento del mutuatario nel mutuo gratuito, al quale, quindi, essa esclusivamente si riferisce, dato che nel mutuo oneroso tale inadempimento, dando luogo alla possibilità di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c., assume rilievo indipendentemente dalla espressa previsione del citato art. 1819 c.c. (Cass. 21 febbraio 1995, n. 1861).

4. Disposizioni contro l'usura

L'art. 1815, comma 2, c.c. è stato modificato nella sua formulazione originaria dalla L. 7 marzo 1996, n. 108 recante disposizioni contro l'usura. Mentre nella vecchia

formulazione il legislatore aveva provveduto a determinare la nullità della clausola contrattuale con cui si convenivano interessi usurari e la loro automatica riduzione al tasso legale, invece la nuova disposizione contenuta nel secondo comma prevede un ulteriore inasprimento stabilendo che non sono dovuti interessi. Si rileva in dottrina che questo rappresenta una deroga al principio generale della normale produttività di interessi delle obbligazioni pecuniarie, dato il carattere sanzionatorio della previsione.

In tema di usura, e con riferimento a fattispecie anteriore all'entrata in vigore della L. 7 marzo 1996, n. 108, la pattuizione di interessi elevati non costituisce di per sé motivo di illiceità del negozio di mutuo, questo sussistendo nel caso in cui si ravvisino gli estremi del reato di usura, a norma dell'art. 644 c.p. (nella previgente formulazione). Conseguentemente, può ritenersi l'illiceità del contratto solo se ricorrano l'esorbitanza degli interessi convenuti, lo stato di bisogno del mutuatario e l'approfittamento di tale stato da parte del mutuante (Cass. 3 aprile 2009, n. 8138).

5. Promessa di mutuo

Nel caso in cui si sia promesso di dare a mutuo, il promittente può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione se l'aggravarsi delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente renda notevolmente difficile la restituzione e non gli siano offerte idonee garanzie (art. 1822 c.c.). In dottrina, si ritiene prevalentemente che l'articolo citato disciplini il contratto preliminare di mutuo che, in ogni caso non consentirebbe l'esecuzione prevista dall'art. 2932 c.c., in quanto la sentenza del giudice non potrebbe sostituire la mancata consegna del bene. Altra dottrina ritiene che l'articolo 1822 c.c. non faccia altro che confermare la natura consensuale del mutuo e negare la sua natura reale.

A differenza del contratto di mutuo in cui una parte consegna cose fungibili e l'altra si impegna a restituire il tantundem, nella promessa di mutuo, di fronte all'obbligo del promittente mutuante di consegnare le cose, non sussiste un contrapposto obbligo di restituzione , ma questo nasce solo dopo la loro consegna. Consegue che, qualora una parte prometta in mutuo congiuntamente a due persone una somma di denaro – con l'accordo che ciascuna di esse può chiederne la consegna ma senza l'assunzione di un corrispondente obbligo solidale di restituzione – obbligato alla restituzione è soltanto colui che in adempimento della promessa abbia concretamente ricevuto la somma stessa (Cass. 16 settembre 1986, n. 5630, in Codice civile annotato con la giurisprudenza, a cura di CIAFARDINI e IZZO, Napoli, 2012)

6. Il mutuo di scopo

Con il c.d. mutuo di scopo il mutuante mette a disposizione del mutuatario una somma di denaro, a condizione che questi faccia del denaro un uso determinato, come nel caso in cui un soggetto pubblico conceda un mutuo per la costruzione di un'opera di interesse pubblico. Si osserva in dottrina che nel

mutuo di scopo l'interesse alla sua realizzazione ha un ruolo fondamentale nella conclusione del contratto. Si deve trattare di un interesse meritevole di tutela giuridica. La destinazione allo scopo costituisce un'obbligazione a carico del mutuatario che concretizza la consistenza del nesso di corrispettività (Fragali). Tra le differenze rilevate con il mutuo tipico, quello di scopo si differenzia sia per le modalità di perfezionamento, trattandosi di contratto consensuale e non reale, sia per la causa. Infatti, rileva non solo il finanziamento, ma anche la destinazione della somma di denaro all'obiettivo predeterminato. Inoltre, nel mutuo tipico, le cose che formano l'oggetto del contratto vengono trasferite in proprietà al mutuatario; al contrario, nel mutuo di scopo, è possibile che il mutuatario non abbia neppure la disponibilità delle cose stante la destinazione prevista (Gardella – Tedeschi).

Il mutuo di scopo è nullo, e la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, quando sia stato stipulato con l'accordo, tra l'istituto di credito e il mutuatario, della utilizzazione della provvista per una diversa finalità, ivi compresa quella di estinguere debiti in precedenza contratti dal sovvenuto verso lo stesso istituto mutuante.

Tuttavia, in tutti i casi in cui sia dedotta l'esistenza di un mutuo di scopo convenzionale, è pur sempre necessario che la clausola di destinazione della somma mutuata incida sulla causa del contratto, finendo per coinvolgere direttamente anche l'interesse dell'istituto finanziatore. Infatti, qualora venga prevista nel contratto di finanziamento una destinazione delle somme erogate per esclusivo interesse del mutuatario, si realizzerebbe semplicemente una esteriorizzazione dei motivi del negozio, di per sé non comportante una modifica del tipo contrattuale.

Ed in tal caso non si può parlare di mutuo di scopo (sebbene uno scopo, in senso lato, vi sia ovviamente per il sovvenuto), poiché la mera indicazione dei motivi, non accompagnata da un programma contrattuale teso alla loro realizzazione, non è di per sé idonea a modificare il tipo negoziale.

Da ciò ne consegue che:

- ove manchi un interesse del mutuante, sul mutuatario non grava uno specifico obbligo di destinazione delle somme erogate;
- la deviazione dal tipo contrattuale di cui all'art. 1813 cod. civ. si può affermare quando vi sia la prova di un obbligo specifico del mutuatario nei confronti del mutuante, in ragione dell'interesse di quest'ultimo - diretto o indiretto - alla specifica modalità di utilizzazione delle somme per un determinato scopo;
- negli altri casi, ove cioè la prova di consimile situazione non sia fornita, l'inosservanza della destinazione indicata in contratto non rileva ai fini della validità o meno del contratto stesso.

L'onere della prova nel contratto di mutuo

Secondo la sentenza della Cassazione n. 9864 del 07/05/2014, chi chiede in giudizio la restituzione di somme date a mutuo deve dimostrare non solo l'avvenuta consegna delle somme stesse, ma anche il titolo della consegna, da cui derivi l'obbligo della vantata restituzione. Infatti, l'esistenza di un contratto di mutuo non può essere desunta dalla mera consegna di assegni bancari o somme di denaro né dalla circostanza che il convenuto ammetta di aver ricevuto una somma di denaro dall'attore e contestualmente neghi che ciò sia avvenuto a titolo di mutuo.

Nel caso in esame, il presunto debitore proponeva opposizione, dinanzi al Tribunale, avverso due decreti con i quali gli era stato ingiunto il pagamento di determinate somme di denaro in favore della sua ex-convivente, a titolo di prestiti non restituiti. Egli, in particolare, rilevava che le dazioni di denaro da parte della sua ex-convivente erano state determinate dal desiderio di aiutarlo in un momento contingente di difficoltà.

Il Tribunale, tuttavia, lo condannava al pagamento delle somme suddette in favore della ex-convivente.

Il presunto debitore ha impugnato la sentenza dinanzi alla Corte d'Appello di Roma, che gli ha dato ragione, evidenziando che le richieste di restituzione erano state avanzate dalla ex-convivente solo dopo la cessazione della convivenza, convivenza dalla quale era nato anche un figlio.

Le attribuzioni patrimoniali, pertanto, avevano "sicuramente una componente che faceva leva sull'affetto e la solidarietà familiare, al fine di far funzionare meglio il menage"; tale (almeno parziale) finalità solidaristica obbligava la ex-convivente a dimostrare che il pagamento delle varie somme di denaro portate da assegni incassati dal presunto debitore fosse da ritenere un prestito, ma detta prova non era stata fornita.

