



CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI SALERNO

RELAZIONE AL TERMINE DEL PRIMO ANNO DI PRATICA

ex art. 7 D.P.R. 101/90

Dott.ssa Anna GALDOPORPORA

Libretto di pratica n. 11156

2009 – 2010

La sottoscritta Dott.ssa Anna Galdoporpora, nata a Cava de' Tirreni (SA), il 13.08.1982 ed ivi residente alla Via G. Filangieri, n. 132, iscritta nel Registro dei Praticanti Avvocati tenuto da codesto Ordine a partire dal 20.03.2009, rassegna la seguente relazione annuale attestante l'effettivo esercizio della pratica forense presso lo studio professionale dell'Avv. Ugo DELLA MONICA, ed espone quanto segue.

Lo studio legale presso il quale svolge la propria attività di tirocinio spazia, nelle proprie attività, dall'analisi di controversie di natura strettamente civilistica, a problematiche di carattere squisitamente penale, con un occhio di riguardo anche a vertenze concernenti l'ambito amministrativistico.

Sin dal primo ingresso nello studio professionale, la sottoscritta praticante ha avuto modo di relazionarsi con ogni tipologia di questione giuridica, essendo stata liberamente posta nella condizione di poter affrontare argomenti e svolgere ricerche normative e giurisprudenziali in tutti i sopra descritti ambiti di attività.

Lo svolgimento delle attività di collaborazione e ricerche si sono sempre svolte nella massima serenità, potendo godere la praticante di tutti i comfort necessari a compiere con serietà e puntualità le proprie incombenze, attraverso la predisposizione di una ampia stanza di lavoro, attrezzata con una spaziosa scrivania, una ampia e ben fornita libreria giuridica, ed un computer dotato di postazione internet.

L'ambiente in cui ha svolto la pratica è sempre stato caratterizzato dalla massima collaborazione tra le diverse figure professionali, ed all'ottimo rapporto che il *dominus* ha saputo creare e coltivare tra i praticanti; di particolare rilievo, inoltre, l'indubbia disponibilità del titolare dello studio professionale ad una

continua attività di insegnamento, idonea non solo a far comprendere ed apprezzare lo studio del diritto e la sua pratica applicazione sul campo, ma altresì capace di suscitare nel praticante la consapevolezza che la professione intrapresa vada percepita come un vero e proprio modo di vivere, un *modus agendi* improntato alla massima correttezza verso i clienti, come verso i colleghi.

Nel descritto clima di collaborazione e di apprendimento, la sottoscritta praticante ha scelto di approfondire, più specificamente, le tematiche di natura civilistica, avendo modo, così, di affrontare questioni concernenti le più varie branche del diritto civile: dalle questioni riguardanti il diritto di famiglia, potendo apprezzare il difficile ruolo svolto dal difensore allorquando i coniugi pervengano alla volontà, comune o discorda, di separarsi; a quelle di diritto del lavoro, approfondendo soprattutto la natura degli strumenti che il legislatore ha posto a tutela del lavoratore subordinato, come autonomo.

Le attività di tirocinio si sono svolte secondo una precisa scansione temporale: la mattina è stata dedicata alla partecipazione attiva alle udienze, tanto civili quanto penali, nel corso dello svolgimento delle quali la praticante ha avuto modo, in primo luogo, di conoscere e sempre più addentrarsi nel clima della trattazione concreta della *quaestio* dinanzi al Giudice, ed in secondo luogo, di comprendere la materiale redazione di un verbale di udienza (redigendolo, spesso, di proprio pugno sotto la guida del *dominus*), o la reale scansione logico - temporale di un procedimento penale. Nella specie, la partecipazione pedissequa alle udienze, tanto civili quanto penali, è risultata particolarmente interessante nelle fasi strettamente istruttorie, durante le quali l'attività del professionista è riuscita a sollecitare le capacità logico - riflessive della tirocinante.

La presenza quotidiana nei Tribunali, peraltro, si è concentrata altresì nella frequentazione costante delle Cancellerie, per il compimento di attività strettamente pratico - burocratiche, di indubbia importanza, oltre che di notevole interesse: dalle notifiche presso gli Ufficiali Giudiziari, necessarie alla comprensione dei meccanismi pratici con cui viene portato a conoscenza un

determinato atto al suo destinatario, alle iscrizioni a ruolo, precedentemente accompagnate dalla formazione del fascicolo di parte e dalla redazione della nota di iscrizione a ruolo; sino alla consultazione del ruolo giudiziario, come delle pandette delle sentenze.

