UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

ANNO ACCADEMICO 2016/17

APPUNTI DI ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO I

Dalle lezioni della prof.ssa Teresa Pasquino

Bellandi Giuffrida

A cura di Marco Bellandi Giuffrida

bellandigiuffrida@icloud.com

LA DEFINIZIONE DI DIRITTO

UBI SOCIETAS IBI IUS

Il primo compito a cui siamo chiamati in questa sede è quello di **definire il concetto di diritto**, cercando di coglierne a pieno l'essenza. Si procederà per esempi, per arrivare alla soluzione finale. Noi tutti sappiamo che incontrando una persona per strada è buona regola salutarla; i credenti cattolici sanno che la domenica è una regola andare a messa; i socialisti sanno che è una regola che ogni atto individualistico è vietato. Queste tre ipotesi di regole **non possono definirsi giuridiche**. Infatti, esse non si rivolgono a tutti; non vincolano tutti; non sono tanto astratte da coprire una generalità di casi e soprattutto sono create e condivise dal basso. **Non vi è risposta a quale sia la definizione di diritto**: la concezione di diritto, però, viene data **per distinguerlo da altre forme di regolamentazione** che ad esso non appartengono ma che pure lo influenzano. Quando l'uomo delle caverne viveva da solo, egli stesso si dava le regole di vita: non rispondeva ad alcun diritto, ma viveva nel **libero arbitrio**. Nel concetto di diritto, allora, in tanto si può trovare un significato in quanto vi sia un aspetto di ***relazionalità***, come ebbe a ricordarci anche Hegel. Dunque, si pone la questione di diritto allorquando vi è una comunità di persone: i latini, con una sintesi mirabile, ricordavano che «***ubi societas ibi ius***». Infatti, nel momento in cui le persone sono più di una nasce il problema degli spazi, degli ambiti e delle sfere di non collisione.

IL DIRITTO SI AFFINA CON GLI UOMINI

Torniamo all'esempio precedente: nel momento in cui l'uomo delle caverne, che viveva da solo, trova di fronte a sé altre persone che vogliono appropriarsi con un atto di appropriazione dei suoi spazi, la controversia si risolve con un atto di forza; chi vivrà in quegli spazi sarà colui che è il più forte. Rapportata in quella realtà, questa situazione poteva dirsi giuridica perché in quel momento la regola vincolante che con forza si era imposta a quella collettività era la regola della forza. **È impossibile dare una definizione universale di diritto, perché, essendo fatto per gli uomini, con gli uomini esso si evolve e si affina.** Più si sale nel livello di civiltà del gruppo sociale, più si assiste all'abbandono della forza come rimedio. I romani, più grandi creatori di norme giuridiche, dicevano che **il diritto è creato** «***ne cives ad arma ruant***». Il diritto muta anche col mutare dei sistemi politici con cui la società decide di organizzarsi.

Bellandi Giuffrida

COSA CONTRADDISTINGUE UNA REGOLA GIURIDICA

Detto questo, non si è ancora individuato all'interno di un gruppo qual è l'elemento distintivo tra una regola etica e una regola giuridica. **La statalità delle regole di convivenza** (ossia l'emanare delle norme dall'organo che in quella società è determinato a crearle) **conferisce alle stesse il carattere di giuridicità**. Infatti, le regole per essere generali, essere vincolanti e far scaturire una sanzione se violate devono **provenire da un'autorità**. Qui sta la differenza fondamentale tra la regola giuridica e qualsiasi altro tipo di regola. L'esistenza di una collettività impone **da sé** la ricerca di regole di convivenza, in assenza delle quali gli uomini confliggerebbero tra loro per sopraffarsi l'un l'altro. Il grado di tecnicismo delle regole va di pari passo con l'evoluzione culturale, sociale, comportamentale della collettività. Chiunque conosca le poleis greche sa che esse raggiunsero la perfezione in fatto di organizzazione e democrazia: in esse il diritto emanava da forme di assemblee collegiali; se si pensa invece alla società romana come principato o impero o dominato si troverà che in essa il diritto emanava da organi più monocratici. Questo dimostra ancora una volta che il diritto dipende dall'**organizzazione sociale, politica e culturale di una società**. La statualità della norma è in un certo senso autocratica nei momenti in cui la collettività ha scelto un sistema dittatoriale; la statualità della norma è invece democratica nei momenti in cui la collettività distribuisce il potere legislativo. **Una sola cosa non cambia mai sul carattere giuridico delle norme: la fonte di provenienza è sempre e sopra la collettività e non viene mai dal basso**. Le regole di altro tipo mancano del carattere di astrattezza e generalità, che proviene dall'autorità. **Proprio perché statuale, una norma giuridica è anche vincolante i suoi destinatari**. Spesso e volentieri, proprio perché deriva dal potere statuale, la norma giuridica si caratterizza perché prevede per la sua violazione una sanzione: il destinatario sa che se non rispetterà quel comando potrà incorrere in una conseguenza che avrà caratteristiche diversificate (la commissione di una pena, il risarcimento, l'illegittimità dei provvedimenti, ecc.).