La ex-convivente non si è arresa e ha proposto ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione, che le ha dato ulteriormente torto e ha confermato la sentenza della Corte di Appello.

La Cassazione ha, infatti, evidenziato che "l'attore che chiede la restituzione di somme date a mutuo è tenuto a provare gli elementi costitutivi della domanda e, quindi, non solo la consegna ma anche il titolo della stessa, da cui derivi l'obbligo della vantata restituzione; l'esistenza di un contratto di mutuo, infatti, non può essere desunta dalla mera consegna di assegni bancari o somme di denaro (che, ben potendo avvenire per svariate ragioni, non vale di per sé a fondare una richiesta di restituzione), essendo l'attore tenuto a dimostrare per intero il fatto costitutivo della sua pretesa. In altre parole, la circostanza che il convenuto ammetta di aver ricevuto una somma di denaro dall'attore, ma neghi che ciò sia avvenuto a titolo di mutuo, non costituisce una eccezione in senso sostanziale, sì da invertire l'onere della prova; con la conseguenza, pertanto, che rimane fermo a carico dell'attore l'onere di

dimostrare che la consegna del denaro è avvenuta in base ad un titolo (mutuo) che ne imponga la restituzione."

Il Mutuo Bancario

.

1.1. Le principali caratteristiche del contratto di mutuo

Il mutuo viene disciplinato dagli articoli 1813-1822 del Codice Civile, "Libro IV - delle obbligazioni", titolo III, Capo XV. L'articolo 1813 C.C. presenta la seguente definizione: " il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, è l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità." Il mutuo, nella maggioranza dei casi e, in particolare, il mutuo bancario, si può configurare come un finanziamento a medio -lungo termine tra i più diffusi, con una durata che, in genere, oscilla da un minimo di 5 ad un massimo di 30 anni. Costituisce, pertanto, un impegno finanziario notevole, per cui deve essere valutato, prima della formalizzazione contrattuale, con grande attenzione soprattutto in riferimento per le persone fisiche, all'incidenza della rata sul proprio reddito, anche nel futuro, e sulla propria capacità di risparmio. Per le sue caratteristiche giuridico – finanziarie, si ricorre al mutuo – prevalentemente – per effettuare l'acquisto o la ristrutturazione della casa di proprietà per quanto attiene ai privati e per effettuare investimenti in beni strumentali per quanto attiene le imprese. Il cliente della banca (mutuatario) rimborsa il debito con rate di importo costante o variabile, di solito mensili o, meno frequentemente, trimestrali o semestrali. Raro è il caso del rimborso c.d. "bullet" vale a dire senza pagamento di rate intermedie ma con il rimborso totale del capitale alla scadenza. Più frequente, invece, è il caso del mutuo con "preammortamento": ci si riferisce a quel piano di rimborso del debito in cui non si inizia subito a rimborsare il capitale ma per un certo periodo si rimborsano solo interessi (i cosiddetti interessi di preammortamento). Come già anticipato, il mutuo non è un contratto tipicamente bancario, dato che viene utilizzato anche da soggetti diversi dalle banche, ma può certamente essere ricondotto tra i contratti bancari, nel caso in cui la banca ne sia parte quale mutuante[1]. Di norma, il mutuo bancario rappresenta una forma di finanziamento meno onerosa rispetto ad altre poiché a favore della banca viene costituita, generalmente, una garanzia reale (ipoteca ma anche in casi residuali un pegno) su un bene del soggetto finanziato o di terzi (cosiddetto terzo datore di ipoteca). Possiamo, comunque, dire che il mutuo è un contratto tipico, essendo – come già visto – disciplinato dal codice civile ed è a titolo oneroso anche se – in astratto – potrebbe essere anche a titolo gratuito. Elemento caratteristico del mutuo è il passaggio di proprietà del danaro o della cosa fungibile dal mutuante al mutuatario (art 1814 C.C.); il mutuatario acquista la proprietà delle cose date a mutuo e si impegna alla restituzione, alla scadenza pattuita, di altrettante cose nel

rispetto della citata fungibilità. Il mutuo è poi un contratto reale, vale a dire un contratto che si perfeziona non con il semplice consenso manifestato dalle parti, bensì con la consegna materiale delle somme di denaro concesse a mutuo o di altre cose fungibili; la consegna è l'elemento essenziale per il perfezionamento del contratto. Il mutuo è poi stato definito come un contratto unilaterale con prestazioni a carico del solo mutuatario, perché la banca (o in genere il mutuante) con la consegna del denaro ha già adempiuto interamente ai suoi obblighi e quindi le obbligazioni rimangono solo in capo all'altra parte contrattuale, la quale è tenuta alla restituzione del denaro mutuato (oltre agli interessi) entro un certo periodo di tempo e con le modalità stabilite e che si sostanziano in un c.d. piano di ammortamento (rate, scadenza, eventuali interessi di mora in caso di ritardo ecc.). Scorrendo il codice civile si trovano anche altri riferimenti al mutuo: per quanto disposto dall'art. 320, comma III, C.C., in tema di potestà dei genitori (siamo quindi nell'ambito del diritto di famiglia), il contratto di mutuo è un atto eccedente l'ordinaria amministrazione, con la conseguenza che i genitori non possono contrarlo se non per necessità o utilità evidente del figlio e dopo autorizzazione del giudice tutelare. La norma si applica tanto al mutuante quanto al mutuatario, al mutuo oneroso ed a quello gratuito. Altro riferimento significativo è quello dell'art. 1782 cc. in tema di contratto di deposito irregolare ove si fa rinvio alle norme previste in tema di mutuo. Il mutuo come abbiamo detto in precedenza è quel contratto in cui una parte consegna all'altra una certa quantità di danaro o di altre cose fungibili; con riferimento alle cose fungibili diverse dal denaro, la consegna avviene più comunemente in modo materiale quando esse sono state individuate delle parti. Secondo l'articolo 1821 c.c., il mutuante è responsabile per i vizi delle cose prestate, se non prova di averli ignorati senza colpa e, se il mutuo è gratuito, è responsabile solo se conoscendo i vizi non ne abbia avvertito il mutuatario. Quando si tratta di cose da trasportare, si fa riferimento alla consegna al vettore o allo spedizioniere o la consegna dei titoli rappresentativi della merce. Per quanto riguarda il denaro, sono considerati equivalenti alla sua consegna materiale il rilascio di assegno circolare o di vaglia postale o di altro titolo di credito immediatamente esigibile per la loro natura di sostituti della moneta, così, come il deposito della somma in un libretto bancario, pur se destinato ad essere utilizzato dallo stesso mutuante per l'estinzione di altro debito del mutuatario, nonché la modalità più frequente nella prassi bancaria, l'accreditamento in conto corrente intestato al mutuatario.[2]

Prima di scegliere e stipulare un contratto di mutuo si devono considerare gli elementi principali di esso al fine di comprendere al meglio il prodotto e le opportunità offerte dalle diverse tipologie presenti nel mercato e anche soprattutto, per valutare i costi e i rischi a carico del richiedente. Gli elementi principali del mutuo che vanno presi in considerazione sono la durata, la rata, il piano di ammortamento, i tassi di interesse e gli ulteriori costi. Andando per ordine:

1) la durata. Il mutuo è un contratto che produce effetti nel tempo. La durata del mutuo, concordata tra cliente ed intermediario e definita nel contratto, incide sull'importo della rata. Di solito la scadenza varia da 5 a 30 anni, anche se recentemente il mercato ha proposto alcuni mutui, con una durata di 40 anni. A parità di importo del finanziamento e di tasso di interesse, quanto più breve è la durata, tanto più alte sono le rate ma più basso l'importo dovuto per gli interessi; quanto più lunga è la durata, tanto maggiore è l'importo dovuto per gli interessi ma più leggere le rate.