Nel pomeriggio, l'attività è stata prettamente quella di studio: il *dominus* ha favorito un approccio costante, ma graduale, alle diverse attività di redazione degli atti giudiziari, facilitando la predisposizione di una scansione logica dei vari momenti processuali, in cui si articola una determinata controversia, ciascuno accompagnato dalla redazione di uno specifico atto. Nello svolgimento di detta attività, la sottoscritta praticante è sempre stata opportunamente seguita, indottrinata e consigliata ai fini della predisposizione della migliore difesa, il tutto seguito dal finale controllo del *dominus*, il quale si è premurato di correggere gli atti redatti, evidenziando gli errori e le imprecisioni processuali eventualmente commesse.

Durante questo primo anno di pratica, la sottoscritta ha avuto, pertanto, modo di saggiare la bellezza del diritto e della sua pratica applicazione, maturando ancor di più quell'amore e quella dedizione che avevano caratterizzata la primigenia scelta universitaria di intraprendere proprio codesto studio. La collaborazione fattiva e continua tra i componenti dello studio professionale, il coordinamento costante del *dominus* nelle diverse attività hanno determinato nella tirocinante il maturare di un metodo di approccio alla professione forense, che va dalla realizzazione delle attività più squisitamente intellettuali, quali la redazione degli atti e la partecipazione alle udienze, a quelle più prettamente burocratiche, potendo comprendere come si gestisce e si organizza uno studio legale, soprattutto in relazione alla conduzione delle diverse scadenze.

La relazione che qui si rassegna, per quanto assolutamente non esaustiva nella descrizione di tutte le attività condotte in questo primo anno di pratica, cercherà comunque di fornire un sia pur minimo compendio di quello che è stato l'impegno profuso nella realizzazione dell'attività di tirocinio.

La stessa, così come prescritto dall'art. 7 del D.P.R. 101/90, verterà sulle attività indicate nel libretto e conterà della descrizione dell'attività svolta in un minimo di 10 udienze, dell'approfondimento di almeno 5 questioni giuridiche e di 5 atti.

Con Osservanza

Cava de' Tirreni, li 23 Marzo 2010

Dott.ssa Anna GALDOPORPORA

Avv. Ugo DELLA MONICA

QUESTIONE GIURIDICA N. 1

Espropriazione ed esecuzione su beni indivisi

Tizio conviene in giudizio Caio al fine di sentir dichiarare l'improcedibilità, ai suoi danni, dell'esecuzione promossa da Caio su beni che, a dire di Tizio, risultano essere in comunione legale tra questi e la coniuge, per quanto sugli stessi sia stata precedentemente realizzata una legittima attività di espropriazione immobiliare.

La vicenda giuridica trattata innanzi all'On.le Giudicante adito pone, essenzialmente, al centro di tutta la dinamica contraddittoria la questione riguardante l'operatività ed i limiti di legittimità di una espropriazione realizzata su beni indivisi, di cui, per sua conseguenza, si chiede successivamente il rilascio.

Preliminarmente, opportuna sembra un'analisi dell'istituto in oggetto, che il codice di procedura civile disciplina agli articoli 599 - 601.

Il legislatore ordinario ha inteso consentire altresì di disporre il pignoramento dei beni del debitore esecutato anche quando gli stessi risultino essere in comproprietà con altri, soggetti non debitori, pur nel rispetto dei loro interessi.

In sostanza, ciò che viene ad essere pignorato non è il bene nella sua materialità, quanto la quota ideale dello stesso, che resta, pertanto, in comproprietà tra gli originari comunisti ed il nuovo comproprietario.

Dinanzi alla eventualità che debba procedersi alla espropriazione di beni indivisi, il codice di rito riconosce tre differenti facoltà in capo al Giudice procedente:

- questi, laddove la natura del bene oggetto di espropriazione lo consenta, può disporre la separazione della sola quota da espropriarsi dal tutto, e procedere solo in ordine a questa;
- può decidere di disporre la vendita della quota ideale del bene, pur lasciando lo stesso indiviso;
- può decidere, innanzi all'impossibilità o all'inopportunità di procedere in uno dei due modi precedenti, di sospendere l'espropriazione ed addivenire, preliminarmente, alla divisione del bene.