Statualità, astrattezza e generalità, vincolatività e sanzione sono i caratteri che contraddistinguono le norme giuridiche rispetto a tutte le altre regole della convivenza etica e sociale.

Questo ovviamente non significa disconoscere le altre regole non giuridiche: esse convivono con quelle giuridiche ma con quelle non hanno nulla a che fare generalmente.

Bellandi Giuffrida

COME IL DIRITTO VIENE CONTAMINATO DALLE REGOLE NON GIURIDICHE

Peraltro, se il diritto è creato per gli uomini difficilmente esso rimane incontaminato dalle altre regole non giuridiche: la misura in cui questo avviene dipende dall'evoluzione storica, culturale, politica di un paese. Al giorno d'oggi in Italia è il Parlamento, composto dai parlamentari eletti —in quanto portavoce delle istanze delle collettività e dei gruppi di rappresentanza — a creare le leggi. Le regole non giuridiche contaminano il diritto allorquando i rappresentanti nell'organo deputato della funzione legislativa riescono a far trasmigrare nel testo di legge i valori, le culture e le sensibilità sociali. La nostra Costituzione repubblicana allo stato attuale prescrive con più norme la formazione delle leggi. La legge nasce dapprima in seno alle Commissioni parlamentari, dove i singoli rappresentanti del popolo si fanno portavoce di un'esigenza e di un bisogno. All'interno della commissione si discute e si prepara un articolato, che sotto forma di proposta di legge o di disegno di legge viene calendarizzato nei lavori dell'aula parlamentare. È comunque in sede di commissione parlamentare si scontrano le ideologie: nell'aula parlamentare si discute ancora. Approvata in via definitiva anche dal Capo dello Stato, la norma è pubblicata sulla Gazzetta ufficiale ed entra in vigore, se non vi è nulla di specifico, dopo 15 giorni. In questo sistema, dunque, è possibile che le regole non giuridiche entrino nel dettato normativo. In un sistema autocratico, invece, è più difficile che i valori sociali filtrino nel contenuto delle disposizioni: il potere di creare le norme è in mano ad una *auctoritas* ristretta.

Il concetto di diritto non corrisponde al concetto di legge. La legge è un'insieme di norme che disciplinano piccoli ambiti della realtà e da sola essa non può mai comprendere tutto ciò che comprende invece il concetto di diritto. **Il diritto contiene in sé leggi di diversa natura, concetti generali, principi non appartenenti al nostro sistema normativo ma creati da altri poteri per il fatto che noi apparteniamo ad altre realtà**. Il concetto di diritto è molto più ampio della legge: comprende anche la scienza giuridica e le decisioni giurisprudenziali.

DIRITTO POSITIVO E DIRITTO NATURALE

Il discorso che ora avviamo, anche con riguardo alla precisazione che faremo in ordine alle fonti del diritto, è strettamente connesso al sistema giuridico in cui ci troviamo.

Dal punto di vista tecnico il nostro è un sistema di **diritto positivo** (*ius positum* ossia posto dall'alto); in altri sistemi il diritto non è positivo, ma **consuetudinario**, fondato piuttosto su una prassi giurisprudenziale.