2) La rata, la quale è la somma che il mutuatario, cioè colui che ha ricevuto il mutuo, versa periodicamente in base al piano di ammortamento per la restituzione del prestito. È composta da una quota capitale, a titolo di restituzione del prestito, e da una quota interessi, in ragione dell'applicazione del tasso. L'importo della rata dipende dall'importo preso a prestito, dalla durata del contratto e dal tasso di interesse applicato. A parità di tasso e di importo, la rata diminuirà in ragione di una durata del contratto più prolungata. Prima di chiedere il mutuo, il privato è opportuno che valuti attentamente il proprio reddito, anche in prospettiva, e la propria disponibilità mensile al netto delle spese fisse. È bene che la rata non superi un terzo del reddito disponibile, per far fronte alle spese correnti, a spese impreviste e a possibili riduzioni di reddito (malattia, infortunio, licenziamento). Il rimborso avviene secondo cadenze temporali determinate dalle parti, che possono assumere frequenza mensile o trimestrale, meno frequentemente, semestrale o annuale (caso questo abbastanza eccezionale). Il pagamento della rata rappresenta un evento significativo nell'andamento dei rapporti tra banca e mutuatario. Ritardi nel rispetto delle scadenze possono comportare l'applicazione di ulteriori oneri (interessi di mora) e, nei casi più gravi, la risoluzione del contratto da parte della banca per inadempimento accompagnata dalla richiesta di immediata restituzione del capitale residuo.

3) Il piano di rimborso (ammortamento). Il rimborso dell'importo erogato si sviluppa nel tempo secondo un piano, detto ammortamento, che stabilisce la data entro la quale tutto il debito deve essere pagato, la periodicità delle singole rate ed i criteri per determinare l'ammontare di ogni rata. Il piano di ammortamento può essere redatto sia dal creditore, come nel caso più noto, delle banche erogatrici di mutui, sia dal debitore. Il piano predisposto dall'aspirante debitore è naturalmente un importante indicatore della capacità gestionale nella valutazione preventiva della proposta di finanziamento. Esistono diversi meccanismi di restituzione del finanziamento come ad esempio: ammortamento francese, americano, tedesco. In Italia, il piano di ammortamento più diffuso è il "francese", cioè a rate costanti, che prevede una componente decrescente per gli interessi e crescente per il capitale man mano che ci si avvicina alla scadenza del mutuo. All'inizio dell'operazione la rata è composta in larga parte da interessi, i quali possono assumere peso notevole in caso di mutuo a lunga scadenza. In tale ultimo caso, il capitale da rimborsare viene diviso per un maggior numero di rimborsi periodici. La formula per calcolare La formula

per calcolare la rata (r) conoscendo il capitale (C), il tasso periodico (i) e il numero delle rate (n) è la seguente:

Esistono forme alternative di ammortamento che accrescono la flessibilità del prodotto rispetto alle scelte del mutuatario. Ai piani a rate crescenti (che aumentano col passare del 14 Fig 2.4.3.2 formula calcolo rata tempo), si sono aggiunti quelli a rimborso libero (le rate sono composte da interessi e il capitale verrà rimborsato per importi non predeterminati a certe scadenze) e, infine, quelli a durata variabile (le rate rimangono costanti ma la durata del piano può ridursi ovvero allungarsi a seconda dell'andamento del tasso variabile). Sulla pianificazione dei rimborsi incide anche la possibilità per il mutuatario di estinguere anticipatamente il capitale, in misura totale o parziale. Il ricorso a tale opzione consente di ridurre gli oneri del mutuo nella sua componente interessi. I reali benefici tuttavia dipendono dal tipo di ammortamento prescelto e dal momento in cui si intende ricorrere a tale opzione. La variazione della composizione della rata in quota capitale e quota interessi può incidere sulle detrazioni fiscali, il cui importo può quindi cambiare di anno in anno.[4]

4) I tassi di interesse. La principale componente di costo nel mutuo è costituita dagli interessi che rappresentano il compenso che le banche richiedono a fronte del prestito concesso. Sono determinati sulla base di un tasso percentuale da applicare al capitale erogato in ragione della durata del mutuo. Il tasso di interesse deve essere previsto espressamente nel contratto e, se il mutuo è ipotecario, anche nella nota di iscrizione. Il tasso è determinato con riferimento a parametri riscontrabili sui mercati monetari e finanziari, a cui la banca aggiunge una maggiorazione (spread). L'entità di tale maggiorazione, che rappresenta la differenza tra il parametro di riferimento e il tasso effettivamente applicato, cresce in relazione alla durata del contratto. Esistono varie tipologie di mutuo, le più frequenti sono a tasso fisso o variabile. Il tasso di interesse fisso è chiamato così in quanto resta quello fissato nel contratto per tutta la durata del mutuo. Quest'ultimo è consigliato a chi vuole essere certo, sin dal momento della firma del contratto, della misura del tasso, degli importi delle singole rate, e dell'ammontare complessivo del debito da restituire, indipendentemente dalle variazione delle condizioni di mercato. A fronte di questo vantaggio l'intermediario spesso applica condizioni iniziali più onerose rispetto al mutuo a tasso variabile. Lo svantaggio di questa tipologia di mutuo è dato dal fatto che non si possono sfruttare le eventuali riduzioni dei tassi di mercato. Questa tipologia di tasso ha come parametro di riferimento l' EURIRS (euro Interest Rate Swap) o IRS che è un tasso interbancario definito a livello europeo. Esso varia in funzione della durata, per cui avremmo IRS a 1 anno, a 2 anni, 10 anni, 20 anni, ecc.. All'aumentare del periodo di riferimento aumenta il suo valore perciò, l' IRS a 1 anno sarà inferiore all' IRS a 10 anni e così via. Le quotazioni dell' IRS sono legate all'andamento del mercato dei tassi a lungo termine, e generalmente sono superiori all' EURIBOR. Bisogna fare attenzione però a due casi particolari. Considerando che le quotazioni dell' IRS variano giornalmente se, all'atto della sottoscrizione di un

mutuo a tasso fisso ci fossero particolari tensioni di mercato, si potrebbe andar in contro a delle sostanziali differenze tra il tasso fisso stabilito con la banca e quello effettivamente applicato al mutuo. Il valore effettivo assunto dal tasso sarà noto solo il giorno in cui viene stipulato l'atto notarile salvo alcune eccezioni. Se invece si ha a che fare con mutui con opzione sul tasso, quando il contratto prevede la possibilità di modificare il tasso a determinate scadenze bisogna considerare il valore assunto dal parametro di riferimento, sia nel caso si decida di proseguire a tasso variabile (Euribor), sia nel caso si decida di continuare con il tasso fisso, infatti, anche in quest'ultimo caso il tasso fisso non sarà più quello iniziale, ma si adeguerà al valore attuale assunto dall'EURIRS. Il tasso di interesse variabile invece, varia con cadenze prestabilite, secondo l'andamento di uno o di più parametri di indicizzazione fissati nel contratto; questo significa che la misura degli interessi da calcolare sul capitale da rimborsare potrà modificarsi, in rialzo ovvero in ribasso, fino alla scadenza del mutuo, con impatti sull'importo della rata da pagare. Questo è perciò il maggior rischio nell'utilizzo di questa tipologia di tasso. Il tasso variabile è consigliato a chi vuole un tasso sempre in linea con l'andamento del mercato e può sostenere eventuali aumenti dell'importo delle rate. A parità di durata, i tassi variabili all'inizio sono più bassi di quelli fissi, ma possono aumentare nel tempo, facendo così aumentare le rate, anche in misura consistente. Il parametro di riferimento per questo tasso è l'EURIBOR (euro Interbank Offered Rate), il quale, come anche l'IRS, è un tasso interbancario definito a livello europeo. Questo tasso è lo stesso utilizzato tra le grandi banche appartenenti all'area Euro per le loro transazioni finanziarie. Esistono diversi tipi di Euribor, tuttavia, quelli utilizzati per i contratti di mutUo sono l'Euribor a 1 mese, 3 e 6 mesi, ulteriormente differenziati poi in base al divisore 360 (anno commerciale) o 365 (anno solare o civile). L'andamento dell'Euribor è legato a : previsioni sui tassi ufficiali (BCE) / inflazione – crescita; livello di fiducia del sistema creditizio. Considerando che gli indici si adeguano in base alle attese di mercato, in caso di previsioni al rialzo gli Euribor a breve con scadenza saranno inferiori rispetto a quelli con durata maggiore. Pertanto affinché l'Euribor a 1 mese superi quello a 3/6 mesi sarebbe necessaria una fase di andamento costantemente al ribasso. Quando le aspettative sui tassi sono stabili, tra i vari indici c'è poca differenza.[5] Il calcolo del tasso Euribor si basa sulle informazioni fornite volontariamente da un 17 elenco di primarie banche europee, scelte sulla base della dimensione e del rating. Tali informazioni riguardano i tassi che si formano nelle negoziazioni del circuito interbancario degli scambi di deposito. Per quanto riguarda la rata del mutuo essa si adegua al valore assunto dell'Euribor di riferimento solo alla data di revisione stabilita dalla banca. Possiamo poi trovare altre tipologie di mutuo, quali "a tasso misto, il tasso di interesse può passare da fisso a variabile (o viceversa) a scadenze fisse e/o a determinate condizioni indicate nel contratto. Si ha, quindi, l'opportunità di modificare la misura iniziale degli interessi nel corso della vita del mutuo sulla base delle aspettative circa l'andamento del costo del denaro. In questo modo si riesce a gestire meglio il rischio di tasso. Il contratto di mutuo indica inoltre se il passaggio da tasso fisso a variabile o