Nei casi in cui il Giudice dell'Esecuzione presceglie la strada della vendita, come nel caso di cui in controversia, ciò che lo stesso trasferisce con pedissequo decreto non è la proprietà materiale del bene, che resta in comunione; bensì, soltanto la quota ideale dello stesso, di talchè, ferma restando la preesistente comunione, ciò che si realizza è solo un mutamento dei comunisti: all'originario debitore si sostituisce, nel godimento del bene in comproprietà, il creditore esecutante.

A fronte dell'intervenuta riforma del 2005, la scelta tra i tre diversi *modus operandi* qui delineati non risulta essere più così flessibile in capo al Giudice. Questi, allorchè non possa disporre la separazione in natura del bene oggetto di espropriazione rispetto al tutto, dovrà preferibilmente procedere ad instaurare il giudizio incidentale di divisione. Circostanza, peraltro, che non rileva nel caso di specie, considerato che il processo espropriativo si è svolto nella vigenza della procedura antecedente la richiamata novella.

Chiarite la natura e le dinamiche procedurale di un'attività espropriativa, anche quando la stessa abbia ad oggetto beni indivisi, va considerato che, nel caso di specie, la prima peculiarità che balza all'attenzione del giurista è l'operata confusione tra momento espropriativo e momento esecutivo, con l'esplicito intento di far rientrare doglianze da muovere prettamente in sede espropriativa in un giudizio che ha, esclusivamente, ad oggetto una esecuzione per consegna o rilascio.

Anche in questo caso, il codice di procedura civile qualifica tale ultima modalità esecutiva come lo strumento idoneo a realizzare gli interessi del creditore ad essere immesso nel possesso di un bene, mobile od immobile, di cui sia stato dichiarato legittimo proprietario, allorquando la natura del bene medesimo consente una esecuzione in forma specifica, piuttosto che la trasformazione dello stesso in credito.

Si tratta, come si vede, di un momento successivo a quello espropriativo, che è solo necessario a realizzare la disponibilità del bene al successivo trasferimento; e, nell'ambito del quale, non possono trovare alcuna valida considerazione giuridica le

eccezioni e le doglianze che potevano solo farsi emergere nel precedente contesto espropriativo.

In particolare, la principale eccezione mossa dal soggetto esecutato nel giudizio in esame è da ravvisarsi nella paventata illegittimità dell'esecuzione iniziata dal creditore ai suoi danni, sulla scorta di un'attività espropriativa, antecedente, altrettanto illegittima.

Nello specifico, il bene delle cui quote ideali si chiede il rilascio è in regime di comunione legale tra coniugi, di talchè si realizzerebbe l'impossibilità di procedere al rilascio dello stesso, laddove non si procedesse primariamente alla sua divisione, che avrebbe dovuto condurre alla sospensione del processo esecutivo.

La confusione di cui si è detto sembra emergere, pertanto, palese.

La lamentata lesione degli interessi del coniuge in comunione legale non può più avere alcun riscontro nel giudizio oggetto di controversia, avendo la più accreditata giurisprudenza riconosciuto ampie facoltà di doglianza, in capo al comunista presuntivamente leso nei suoi interessi, nell'ambito dello stesso procedimento espropriativo.

Accreditata giurisprudenza, infatti, riconosce come *“nel corso dell'esecuzione forzata promossa dal creditore di uno solo dei coniugi in regime di comunione legale su beni rientranti in detta comunione, al coniuge non obbligato vanno riconosciuti i rimedi processuali tanto dell'opposizione di terzo, quanto dell'opposizione agli atti esecutivi”* (Cass. civ., 718/1999); restando evidente che, in mancanza di ogni espressa doglianza in detta sede, non potrà legittimamente farsi valere alcuna eccezione, tipicamente espropriativa, nel differente procedimento esecutivo, che è momento successivo, ed allo stesso tempo definitivo, rispetto a quello dell'espropriazione.