Bellandi Giuffrida

Il diritto naturale, con la stagione del giusnaturalismo, ha avuto un ruolo nella formazione del concetto di diritto: troveremo tracce di questa influenza anche nel c.d. *ius positum*. Infatti, il diritto naturale che secondo i giusnaturalisti nasce «insito alla natura umana» come aspettativa di tutela da parte dell'ordinamento, si trova ogniqualvolta che i soggetti di diritto aspirano a farsi riconoscere quelle prerogative fondamentali che avvertono come innate nella stessa natura dell'uomo. I giusnaturalisti partono dalla concezione secondo cui l'uomo, da quando ha assunto la coscienza della dignità che lo differenzia dagli altri esseri viventi, ha assunto contemporaneamente anche la consapevolezza di essere **centro di imputazioni e di prerogative inviolabili** connaturate alla propria natura. Il diritto naturale non è del tutto estraneo all'interno di un ordinamento dal diritto positivo: la prerogativa del diritto naturale come diritto a cui deve tendere anche la creazione di qualunque norma giuridica è il valore di raffronto e di riferimento in una visione teleologicamente orientata. **Il rapporto tra diritto positivo e diritto naturale, dunque, è il rapporto tra *ius positum* (diritto com'è posto) e *ius condendum* (diritto come dovrebbe essere)**. Tale tensione è concettualmente solo filosofica e immanente nel pensiero di qualunque interprete e qualunque legislatore. Vi sono alcuni casi in cui è possibile che il diritto positivo sia perfettamente conforme allo *ius condendum*; in tanti altri casi tuttavia questa connessione riesce solo in parte e dunque **resta una semplice aspirazione** che l'interprete dovrà realizzare.
Tutti noi sappiamo dell'esistenza della Dichiarazione dei diritti universali dell'uomo, contenuta in un provvedimento che ha la sua valenza giuridica (e che se violato fa reagire le comunità internazionali): a nessuno viene in mente di credere che nel nostro sistema questa categoria di diritti universali non esista; tuttavia essi non si trovano esplicitati in maniera completa in nessuna legge: la stessa Costituzione a tal proposito usa una dizione generica. Questi diritti, infatti, che entrano anche nel concetto del diritto naturale, sono **immanenti nel pensiero del legislatore quando scrive le norme** ma non si esplicitano. Vedremo come in più casi dovremo ricorrere al concetto ideale del diritto naturale, che non sempre riesce in toto a calarsi nel diritto positivo. La categoria dei diritti, che sono interessati in questo raffronto teleologicamente orientato, è quella dei **diritti della personalità**.
In sostanza, il diritto naturale non è estraneo al concetto di diritto positivo; è tuttavia da vagliare ogniqualvolta che l'interprete ritiene di trovarsi dinnanzi ad una situazione giuridica che ha la sua naturale ispirazione in un principio di diritto naturale.

Bellanti Giuffrida

LA DEFINIZIONE DI ORDINAMENTO

L'ORDINAMENTO

Quello dell'ordinamento è un concetto articolato che indica **come il diritto ha ricevuto organizzazione, strutturazione e complessità** a seguito della corrispondente organizzazione della società alla quale esso serve. Nell'etimologia del termine ordinamento è insito il concetto di ordine. Anche in questo i romani sono stati dei maestri: per primi crearono un ordine del diritto di pari passo con l'ordine della società (le XII Tavole furono il primo *corpus iuris*). L'idea di ordinamento è utile da un lato dal punto di vista concettuale; dall'altro, se l'idea di ordinamento è tenuta ben in mente dal legislatore, può evitare delle confusioni. Essa contiene in sé principalmente l'organizzazione giuridica degli enti e delle realtà attraverso cui la collettività si è organizzata; e i principi giuridici attraverso cui quella stessa collettività ha deciso di reggersi. La collettività, man mano che affina le proprie relazioni interpersonali, avverte l'esigenza di creare delle entità rappresentative attraverso cui esercitare quelle funzioni che meglio l'aiutano nella convivenza pacifica e ordinata. Istintivamente si vede come si formano dei centri di potere, delle entità diverse dai singoli alle quali per convenzione ed accettazione si decide di attribuire un ruolo ed una funzione. Questo discorso, rapportato a società progredite dal punto di vista sociale, ci fa capire che gli stessi uomini pacificamente e sofisticatamente si distribuiscono **compiti e funzioni.** L'attribuzione del potere così ripartito avverrà per opera di atti discrezionali (normativi o edittali a seconda dell'organizzazione) volti a organizzare la società. Nel concetto di ordinamento entra anche il concetto dell'ordine che la società si dà per esercitare, gestire ed amministrare il diritto. Nello stesso concetto, oltre alla organizzazione giuridico-istituzionale della collettività, si trovano quei principi e quelle regole che dettano le condizioni ed il fondamento da cui il diritto promana e può crearsi. Anche questo genere di istituzionalizzazione delle fonti fa parte del concetto di ordinamento.