viceversa, dipende o meno dalla scelta del cliente e secondo quali modalità la scelta avviene. Vantaggi e svantaggi sono alternativamente quelli del tasso fisso o del tasso variabile. Questa tipologia di tasso è consigliabile a chi al momento della stipula, preferisce non prendere ancora una decisione definitiva sul tipo di tasso; "a due tipi di tasso", che è il mutuo che viene diviso in due parti, una con il tasso fisso e una con il tasso variabile. Il doppio tasso è consigliabile a chi preferisce una soluzione intermedia tra il tasso fisso e il tasso variabile, equilibrando vantaggi e svantaggi di ciascuno; "a tasso con cap (capped)", il quale è una particolare forma del mutuo a tasso variabile. In questa ipotesi la caratteristica peculiare risiede nel fatto che consente di limitare il rischio da futuri aumenti del tasso.

Il mutuatario consegue i benefici del variabile nelle fasi di ribasso del costo del denaro, mentre in caso di rialzo ne subisce gli svantaggi fino ad un certo limite. Questa struttura presenta una maggiore complessità in quanto abbina caratteristiche finanziarie tipiche del prodotto a quelle di strumenti finanziari di natura derivata: le opzioni. La copertura non è priva di costi e spesso non sono facilmente individuabili; "a tasso variabile a rate costanti" , che è una tipologia di prodotto che combina le caratteristiche del tasso fisso con quelle del tasso variabile. Succede che al variare del tasso di interesse si modifica la durata del mutuo, ma non anche la rata, che rimane invece costante. I rialzi del costo del denaro determinano un allungamento della scadenza, mentre i ribassi la riducono. È importante valutare vantaggi e svantaggi del tipo di tasso alla luce della propria situazione economica e delle condizioni del mercato, considerando i loro possibili sviluppi nel tempo. Per questo motivo risulta molto utile richiedere il Foglio Comparativo in cui ogni intermediario deve illustrare tutte le caratteristiche dei mutui che offre. Oggi quasi tutti gli intermediari hanno un sito internet sul quale pubblicano il Foglio Comparativo e il Foglio Informativo di ciascun mutuo: è quindi possibile confrontare le offerte con tutta calma. Un importante elemento da valutare e confrontare è il TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale), che tutti gli intermediari devono pubblicare sui Fogli Informativi. Il TAEG sintetizza il costo complessivo del mutuo, che comprende il tasso di interesse e le altre voci di spesa.

5) Gli ulteriori costi. Gli interessi non costituiscono l'unica voce di costo che il richiedente deve fronteggiare per la concessione del mutuo. Le banche sono solite applicare ulteriori spese il cui importo può essere alle volte anche molto notevole. Le spese più frequenti fanno riferimento a il compenso all'intermediario per le spese di istruttoria che può essere calcolato sia in misura fissa che in misura percentuale sull'ammontare del finanziamento, le spese di perizia che possono essere richieste per la valutazione dell'immobile da ipotecare, le spese notarili per il contratto di mutuo e l'iscrizione dell'ipoteca nei registri immobiliari, il costo del premio di assicurazione a copertura di danni sull'immobile ed eventualmente dei rischi legati a eventi relativi alla vita del cliente che potrebbero impedirgli di rimborsare il prestito; altre spese: spese incasso rata, spese invio comunicazioni, etc. L'insieme di queste spese incidono sul costo complessivo del finanziamento, la cui 19 valutazione

non va trascurata soprattutto nella fase di scelta tra i diversi prodotti offerti. A fini informativi e comparativi, le banche devono rendere noto un indicatore che esprime in modo riassuntivo l'onerosità complessiva del mutuo, l'ISC (indicatore sintetico di costo). La misura di questo indicatore è solitamente superiore a quella del tasso di interesse perché incorpora anche altri oneri accessori.[6]

1.2. I meccanismi di erogazione del contratto di mutuo.

I principali passi da seguire per ottenere un mutuo sono:

1) la richiesta e la presentazione della domanda;

2) la valutazione del reddito;

3) la perizia tecnica e la relazione notarile;

4) la delibera finale sulla concessione del finanziamento;

5) la firma del contratto;

6) l'erogazione del mutuo.

La fase iniziale ha inizio con l'apertura d'istruttoria. In questa fase il richiedente o mutuatario, su richiesta dell'ente erogatore, dichiara la finalità del finanziamento e fornisce tutta quella documentazione che giustifichi la domanda di mutuo. Con l'istruttoria l'intermediario verifica il reddito, il patrimonio e le garanzie offerte dal cliente per valutare il merito di credito, cioè essenzialmente la sua capacità di rimborso nel tempo. Ogni intermediario ha le sue procedure per verificare la "bontà" del richiedente a stipulare il contratto. In genere i documenti che vengono richiesti ad una persona fisica e che il mutuatario deve presentare riguardano:

A) le informazioni anagrafiche quali età, residenza, stato civile, eventuali convenzioni patrimoniali stipulate fra i coniugi;

B) informazioni che certificano la capacità di reddito, quali, per i lavoratori dipendenti, la dichiarazione del datore di lavoro che attesta l'anzianità di servizio, almeno l'ultimo cedolino dello stipendio e la copia del modello CUD (oppure il modello 730 o il modello Unico); mentre per i lavoratori autonomi e i liberi professionisti, le ultime dichiarazioni dei redditi, l'estratto della Camera di Commercio Industria e Artigianato, l'attestato di iscrizione all'albo se professionisti;

C) informazioni relative all'immobile, per esempio la copia del "compromesso" di vendita, la planimetria, il certificato di abitabilità, l'ultimo atto di acquisto o la dichiarazione di successione e quanto serve a stabilire la provenienza e la situazione ipotecaria e catastale. Oltre a tutta una serie di documentazioni, tra i controlli pertinenti che effettua la banca, spicca la perizia di un tecnico. Quest'ultima svolta da

un professionista incaricato dall'istituto erogatore, ha la funzione di stimare e valutare oggettivamente il vero valore e le caratteristiche tecniche e giuridiche dell'immobile per cui si sta richiedendo un mutuo, o dei beni presentati a titolo di garanzia del credito richiesto. Per ottenere il mutuo richiesto, bisogna normalmente fornire alla banca delle garanzie reali, che di solito coincidono con l'iscrizione di ipoteca sull'immobile per cui si è richiesto l'importo, o a volte di altri immobili di proprietà del soggetto mutuatario o di proprietà di terzi che si qualificano quali garanti o fideiussori. Il perito accerta che l'immobile presentato a garanzia dell'importo richiesto copra e giustifichi la somma richiesta alla banca secondo percentuali di "finanziabilità" che variano secondo decisioni del singolo intermediario. In definitiva il perito controlla sia la documentazione cartacea del bene presentato, sia fa visita di persona all'immobile e una volta finita la sua attività, fornisce alla banca una perizia dove vengono riportate in dettaglio tutti gli accertamenti svolti e il valore del bene. Nella maggior parte dei casi il costo della perizia è assoggettato al richiedente del mutuo.[7]