QUESTIONE GIURIDICA N. 2

Danno da vacanza rovinata

Tizio conviene in giudizio la agenzia di viaggi Alfa al fine di veder riconosciuto il proprio diritto ad ottenere il risarcimento dei danni patiti a seguito del mancato

godimento di una vacanza, nei fatti presentatasi in maniera alquanto differente rispetto a quanto prospettato dal contratto di viaggio stipulato presso la medesima agenzia, ed illustrato dai depliant che avevano determinato l'attore alla prenotazione proprio di quel tipo di viaggio, piuttosto che altro.

La disciplina del cd. "contratto di viaggio" trova espresso riconoscimento nella legge 27 dicembre 1977, n. 1084, di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio, firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970.

La legge in oggetto tipizza due ipotesi di contratto di viaggio: l'uno relativo all'organizzazione del viaggio, l'altro in ordine al contratto di intermediario di viaggi.

Nello specifico, ricorre un contratto di viaggio allorquando sussista la vendita, o comunque l'offerta, sul territorio nazionale, di pacchetti turistici, che comprendano il trasporto, l'alloggio ed i servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio, che costituiscano parte significativa del pacchetto turistico, sempre che l'organizzatore, o il venditore, siano in possesso di regolare autorizzazione.

Discorrendosi, come si è visto, di un regolare contratto a prestazioni corrispettive, l'inadempimento ad opera di una parte, nello specifico l'organizzatore o il venditore del pacchetto turistico, configura una responsabilità contrattuale che postula il conseguente risarcimento di un danno specifico, qualificato come "danno da vacanza rovinata".

Il tema del danno da vacanza rovinata si inserisce nella progressivamente sempre più accentuata struttura del turismo, ormai divenuto fenomeno di massa, nonché nella evoluzione della società e della tutela della persona, in tutte le sue attività latamente "realizzatrici", tanto di un migliore rapporto con se stesso, quanto con le persone e le cose che la circondano.

La Giurisprudenza di merito, sul punto, ha avuto modo di specificare che "*il danno da vacanza rovinata è un pregiudizio al benessere che in concreto consiste nel non aver ottenuto dalla vacanza l'obiettivo prefissato, ovvero, non si tratta tanto di una sofferenza subita, bensì piuttosto di un mancato guadagno sul piano del benessere e della qualità della vita, cioè la mancata acquisizione degli effetti di qualità della vita che avrebbe dovuto apportare la vacanza*" (Trib. Bologna, sez. II, 7 giugno 2007).

Riconosciuta la sussistenza di uno specifico danno risarcibile allorchè si controverta in tema di responsabilità contrattuale per inadempimento del cd. contratto di viaggio, va chiarita la sussistenza di detta responsabilità in capo all'organizzatore del viaggio. A tal proposito, la norma dell'art. 95 del Codice del consumo è particolarmente chiara nello stabilire che *“l'organizzatore di viaggi risponde di qualunque pregiudizio causato al viaggiatore a motivo dell'inadempimento totale o parziale dei suoi obblighi di organizzatore”*. Peraltro, ben radicata sembra essere la responsabilità di tale figura giuridica, anche quando l'inadempimento per non aver garantito al turista tutto quanto promesso in sede di trattative, o illustrato in specifici depliant, non sia direttamente ascrivibile ad un suo comportamento colposo.

E' evidente come, nel caso di specie, le descritte condizioni in cui versava il villaggio prescelto dal cliente, così palesemente difformi da quelle prospettate nel depliant illustrativo al momento della sottoscrizione del contratto, non possono che determinare la ricorrenza di una precisa responsabilità contrattuale in capo al tour operator, tale da determinare la sussistenza del cd. danno da vacanza rovinata, e pertanto la necessità di provvedere al risarcimento dello stesso.

Inoltre, legittima e fondata appare la richiesta dell'attore di vedersi riconosciuto il diritto ad ottenere il risarcimento tanto del danno patrimoniale, da ravvisarsi nelle spese sostenute dal viaggiatore che siano state decisamente superiori rispetto al reale valore della vacanza solo verbalmente goduta, quanto di quello morale, che la Giurisprudenza di merito qualifica come *“stress e disagio patiti per il mancato godimento della vacanza programmata, in tal modo risarcendo chi cercava un'occasione di svago ed ha, invece, visto nascere, crescere ed aumentare il proprio stato di malessere”* (Trib. Como 6 aprile 2005). Circostanza che viene confermata, da ultimo, anche dalla Suprema Corte, con sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008.