LE DUE GRANDI TEORIE DEL NOVECENTO

Nel secolo XIX si assistette alla tendenza da parte di alcuni studiosi di teorizzare il concetto di ordinamento giuridico, per cercare di darne spiegazione. In particolare, si sono sviluppate due grandi teorie:

- ***concezione normativistica***: sviluppata dal tedesco **Hans Kelsen**, secondo cui l'idea di ordinamento giuridico può spiegarsi solo se si ha

Bellanti Giuffrida

in mente la nascita dello stesso da una norma sovraordinata, preesistente, idealmente superiore a tutte le altre (c.d. *Grundnorm*). L'esistenza della Grundnorm non è spiegabile né spiegata, ma da essa nasce tutto il resto. Teorizzare l'idea normativa di ordinamento significa assumere un atteggiamento **del tutto fideistico verso l'assolutezza della norma fondante** e verso un principio di ordinatore di valenza esclusivamente normativa. Una delle spiegazioni su chi creasse questa Grundnorm era quella secondo cui la **norma fondante poteva anche essere creata a seguito di un fatto drammatico** (Rivoluzione, destituzione per colpo di mano o di Stato). In tanto esiste un ordinamento in quanto è generato da una Grundnorm.

- ***concezione istituzionale*:** sviluppata da **Santi Romano,** secondo cui nell'idea di ordinamento si debbono far rientrare non solo le norme, ma **ogni forma istituzionale in cui si è organizzata la collettività** (princìpi sovranazionali, regole non scritte, ecc.). Tale concezione è quella più accettata e più vicina alla realtà attuale.

IL DIRITTO PUBBLICO E IL DIRITTO PRIVATO

Nei sistemi ordinamentali complessi nell'epoca più recente ha assunto una rilevanza marcata una **classificazione delle diverse aree di competenza**. Anche questa nuova ordinazione è il frutto di una ulteriore esigenza: all'interno della società debbono essere tenuti in separata considerazione gli interessi a valenza generale superiore —miranti al raggiungimento di finalità non individualistiche— dagli interessi più privatistici —i quali appartengono a quella fascia di rapporti che hanno preminentemente la finalità di perseguire scopi individualistici e non generali—. Facciamo un esempio pratico: i gruppi che assumono la guida di comando di una collettività avvertono che una cosa è l'esigenza di costruire una strada, un'altra cosa è disciplinare il contratto di compravendita tra Tizio e Caio. Così le regole per raggiungere questi fini devono avere carattere diverso a seconda di dove siano orientate. Per seguire interessi generali bisogna avere riguardo degli interessi dell'intera collettività, per la quale è necessario anche sacrificare degli interessi più privati.

Il perseguimento degli scopi e degli interessi generali collettivi (ad es. le regole per distribuire i poteri e le funzioni di amministrazione e di governo) è materia di cui si occupa il **diritto pubblico**; il perseguimento degli scopi e degli interessi dei singoli è materia di cui si occupa il **diritto privato**.

Bellandi Giuffrida

LA DEFINIZIONE DI SISTEMA

IL SISTEMA È LEGATO ALLA FORMA POLITICA

Per passare all'idea di sistema è necessario entrare nel **meccanismo di funzionamento dei rapporti tra ambiti diversi nello stesso ordinamento**. Il concetto di sistema è fortemente legato e condizionato dalla forma politica di una società (Natalino Irti nell'opera *Codice civile e società politica* indirizza molto verso questa idea di sistema). La struttura autocratica prevederà, dunque, un centro di creazione dei poteri che da un capo unico, assoluto, viene diramato ad altri organi in funzione al più di delega o di concessione da parte del sovrano, unico detentore del potere: in questo caso l'idea di sistema non potrebbe che definirsi autocratica e piuttosto semplice, dacché le funzioni essenziali stanno in capo ad una sola persona. Diversamente, più si articola la forma politica —passando per l'oligopolio, il direttorio, il principato fino ad arrivare al modello democratico— più il sistema si articola in termini di poteri e funzioni: ciò vuol dire che all'interno di una comunità si prevedono più poteri, ciascuno dei quali è autonomo ed indipendente dall'altro, ciascuno dei quali dotato di un potere suo proprio tale da non poter essere contaminato o interferito da altri.