Una volta terminata la fase in cui la banca accerta le credenziali e la solvibilità dell'aspirante mutuatario, la fase di istruttoria viene conclusa e la banca si accinge a deliberare la richiesta di mutuo, sia nel caso di delibera con esito negativo che con esito positivo; questa fase, ovvero quella che intercorre dalla presentazione della documentazione e l'effettiva erogazione, ha una durata di solito tra i 30 e 60 giorni. Spesso le banche, come le società che erogano credito al consumo, per deliberare un mutuo, si avvalgono delle tecniche cosiddette "Credit Scoring", ovvero un sistema automatizzato per valutare le richieste di finanziamento della clientela. Si prevede l'utilizzo di metodi o modelli statistici per valutare il rischio creditizio, ed i cui risultati sono espressi in forma di giudizi sintetici graduati, indicatori numerici o punteggi, associati all'interessato, diretti a fornire una rappresentazione in termini probabilistici, l'affidabilità o la puntualità nei pagamenti. Esistono diverse cause che possono portare ad una delibera negativa del mutuo o ad una non accettazione della domanda di mutuo; tra quelle più ricorrenti troviamo ad esempio lo stato di indebitamento del richiedente oppure una scarsa "redditualità" o anche la presenza di protesti oppure quando l'aspirante mutuatario si trova nella "black list", la lista dei dieci cattivi pagatori. Quando, invece, ci troviamo di fronte ad una domanda di mutuo con esito positivo, quindi ad una delibera favorevole da parte della banca erogante, la fase immediatamente successiva è la stipula del contratto di mutuo. Al momento della scelta del mutuo sono resi disponibili al cliente tutti gli strumenti di trasparenza: la specifica Guida della Banca d'Italia, il Foglio Informativo che illustra le caratteristiche del prodotto, rischi e costi del mutuo, il Foglio Comparativo con le informazioni generali sui tipi di mutuo garantito da ipoteca per l'acquisto dell'abitazione principale offerti dall'intermediario, una copia completa del contratto e/o il Documento di Sintesi, anche prima della conclusione e senza impegno per le parti. Si può inoltre avere a disposizione anche sul sito internet dell'intermediario il

Foglio Informativo e il Foglio Comparativo. Se è possibile concludere il contratto on-line, bisogna avere una copia completa del contratto con il Documento di Sintesi, conoscere il TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) del mutuo, consultare il TEGM (Tasso Effettivo Globale Medio) previsto dalla legge anti-usura (legge n. 108/96) sul cartello affisso nei locali dell'intermediario o sul suo sito internet. Il contratto di mutuo ipotecario viene formalizzato di fronte ad un notaio, scelto dal cliente, e su di esso vengono delineate le modalità con cui l'ente erogatore fornisce la somma al mutuatario, e come quest'ultimo restituisce la somma alla banca. In allegato al contratto di mutuo, vi è il piano di ammortamento del capitale concesso in prestito, dove sono riportate in maniera dettagliata il numero delle rate che il richiedente deve pagare per estinguere il debito, le scadenze delle stesse ed il relativo importo derivato dalla somma del capitale residuo e gli interessi dovuti. Le condizioni sul contratto devono essere approvate da tutte le parte interessate; a questo punto la banca eroga il denaro al richiedente, e la procedura viene ultimata con l'iscrizione di ipoteca dei beni messi a garanzia del prestito. Di questo fondamentale adempimento si occupa il notaio rogante. Nel contratto di mutuo devono essere presenti delle informazioni basilari tipo:

I) dati anagrafici delle parti interessate (banca e richiedente);

II) la presenza dell'assicurazione, ove obbligatoria (incendio, crollo, scoppio); importo della somma che la banca eroga;

III) tasso applicato al mutuo (Euribor, Eurirs);

IV) l'eventuale spread; caratteristiche del piano di rimborso (piano di ammortamento);

V) elezione del domicilio, per le eventuali comunicazioni da parte della banca.[8]

Generalmente il contratto di mutuo relativo ad un bene da acquistare, viene stipulato con un atto contestualmente alla stipula del contratto di compravendita, cosicché la somma dovuta verrà riversata al venditore, che però, a volte, non viene erogata il giorno della firma del contratto ma solo dopo alcuni giorni, quando la banca ha potuto verificare l'attuazione delle clausole e delle dichiarazioni del mutuatario.[9]

1.3. L'inadempimento del contratto i mutuo.

Come già detto nei paragrafi precedenti, il mutuo rappresenta un impegno economico non indifferente che si sostiene nel tempo e perciò deve essere valutato molto attentamente sia dalla singola persona che da una famiglia. Se si fanno fin dall'inizio valutazioni sbagliate sulla propria situazione e sulle proprie capacità di rimborso, si potrebbe andare incontro a numerosi problemi. Se le rate, ad esempio, non vengono pagate puntualmente, l'intermediario applica degli interessi di mora i quali si aggiungono alle somme dovute. Nei casi più gravi invece, come l'insolvenza, l'intermediario può ottenere anche lo scioglimento del contratto nei termini previsti contrattualmente per i mutui "ordinari" e nei termini previsti dall'art. 40 del Testo Unico Bancario per i mutui fondiari. Più in particolare, se l'intermediario è una banca, questa può sciogliere il contratto per:

1) mancato pagamento anche solo di una rata (per i mutui ordinari);

2) ritardo di oltre 180 giorni dalla scadenza nel pagamento anche di una sola rata;

3) ritardo, tra il 30° e il 180° giorno dalla scadenza, nel pagamento della rata per più di sette volte (entrambe queste ipotesi si applicano ai mutui fondiari).[10]

Lo scioglimento del contratto comporta la restituzione immediata del debito residuo. Se il cliente non riesce a saldare il suo debito, la banca – qualora l'atto di mutuo abbia la forma dell'atto pubblico- può ottenere, previa notifica del precetto, il pignoramento dell'immobile ipotecato e la sua vendita all'asta. Se esiste un fideiussore, questi è tenuto anch'egli a rimborsare quanto dovuto, unitamente al debitore principale. L'intermediario inoltre, segnala il cliente che non paga o paga in ritardo alla Centrale Rischi, segnalazione che può compromettere la possibilità di ottenere nuovi finanziamenti in futuro. Esiste però un rimedio a tutto ciò. Nel momento in cui il cliente si rende conto di non poter pagare le rate, conviene che si rivolga all'intermediario per cercare insieme una soluzione. Le soluzioni possibili sono:

A) la rinegoziazione del mutuo, per allungare la durata complessiva del finanziamento e avere così rate più basse;

B) la sospensione temporanea dei pagamenti, per superare il momento di difficoltà.