Il consumatore che abbia subito un pregiudizio nel godimento della propria vacanza *“può sporgere reclamo mediante l'invio di una raccomandata, con avviso di ricevimento, all'organizzatore o al venditore, entro e non oltre 10 giorni lavorativi dalla data di rientro nel luogo di partenza...”*, a norma dell'articolo 98, comma 2, del Codice del consumo.

Anche in questo caso, come si vede, le doglianze mosse dalla società Beta in ordine all'intempestivo reclamo presentato dall'attore, che avrebbe vanamente atteso il rientro a casa per la sua proposizione, non possono trovare accoglimento, in quanto palesemente sconfessate dalla lettura dello stesso disposto normativo.

Va riconosciuta, pertanto, la sussistenza di una responsabilità contrattuale in capo all'organizzatore del viaggio, con conseguente determinazione della particolare figura del cd. "danno da vacanza rovinata", in ristoro del quale non può che disporsi il risarcimento.

QUESTIONE GIURIDICA N. 3

Formazione ed operatività del giudicato sostanziale

Tizio conviene in giudizio Caio al fine di sentirlo condannare al pagamento di una somma di danaro, come portata da un assegno bancario, che, però, risulta smarrito dallo stesso Tizio.

Nel costituirsi in giudizio, Caio eccepisce la formazione, sulla medesima controversia, del cd. giudicato sostanziale, per essersi, il medesimo Giudicante, già precedentemente pronunciato, in altro giudizio, sulla medesima vertenza (in quella sede, peraltro, rigettata).

La controversia giuridica che si è dianzi descritta ha fatto emergere la necessità di approfondire la tematica procedurale relativa alla formazione della cosa giudicata, ed in particolare della cosa giudicata cd. sostanziale, e della sua operatività nell'ambito del processo civile.

In prima analisi, è bene chiarire che si parla di cosa giudicata al fine di indicare quella pronuncia, operata dal Giudice, che assume carattere di stabilità tale da costituire ordine indefettibile (di fare o di non fare) nei confronti delle parti tra cui è intervenuta; *status* giuridico che può essere riconosciuto alla sentenza allorquando avverso la stessa siano stati vanamente esperiti tutti i mezzi di impugnazione, ovvero non sia più possibile azionarne alcuno, stante la inefficace decorrenza dei relativi termini.

In particolare, la dottrina più accreditata distingue la cosa giudicata formale dalla cosa giudicata sostanziale, chiarendo che si ha giudicato formale nella misura in cui la sentenza “*non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai nn. 4 e 5 dell’art. 395 c.p.c.*” (articolo 324 c.p.c.), determinando la conclusione del processo, nonché l’impossibilità di chiedere, in secondo tempo, al Giudice di pronunciarsi ancora sullo stesso oggetto.

Si parla, invece, di giudicato sostanziale per indicare che “*l’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*” (articolo 2909 c.c.), determinando così la natura incontrovertibile della decisione e l’immutabilità degli effetti da questa prodotti.

La stessa Corte Suprema riconosce espressamente il valore del giudicato sostanziale, allorché chiarisce che questo “*fa stato ad ogni effetto fra le parti, e non è più possibile tornare a discutere neanche sulla base dello ius superveniens, il quale non può normalmente spiegare efficacia che per il futuro e non può vulnerare l’obbligatorietà e gli effetti preclusivi della cosa giudicata*” (Cass. civ., n. 2864/1969).

E’ evidente che, nel caso oggetto di disamina, ci si trova ad affrontare un giudizio che ha già avuto modo di essere definito in un momento antecedente, sullo stesso oggetto e per le medesime ragioni.

In detta sede, la pronuncia del Giudice, che ha rigettato la domanda attorea, non è stata resa oggetto di impugnazione nei termini prescritti *ex lege*, determinando la formazione di quel giudicato formale, che una volta fissata la conclusione del processo, ha potuto consentire la statuizione tra le parti di effetti giuridici stabili ed incontrovertibili (formazione del giudicato sostanziale).