Proprio in riferimento a quest'ultimo punto è uscito recentemente un progetto denominato "Piano Famiglie" elaborato dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana) in partnership con Governo, Regioni, Comuni, Conferenza Episcopale Italiana e parti sociali nel cui interno è siglato un accordo con le Associazioni dei Consumatori, per la sospensione del rimborso dei mutui. L'iniziativa consente, in misura straordinaria vista la crisi dell'ultimo periodo, di sospendere il rimborso delle rate dei mutui per le famiglie in difficoltà. Le condizioni e i termini per aderire a questo piano sono i seguenti:

I) la richiesta può essere avanzata dal mutuatario e, in caso di mutuo cointestato, da tutti i cointestatari o dagli eredi, esclusi gli eredi minori, gli interdetti o gli inabilitati per i quali interviene il tutore;

II) i finanziamenti interessati dall'iniziativa sono i mutui, anche in fase di preammortamento, garantiti da ipoteca, per acquisto, costruzione o ristrutturazione dell'abitazione principale, erogati a persone fisiche con reddito imponibile fino a 40.000 euro l'anno su mutui con importo non superiore a 150.000 euro, a prescindere dal tasso di interesse contrattuale (fisso, variabile, misto);

III) al finanziamento possono accedere anche i mutui con ritardi nei pagamenti, a condizione che il ritardo non sia superiore a 180 giorni consecutivi;

IV) la domanda va presentata alla proprio banca, compilando un apposito modulo, dal 1 febbraio 2010 fino al 31 luglio 2011, in riferimento a eventi sfavorevoli verificatisi tra il 1 gennaio 2009 e il 30 giugno 2011, prolungata ora al 31 luglio 2012 per eventi sfavorevoli verificatisi tra il 1 gennaio 2009 ed il 30 giugno 2012. Gli eventi sfavorevoli che consentono di presentare la domanda sono la morte o l'insorgenza di condizioni di non autosufficienza, la perdita dell'occupazione, l'ingresso nella cassa integrazione. Tra le varie documentazioni necessarie ci saranno dunque la lettera di licenziamento, il certificato di morte, la dichiarazione dei redditi degli intestatari del mutuo;

V) la banca attiva la sospensione entro 45 giorni lavorativi dall'accoglimento della richiesta del cliente, mentre, in caso di diniego, la comunicazione avviene entro 15 giorni lavorativi;

VI) gli interessi contrattuali pattuiti maturano durante il periodo di sospensione e possono essere rimborsati dal cliente secondo diverse modalità, a seconda del fatto che la sospensione avvenga per la sola quota capitale o per la quota capitale e la quota interessi. L'iniziativa costituisce la misura minima alla quale le banche associate sono inviate ad aderire, fermo restando la piena libertà di ciascuna banca di offrire al cliente, in fase di adesione, condizioni migliori rispetto a quanto previsto dall'accordo.

Ritornando al mancato pagamento della rata, se il mutuatario non paga dopo i 180 giorni dalla scadenza della stessa, l'istituto di credito può chiedere la risoluzione del contratto; se invece il mutuatario decide di pagare la rata dopo il 180° giorno, dovrà per prima cosa pagare le eventuali spese legali, la copertura assicurativa (se insoluta), rimborsare eventuali spese sostenute dalla banca, gli interessi di mora e solo dopo questi pagamenti potrà rimborsare l'intero importo della rata come previsto dal piano di ammortamento.

La permuta. Nozione e natura

L'art. 1552 definisce la permuta come "il contratto che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose o altri diritti da un contraente all'altro".

L'espressione "altri diritti" - nonostante la sua ampia formulazione - va riferita ai beni e ai diritti in generale, sia reali che di credito.

Il che significa che non è del tutto esatta l'affermazione corrente secondo cui la causa della permuta sarebbe costituita dallo scambio di cosa contro cosa; in realtà sarebbe più corretto parlare di uno scambio tra diritti, e non solo perché oggetto del contratto non è mai la cosa in sé ma il diritto sulla cosa, quanto perché l'espressione "cosa" può far pensare al solo diritto di proprietà; invece è permuta non solo il trasferimento di un auto contro il trasferimento di un immobile, ma anche - ad esempio - il trasferimento di un usufrutto in cambio della cessione del diritto d'autore.

Dall'espressione "altri diritti" vanno escluse le prestazioni di fare. I contratti del tipo do ut facias sono infatti da inquadrare come contratti innominati.

La permuta è un contratto consensuale, con effetti reali, con attribuzioni corrispettive, oneroso, e commutativo.

Cenni storici

La permuta è il contratto tipico dalle origini più remote, perché costituiva l'unico contratto di scambio ai tempi in cui la moneta non esisteva.

Nel diritto romano più antico non vi erano sostanziali differenze fra vendita e permuta. Entrambi erano negozi reali che si realizzavano attraverso due traditiones di res mancipi, senza che avesse rilievo se lo scambio avvenisse tra cosa e cosa o tra cosa e prezzo.

La due figure assunsero una loro autonomia quando la vendita diventò contratto consensuale; da questo momento sorse il problema di stabilire se la permuta fosse contratto reale o consensuale. La disputa venne superata in periodo Giustinianeo, quando l'istituto fu definitivamente considerato come un contratto atipico di natura reale, che si perfezionava con la consegna e non con il consenso.

Differenze tra permuta e vendita

La vendita consiste nello scambio di una cosa contro un prezzo; la permuta nello scambio di due cosa (o, meglio, due diritti). In teoria la distinzione è quindi piuttosto facile.

Alcune fattispecie, però, possono creare problemi di inquadramento.

E' stato ritenuto che sia permuta e non vendita lo scambio di una cosa con delle monete antiche o anche con monete in circolazione, qualora le monete in questione siano state considerate dalle parti per il loro valore intrinseco.

Permuta è stato ritenuto anche lo scambio di monete di piccolo taglio con monete di taglio grosso.

Vendita e non permuta è stato ritenuto lo scambio di cosa contro titolo di credito (cambiali, assegni), perché i titoli di credito hanno una funzione che si ritiene sostitutiva della moneta.

Un'ipotesi particolare è quella rappresentata dalla doppia vendita, cioè dalla fattispecie in cui due soggetti si vendono (o sarebbe meglio dire si trasferiscono) reciprocamente due beni, prevedendo la compensazione dei relativi prezzi: occorrerà valutare se le parti abbiano specificato il prezzo a fini solo indicativi (nel qual caso abbiamo una permuta) o se veramente si tratti di vendite collegate. In altre parole, occorrerà valutare se le parti abbiano considerato l'operazione in modo unitario oppure no.

Nell'ipotesi in cui il contratto preveda lo scambio di una cosa contro una prestazione mista, che comprende in parte una cosa e in parte un prezzo, secondo una prima teoria si deve aver riguardo alla volontà prevalente delle parti (Cass. 9088/2007); per altri si deve invece valutare quale sia la prestazione di maggior valore.

Permuta reale ed obbligatoria

Anche per la permuta può distinguersi, come per la vendita, tra permuta ad effetto reale e permuta obbligatoria. La prima ricorre quando i diritti vengono reciprocamente trasferiti nel momento del consenso; la permuta obbligatoria ricorre invece quando il trasferimento di uno dei due diritti (o di entrambi) è subordinato ad un ulteriore evento (Cass. 25603/2011).

La permuta può quindi atteggiarsi come permuta di cosa altrui, permuta di cosa futura, permuta alternativa, di cose generiche; non c'è motivo - nonostante alcuni dubbi sollevati in senso contrario - di non ammettere la figura della permuta con riserva della proprietà.

Particolare è il caso in cui taluno trasferisce una cosa e l'altro abbia la scelta tra pagare un prezzo o trasferire un determinato bene: taluno ha definito tale contratto una vendita con clausola di datio in solutum preventiva; altri sostengono che il

contratto non ha una qualificazione definita fino al momento in cui il debitore effettua la sua scelta, momento in cui il negozio si fissa definitivamente come vendita o come permuta.

La permuta con conguaglio

In alcuni casi le parti pattuiscono che una trasferisca un bene e l'altra dia in corrispettivo una somma di denaro più un bene di un certo tipo. Si pensi ai casi in cui si acquista un'auto nuova da un concessionario; il prezzo viene spesso pagato parte con una somma di denaro e parte trasferendo la propria vecchia auto al commerciante.

A) Il codice del 1865 diceva espressamente all'art. 1554 che in caso di permuta con conguaglio si applicava la disciplina del contratto che risultava prevalente (teoria cosiddetta oggettiva) nel senso che la prestazione veniva considerata di denaro o di cosa a seconda di quale delle due fosse di maggior valore.