E’ pacifico, pertanto, che il giudizio in ordine al quale si argomenta verte su questioni che, per l’oggetto richiesto in decisione e le motivazioni addotte a sostegno dello stesso, sono state già ampiamente decise ed argomentate ad opera del Giudice, di talché un secondo esame delle stesse sarebbe del tutto illegittimo e renderebbe la domanda relativa improcedibile.

QUESTIONE GIURIDICA N. 4

Risoluzione e recesso dal contratto preliminare di compravendita. Suoi effetti

Tizia conviene in giudizio Caia, secondo le nuove forme del processo sommario di cognizione, al fine di veder dichiarato risolto il contratto preliminare di compravendita con questa stipulato, per colpa attribuibile esclusivamente a Caia, rea di non aver ottemperato all'onere di addivenire, nei termini, alla stipula del definitivo. Nel contempo, chiede di poter trattenere la caparra versata.

Caia si costituisce in giudizio, eccependo l'impossibilità di addivenire alla risoluzione del contratto preliminare, trattenendo la caparra versata; spiega, altresì, domanda riconvenzionale, chiedendo essa stessa il recesso dal medesimo contratto, per colpa attribuibile a Tizia, trattenendo essa la caparra versata.

La vicenda processuale testè delineata pone in evidenza le problematiche connesse alla disciplina ed agli effetti del contratto preliminare, in specie quello di compravendita, in particolare per ciò che attiene ai suoi effetti allorquando si riversi nella fase patologica dello stesso, e dunque si discuta in ordine alle modalità previste *ex lege* per la sua caducazione.

Di contratto preliminare si discorre per indicare il negozio giuridico con cui le parti si obbligano a stipulare un futuro contratto, che assume la denominazione di definitivo. Pertanto, oggetto del preliminare non è altro che la prestazione di *facere* futuro cui le parti si obbligano, gli effetti del contratto vero e proprio determinandosi solo allorquando si addiverrà alla stipula del definitivo.

Nel caso di specie, le parti promittenti si sono impegnate, in sede di redazione del preliminare, ad addivenire alla stipula di un contratto definitivo, che avesse quale particolare oggetto la vendita di un bene immobile.

Sino a qui, *nulla quaestio*. Accertata la piena legittimità giuridica del contratto preliminare quale peculiare forma di creazione di un'obbligazione giuridica, e l'ambito di operatività concreta dello stesso, non può escludersi che, ricorrendone gli

elementi oggettivi quanto soggettivi, quello che si è venuto a costituire tra le parti del giudizio sia un regolare contratto preliminare di compravendita.

Ciò che rileva, e che costituisce terreno effettivo di scontro nel presente giudizio, è la valutazione del momento patologico del contratto preliminare, con conseguente valutazione degli effetti giuridici che esso è in grado di produrre.

Stante la natura di obbligazione futura della prestazione promessa in sede di stipula del preliminare, per il caso in cui uno dei soggetti promittenti non adempie al proprio onere, l'altra parte è facultata a richiedere la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento; ovvero, adire l'Autorità giudiziaria al fine di ottenere una sentenza costitutiva dell'obbligo di fare, che sostituisca il consenso non prestato dall'inadempiente e faccia scaturire tra le parti gli stessi effetti che avrebbe prodotto la stipulazione del contratto definitivo.

Tralasciando, perché mai reso oggetto della questione controversa, l'ipotesi della sentenza costitutiva dell'obbligo di fare, si valuti il caso in cui, la parte non inadempiente, a tutela del proprio buon diritto, opti per la risoluzione del contratto nella peculiare forma dell'inadempimento (opzione, peraltro, effettuata proprio nel caso di specie).

La risoluzione per inadempimento postula la sussistenza di un difetto nel sinallagma contrattuale, in ragione del quale i rapporti tra le parti negoziali subiscono uno squilibrio, considerato che l'una – la parte inadempiente – rompe la reciprocità delle prestazioni in danno dell'altra, di talché a fronte di una parte che opera attivamente per la conclusione positiva del rapporto contrattuale, l'altra si rende, allo scopo, assolutamente assente.

E non basta. Perché possa validamente configurarsi l'ipotesi patologica della risoluzione per inadempimento è altresì necessaria la ricorrenza tanto dell'elemento oggettivo della condotta dell'inadempiente, ravvisabile nell'effettivo mancato o ritardato adempimento della prestazione; quanto dell'elemento soggettivo, configurabile nella colpa ascrivibile in capo allo stesso per aver, in un certo senso, “provocato” l'inadempimento. Colpa che deve essere esclusa solo quando “*nonostante*

l'uso della normale diligenza, il debitore non sia stato in grado di eseguire tempestivamente le prestazioni dovute per causa a lui non imputabile" (Cass. civ., 12760/1999).

Il legislatore ha inteso attribuire allo strumento della risoluzione il compito di ristabilire la parità delle posizioni contrattuali, squilibrate dall'inadempimento, incidendo sul rapporto venutosi a creare e non sul contratto: in tal senso, mentre è indubbio che, a seguito della risoluzione il contratto non potrà più esplicare alcun valido effetto tra le parti, è altrettanto vero che, proprio in ragione dell'affidamento posto nella conclusione dello stesso, la parte non inadempiente può ben richiedere il risarcimento del danno patito.

Ed è proprio rispetto a tale ultima precisazione che si appunta con maggiore forza la dissertazione critica della parte convenuta, nel giudizio istante.

Si discute, tra le parti della controversia, sul diritto o meno, per l'attore, di risolvere il contratto ed al contempo trattenere la caparra confirmatoria versata al momento della stipula del preliminare.

La natura giuridica della caparra agisce proprio come una garanzia dell'adempimento futuro del contratto, anticipando quelli che sarebbero gli effetti di un possibile risarcimento del danno da inadempimento, ed al contempo rafforzandoli. Nello specifico, il tipo della caparra confirmatoria, versata anche nel caso di specie, una parte versa una determinata somma di danaro all'altra al fine di garantire la propria intenzione ad adempiere alla stipulazione del contratto.

La particolare natura della caparra confirmatoria agisce, però, nel senso di garantire la parte non inadempiente dalle mancanze della controparte, in particolare esercitando il diritto alla ritenzione della stessa, solo quando la stessa abbia optato per la recessione dal contratto medesimo.

Stando alla lettera della norma giuridica, solo la recessione dal contratto, in caso di inadempimento di una delle parti, può garantire l'altra attraverso la possibilità di trattenere la caparra confirmatoria versata, non essendo tale ultima clausola estensibile all'ipotesi in cui, la parte non inadempiente opti per la risoluzione del contratto medesimo.

Costante giurisprudenza sul punto chiarisce che “in caso di inadempimento ad un preliminare, l'altra parte può o recedere dal contratto e trattenere la caparra ricevuta o, in alternativa, chiedere la risoluzione e il risarcimento del danno. Stante l'asserita alternatività dei due rimedi e la non complementarità degli stessi, ove venga chiesta la risoluzione del contratto si perde il diritto a ritenere la caparra, in quanto il risarcimento del danno andrà calcolato secondo le norme generali, previa dimostrazione dell'esistenza e dell'ammontare del medesimo” (Cass. civ., 13339/2006); non potendo più, la caparra confirmatoria, svolgere quel ruolo di anticipazione del risarcimento del danno, di cui pure si è discusso.

Trasposto tutto quanto detto nel caso di specie, diviene quanto mai evidente come l'attore non possa avvalersi di due rimedi, che dottrina e giurisprudenza, qualificano come incompatibili, dovendosi escludere, stante la natura della domanda proposta (dichiarare la risoluzione del contratto preliminare di compravendita), la possibilità di trattenere la caparra confirmatoria versata.

Conclusione che non può che far realizzare la assoluta impossibilità di realizzare qualsivoglia diritto ad essa connesso, considerato che, nel caso di specie, alcun accenno fa la parte attrice alla possibilità che il Giudice si pronunci, e liquidi, l'eventuale risarcimento del danno subito.

QUESTIONE GIURIDICA N. 5

La disciplina dell'addebito in sede di separazione giudiziale dei coniugi

Tizia ricorre al Presidente del Tribunale competente per territorio al fine di veder dichiarata la propria separazione personale da Caio, dal quale ha avuto una figlia. La stessa, nel chiedere l'affidamento esclusivo della minore, attribuisce la fine del rapporto coniugale a colpe ascrivibili esclusivamente al marito.