Alcuni autori ritengono che il legislatore attuale non avrebbe riprodotto la norma in questione solamente per dimenticanza, ma che sia questa la teoria tutt'ora preferibile (ed è questa la tesi seguita dalla giurisprudenza prevalente. D'altronde non v'è motivo alcuno per abbandonare un criterio che è l'unico che - a detta dei suoi sostenitori - può offrire una certa sicurezza.

Ma in realtà tale criterio è assolutamente insicuro, tutte le volte che il conguaglio in denaro abbia lo stesso valore del bene permutato, o tutte le volte che non sia possibile valutare esattamente il bene permutato.

B) Altra teoria, la cosiddetta teoria soggettiva (Rubino, Mirabelli), sostiene che deve applicarsi la disciplina della vendita o della permuta, a seconda dell'importanza che le parti hanno dato alla cosa o al denaro; la tesi è avvalorata proprio dalla mancata riproduzione dell'articolo 1554, ma trova il suo punto debole prevalentemente nel fatto che la ricostruzione della volontà delle parti è spesso molto ardua, se non impossibile; il che impone di cercare un criterio più sicuro.

Non a caso taluno afferma che il criterio distintivo è quello della volontà delle parti, ma che un indizio dell'effettiva volontà sia il criterio quantitativo (cioè quello oggettivo).

C) Una terza teoria (Luminoso, Capozzi, Bianca, Barbero), infine, inquadra la fattispecie nell'ambito del contratto misto. E' stato osservato, infatti, che in certi casi non è possibile ricostruire la volontà delle parti, e d'altra parte può risultare impossibile applicare il criterio oggettivo tutte le volte che il conguaglio in denaro abbia valore identico a quello della cosa trasferita. D'altro canto non si capisce perché il problema debba essere posto nei termini di una rigida alternativa, dato che

vendita e permuta non hanno affatto discipline incompatibili. Non resta, allora, che qualificare il contratto come misto.

Una volta accettata questa tesi, però, resta da risolvere il problema di quale sia la disciplina effettivamente applicabile al contratto misto. Com'è noto la dottrina è divisa in varie posizioni; se si accoglie la cosiddetta teoria della prevalenza, secondo cui al contratto misto sono applicabili le norme del contratto che risulta prevalente, siamo ad un punto morto e si cade in un circolo vizioso. Se, invece, si accoglie la cosiddetta tesi della combinazione (cioè la tesi secondo cui al contratto misto si applica la disciplina di tutti i contratti che sono individuabili nel caso concreto), allora è possibile raggiungere una conclusione soddisfacente, applicando "a ciascuna attribuzione la regola che la riguarda".

Disciplina

Le norme della vendita applicabili alla permuta

Ai sensi dell'articolo 1555 "Le norme stabilite per la vendita si applicano alla permuta, in quanto siano con questa compatibili".

Secondo Mirabelli sono incompatibili tutte le norme che presuppongono il pagamento di un prezzo. Viceversa, secondo la dottrina prevalente, sono applicabili tutte le norme della vendita, sia pure con i dovuti adattamenti. Inapplicabili sono solo alcune di esse, come l'articolo 1474 (mancanza di determinazione espressa del prezzo), l'articolo 1498 (interessi compensativi), mentre saranno applicabili con i dovuti adattamenti le norme che riguardano la determinazione del prezzo affidata ad un terzo (art. 1473), la vendita di cosa parzialmente altrui, l'evizione parziale ecc.... In tali ipotesi, al rimedio della riduzione del prezzo si sostituisce un'indennità a favore del compratore. Si discute se possa applicarsi la disciplina della vendita a corpo e quella della vendita a misura. Secondo la dottrina prevalente è preferibile la tesi positiva, anche se con qualche adattamento; ad esempio l'eventuale riduzione del prezzo, nei casi previsti dagli articoli 1537 e 1539, verrà sostituita con la riduzione del bene permutato ovvero, se ciò non sia possibile, con un conguaglio in denaro. Altra disputa riguarda l'applicabilità della disciplina della vendita a rate; mentre Mirabelli sostiene, ma senza adeguata motivazione, la tesi negativa, altri autori sostengono la tesi positiva (Bianca).

L'evizione totale

Una norma particolare è dettata dall'art. 1553 per l'evizione totale; il permutante evitto può scegliere se chiedere la restituzione della cosa da lui trasferita o il valore della cosa evitta, salvo il diritto al risarcimento del danno. La differenza rispetto alla disciplina della vendita sta in ciò: che il compratore evitto, oltre al risarcimento, può solo chiedere la risoluzione del contratto; il permutante, invece, oltre al risarcimento, ha l'alternativa tra chiedere la risoluzione (con conseguente restituzione della cosa trasferita) o il valore della cosa evitta.

Permuta di cosa presente su cosa futura.

1. Disciplina generale

L'art. 1552 definisce la permuta come il contratto che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà, od altri diritti, da un contraente all'altro. All'art. 1555 c.c. viene poi operato un rinvio pressoché totale alla disciplina della vendita: in forza di siffatto rinvio si è risolto in senso positivo il problema della applicabilità dell'art.1472, per cui si ritiene lecita e possibile una permuta di cosa presente con cosa futura.Tale possibilità si ricava inoltre dall'art. 1348 che ritiene ammissibili le prestazioni di cose future come oggetto di contratto.

Il contratto di permuta di cosa presente con cosa futura è un contratto consensuale, con effetti obbligatori in quanto il trasferimento del bene avverrà solo con la venuta ad esistenza del medesimo. Nella prassi è normalmente redatto un verbale di consegna. E' inoltre un contratto ad attribuzioni corrispettive, volendosi in tal modo rimarcare la necessaria e diretta attribuzione che le parti reciprocamente si fanno, anche nella ipotesi di bene futuro. Dottrina e Giurisprudenza hanno quindi superato gli ostacoli che impedivano di configurare una permuta obbligatoria, dove non vi fosse contemporaneità tra le due prestazioni.

Tuttavia se la venuta ad esistenza del bene è solo eventuale, od addirittura improbabile, si avrà un contratto atipico aleatorio e non una permuta.

Il contratto in esame è frequentemente usato nella pratica allorquando un soggetto ceda in permuta ad un costruttore il proprio terreno affinchè questi vi costruisca un edificio e, come corrispettivo, cedi a titolo di permuta uno o più immobili dell'edificio stesso.

Il negozio produce quindi effetti immediati quanto al bene esistente ed effetti obbligatori quanto al bene futuro.

Si precisa che a questa figure, così come a quasi tutte le altre fattispecie negoziali di seguito esaminate, si applicherà la disciplina degli immobili da costruire, dettata proprio allo scopo di proteggere l'acquirente dal fallimento del costruttore, di cui al D.Lgs. 122/05.

Quanto alle differenze tra un contratto misto di vendita e appalto e la figura in esame, si configurerebbe una permuta se il sinallagma negoziale consiste nel trasferimento reciproco delle due proprietà (di cui uno avente ad oggetto il trasferimento del bene futuro) e l'obbligo di costruire il palazzo sia solo strumentale ed accessorio mentre ricorrerebbe vendita mista ad appalto quando la costruzione del palazzo è al centro della volontà delle parti e l'alienazione dell'immobile rapprensenti solo il mezzo per raggiungerlo. Così nella ipotesi di un contratto

innominato "do ut facias" dove la cessione dell'area è solo funzionale alla costruzione dell'edificio.

Talvolta è possibile che tra i beni permutati non via una equivalenza economica, così che si renda necessario procedere ad una compensazione in denaro; si ha pertanto una permuta con conguaglio.

Si discute sulla natura del contratto in esame quando il valore del conguaglio superi il valore economico del bene permutato: in tal caso infatti non si avrà una permuta ma una vera e propria vendita.

Una volta che il proprietario dell'area abbia ceduto la proprietà del suolo e sia quindi in attesa della venuta ad esistenza del bene, questo diventa creditore nei confronti del costruttore, e potrà trasferire la proprietà delle unità immobiliari da costruire anche senza il consenso del costruttore, configurandosi non tanto una cessione di contratto quando una cessione del credito, per il quale non è necessario il consenso del contraente che abbia già conseguito tutti gli effetti attivi del contratto.