Caio, costituitosi in giudizio, eccepisce di non essere in alcun modo colpevole della fine del rapporto coniugale, chiedendo, invece, che l'addebito venga ascritto, esclusivamente, in capo alla moglie, ricorrente.

Quando l'intollerabilità della convivenza tra i coniugi origina da comportamenti che rappresentino consapevole violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, il Giudice, pronunciando la separazione, ove ne sia esplicitamente richiesto, può dichiarare a quale dei due coniugi (eventualmente ad entrambi) la separazione sia addebitabile (art. 151, 2° comma, c.c.).

L'addebito della separazione costituisce, quindi, una sorta di sanzione per la violazione dei doveri coniugali; essa espleta effetti esclusivamente sui rapporti patrimoniali e successori tra i coniugi, senza alcuna incidenza sui rapporti genitori/figli.

La casistica dei comportamenti che possono dare luogo ad una pronuncia di addebito è estremamente varia; al riguardo, giovi ricordare che, a norma dell'art. 143 c.c., dal matrimonio nascono l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia ed alla coabitazione. Ed, ancora, che entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

In materia di interpretazione ed accertamento dei presupposti che danno luogo all'addebito della separazione, si è verificata, nel corso degli anni, una vera e propria evoluzione nel pensiero della giurisprudenza, la quale ha progressivamente stabilito che non ogni comportamento contrario ai doveri matrimoniali risulta rilevante ai fini dell'addebito della separazione, ma acquistano rilievo solo quelle violazioni che abbiano concretamente determinato l'intollerabilità della convivenza.

In altri termini, la pronuncia di addebito della separazione presuppone che venga data in giudizio la prova di comportamenti, assunti volontariamente da un coniuge in violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, che siano stati all'origine, e quindi causa efficiente, della rottura del rapporto coniugale.

Quando questa prova manchi, ovvero quando si dimostri che la crisi coniugale è intervenuta per ragioni ulteriori e diverse, e magari antecedenti, alla violazione dei doveri matrimoniali, non vi sarà spazio per la pronuncia di addebito della separazione.

In particolare, la Suprema Corte ha espressamente sancito che *«la pronuncia di addebito non può fondarsi sulla sola inosservanza dei doveri coniugali, implicando, invece, tale pronuncia la prova che la irreversibile crisi coniugale sia ricollegabile esclusivamente al comportamento volontariamente e consapevolmente contrario a tali doveri da parte di uno o di entrambi i coniugi, e cioè che sussista un nesso di causalità tra i comportamenti addebitati ed il determinarsi dell'intollerabilità della ulteriore convivenza. Pertanto, in caso di mancato raggiungimento della prova che il comportamento contrario ai predetti doveri tenuto da uno dei coniugi, o da entrambi, sia stato la causa efficiente del fallimento della convivenza, legittimamente viene pronunciata la separazione senza addebito»* (Cass. civ., 28 maggio 2008, n. 1402).

Nel caso di specie l'addebito della separazione è stato richiesto dalla moglie, a carico della marito, adducendo l'ingiustificato allontanamento di questi dalla casa coniugale; allontanamento che lo stesso marito qualifica come necessitato dai comportamenti equivoci della moglie.

Ebbene, anche l'allontanamento dalla casa coniugale, che pure costituisce violazione del dovere di coabitazione, non costituisce di per sé motivo di addebito. Questa è l'opinione della Cassazione, laddove sancisce che *«l'allontanamento dalla casa coniugale non è ex se sufficiente a giustificare l'addebito della separazione, in quanto è sempre necessario verificare se l'allontanamento sia l'effetto dell'intollerabilità del rapporto oppure la causa»* (Cass. 5 febbraio 2008 n. 2740).

Più precisamente, l'allontanamento dalla casa coniugale non concreta una violazione del dovere matrimoniale alla coabitazione e non è motivo di addebito *“quante volte sia stato cagionato dal comportamento dell'altro coniuge ovvero quando risulti intervenuto nel momento in cui l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza si sia già verificata, ed in conseguenza di tale fatto, così da non spiegare rilievo causale ai fini della crisi matrimoniale»* (Cass. 5 febbraio 2008 n. 2740; nello stesso senso: Cass. 20 gennaio 2006 n. 1202; Cass. 10 giugno 2005 n. 12373; Cass. 11 agosto 2000 n. 10682).