Ai fini degli effetti e della redazione stessa del contratto, assume particolare rilevanza la determinazione del momento in cui viene ad esistenza il bene futuro. In giurisprudenza si è evidenziato come questo momento debba coincidere con il perfezionamento del processo produttivo della cosa nelle sue componenti essenziali, quando cioè siano state eseguite le opere murarie (mentre non bisognerebbe attendere il completamento delle opere di rifinitura). Tuttavia si è poi precisato che non sarebbe sufficiente il completamento dello scheletro in cemento ma debba presentare un aspetto completo, anche se mancante di alcune rifiniture od accessorio non indispensabili.

Sarà pertanto opportuno che le parti individuino con esattezza in contratto tale momento ai fini del perfezionamento dell'effetto traslativo nonché ai fini della applicabilità e sussistenza delle garanzie di cui al D. Lgs. 122/05 (TAIC).

Avendo inoltre effetti obbligatori fino alla venuta ad esistenza del bene, sarà possibile inserire una riserva di nomina a favore del terzo ex 1411, evitando un doppio atto di trasferimento.

2. Strutture negoziali affini

1) Vendita ed Appalto

Questo schema è realizzabile quando la costruzione avviene orizzontalmente, ossia nella ipotesi delle cd. villette a schiera ed offre buone garanzie al proprietario del suolo – alienante: in tal caso si procederà preventivamente al frazionamento del terreno e alla alienazione al costruttore solo di quella parte in cui sorgeranno le villette che resteranno di proprietà esclusiva dello stesso. Ai fini di evidenziare il collegamento negoziale tra vendita ed appalto, quest'ultimo, avente ad oggetto la

costruzione delle villette sul terreno rimasto all'originario proprietario, sarà redatto nel medesimo atto onde evidenziare la sinallagmaticità di vendita ed appalto.

2) Vendita con riserva d'area ed appalto

Si attua mediante vendita del terreno con riserva del diritto di superficie su di un'area pari a quella corrispondente alla porzione immobiliare che il proprietario del suolo vorrà per se, con contestuale appalto per la costruzione delle medesime. In passato questa soluzione ha incontrato ostacoli di problema fiscale in quanto l'Ufficio del Registro riteneva che vi fosse un duplice e distinti negozi (trasferimento del suolo e trasferimento del diritto di superficie) e perciò provvedevano ad una duplice tassazione.

Solo da circa dieci anni, aderendo ad una ricostruzione più coerente sulla riserva del diritto di superficie, che non implica ex se un trasferimento, si è addivenuti ad una tassazione più equa.

Parte della dottrina aveva comunque espresso perplessità in ordine alla possibilità di costituire un diritto di superficie a partire da una certa altezza e per una determinata estensione e quindi, apparentemente poggiati sul vuoto (si ricorda in tal senso la famosa pronuncia della Cass. sull'impossibilità che le "scatole d'aria" possano costituire oggetto di disposizione). In realtà il fenomeno in esame configura un diritto di superficie sulla proprietà che si andrà a costruire od, eventualmente, una serie di diritti di superficie costruiti l'uno sopra l'altro; figure queste certamente ammissibili.

Unico inconveniente risulterebbe che il proprietario(i) del suolo sarebbe titolare solo della proprietà superficiaria dell'edificio, mentre il suolo (e quindi ex se le parti comuni) dovrebbero rimanere in piena proprietà del costruttore. Importanti conseguenze si avrebbero poi circa la possibilità di ricostruire in caso di crollo dell'edificio ed in tema di prescrizione del diritto stesso.

3) Vendita del terreno e contestuale preliminare trascritto

Questa soluzione consiste nella vendita della piena proprietà del terreno in cui il corrispettivo consisterà esclusivamente nel trasferimento di parte del costruendo edificio a terzi (anche figli o parenti) mediante la contestuale sottoscrizione di un preliminare unilaterale per persona da nominare.

Bisogna tuttavia evidenziare come tale soluzione non offra precise e sicure garanzie all'alienante in quanto ai fini dell'esecuzione del preliminare, anche se trascritto, sarà sempre necessaria una sentenza ex 2932.

4) Vendita di quota indivisa di terreno, appalto e divisione di cosa futura

Questa è la soluzione più lineare ed efficace utilizzata nella pratica e condivisa da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Secondo questa impostazione il proprietario del suolo vende all'impresa una quota indivisa del terreno, corrispondente al valore delle unità immobiliari da ricevere: la quota indivisa del terreno verrà espressa in millesimi, rapportata al valore degli stessi millesimi che gli immobili da costruire avranno. Si darà appalto al costruttore di procedere alla edificazione dell'edificio, quale corrispettivo della vendita e si procederà contestualmente alla divisione del futuro edificio, attribuendo in proprietà esclusiva al proprietario del suolo l'immobile concordato.

La fattispecie in esame realizza una ipotesi di condominio precostituito ed ha natura di contratto plurilaterale con comunione di scopo. In quanto tale, qualsiasi vizio che possa costituire causa di nullità, non investirà l'intero negozio.

Questa soluzione presenta il vantaggio di consentire al proprietario il trasferimento di una quota di terreno al costruttore ma di restare comunque nella disponibilità del terreno stesso, in quanto comunista, e qualunque costruzione sul terreno sarà acquistata dallo stesso pro quota per accessione.

3. Inadempimento e conseguenze giuridiche.

L'utilizzo di ciascuna delle fattispecie negoziali sopra esaminate ha chiaramente diverse conseguenze in tema di inadempimento.

Analizzando per il momento la permuta di cosa presente con cosa futura, nella ipotesi di inadempimento, la parte che avrebbe dovuto ricevere la res futura potrà chiedere la risoluzione del contratto. Per effetto della sentenza di risoluzione la proprietà dell'area ritorna al proprietario, con la proprietà delle costruzioni ivi edificate, in forza del principio della accessione, con l'obbligo di pagamento – a sua scelta – delle spese sostenute o dell'indennità pari all'aumento del valore dell'area.

Il proprietario dell'area non avrà invece il diritto di demolire la costruzione, ex 1150 ultimo comma, possibilità che spetterà esclusivamente al giudice; tuttavia non sarà possibile ottenere il ripristino dello stato di fatto antecedente quando area ed edificio formino una sola cosa inscindibile, ossia un nuovo bene.

La circostanza che l'inadempimento del costruttore non comporti la nullità del contratto ma solo la sua risoluzione non tutela in pieno il proprietario in quanto la

risoluzione ai sensi del 1458 sarà in opponibile agli aventi causa del costruttore che abbiano trascritto antecedentemente. Inoltre difficilmente il proprietario si vedrà restituito il bene senza formalità pregiudizievoli ma sarà probabilmente gravato da una cospicua ipoteca concessa dalla Banca per finanziare la costruzione, e quindi potenzialmente soggetto alla esecuzione forzata.

Altro rimedio esperibile, ove ne ricorrano i presupposti, è la rescissione del contratto, la cui applicazione è invocabile per tutti i contratti a prestazioni corrispettive.

Oggi a tutela del trasferimento della proprietà di un immobile da costruire soccorre il D.Lgs. 122/05, ove applicabile ai sensi dell'art.1 dello stesso, permette all'acquirente di conseguire importanti garanzie, tra cui si segnalano:

- Una fideiussione bancaria o assicurativa a garanzia dell'obbligo da parte del costruttore di consegnare l'immobile finito (almeno nei suoi elementi essenziali) fino al rilascio del certificato di abitabilità;
- Una assicurazione obbligatoria nella ipotesi di crollo dell'edificio;
- Il preventivo frazionamento dell'ipoteca;
- L'inserimento nell'atto , a pena di nullità, di tutta una serie di documenti che garantiscano o comunque lascino prevedere il futuro adempimento del costruttore.