IL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE DEI POTERI

Il principio di separazione dei poteri è fondamentale e presente in tutte le democrazie (soprattutto quelle successive al secondo conflitto mondiale), e sta ad indicare che in una collettività organizzata i poteri e le funzioni principali, affinché viva un ordinamento giuridico e un sistema equilibrato, devono essere distribuiti su più organi, in modo tale che uno solo abbia il potere legislativo, un altro solo il potere esecutivo, un altro solo il potere giurisdizionale. La mancanza di interferenza è garanzia di autonomia e di controllo reciproco tra queste funzioni, che fa vivere tutto il sistema. Quando una collettività raggiunge un concetto di ordinamento e di sistema basato sul principio di separazione dei poteri e sul principio democratico di «pesi e contrappesi» si può dire di avere il sistema ordinamentale più vicino alla perfezione.

Bellandi Giuffrida

LE PRELEGGI

UN CORPO UNITARIO

In apertura del Codice civile si trovano le Disposizioni preliminari al Codice civile dette anche disposizioni sulla legge in generale. La loro promulgazione è coeva al Codice civile stesso.

Il **Regio decreto 16 marzo 1942 n.262** è il decreto normativo a firma di **Vittorio Emanuele III**, Re d'Italia, che promulga quanto il guardasigilli Dino Grandi presentava al sovrano per la firma e l'approvazione come parte introduttiva del Codice civile. Le disposizioni sulla legge in generale si componevano di **31 articoli**, gli ultimi dei quali oggi sostituiti per effetto dell'intervento dalla legge speciale 18/1995. Ogni norma ha dei riferimenti in nota, in cui vengono esplicate tutte le vicende che hanno riguardato quel determinato tema dal punto di vista amministrativo e che si sono tradotte in norme speciali successive, che hanno sostituito oppure integrato quella materia. Anche il codice civile è entrato in vigore il 16 marzo 1942. Si insiste sulle date perché ci serviranno per classificare le fonti del diritto. Della redazione dei testi si sono occupati **illustri maestri del diritto civile**, creando norme e istituti tali da avere una proiezione sul futuro così efficace da costituire ancora oggi la base di riferimento il nostro diritto privato attuale. C'è stata una stratificazione dei libri man mano che venivano resi fonte di diritto. C'è una bellissima voce enciclopedica nell'Enciclopedia del diritto scritta da **Rosario Nicolò**, che illustra tutti i lavori preparatori e definitori dell'istituzione.

Bellanti Giuffrida

LE DISPOSIZIONI NON VALGONO SOLO PER IL CODICE CIVILE

Le Disposizioni sulla legge in generale, dunque, si pongono come sede in cui ritrovare e rinvenire tutte le disposizioni di carattere generali che riguardano la **tecnica di produzione**, **i criteri di applicazione e di efficacia** nonché **la valutazione per gli interpreti delle regole di interpretazione da applicarsi alle norme** (non solo del Codice civile, ma a tutte le altre norme). Il Codice civile di quel momento era il progetto di codificazione più esteso venuto in porto nella società civile dell'epoca, perciò le disposizioni generali furono apposte ad esso.

LE FONTI DEL DIRITTO

IL CODICE DEL 1865, STRUMENTO PER L'UNIFICAZIONE

La prima norma che troviamo illustrata nelle Disposizioni, all'articolo 1 (il che detta anche l'iter che concettualmente ha seguito il legislatore del tempo) è dedicata alle **fonti del diritti**. Questo denota una **scelta di campo non databile al 1942** ma risalente agli anni precedenti, quando dal punto di vista storico, provenendo la società civile italiana da un'esperienza di stati divisi (si pensi soltanto alla situazione precedente all'Unità d'Italia) la statualità dei diritti seguiva la frammentazione della società politica di quel momento. L'esperienza dell'Unità d'Italia è stata salutata in maniera così plateale e così efficace proprio perché era riuscita a far passare lo Stato da un'insieme di popoli (e quindi di ordinamenti) ad un sistema unico. Quale, allora, lo strumento migliore per unificare il sistema-paese? Creare un unico ordine giuridico, ancora prima che sociale, fu uno degli strumenti più efficaci. Il pensatore di questo tipo di impostazione di società era stato proprio Napoleone, a suo tempo con la Francia e poi a seguire nei sistemi d'Europa. In Italia, in particolare, dove si procedeva al più attraverso la regolamentazione dei rapporti tra privati contestualizzati nei singoli stati in cui era divisa la società, si è passati dopo l'Unità d'Italia all'aspirazione di creare un **corpo normativo unitario** e a mutuare alcune esperienze storiche per allargare a tutto il territorio nazionale **un'idea unica di codice**.

LE DIFFERENZE TRA CIVIL LAW E COMMON LAW

Le disposizioni preliminari nel prevedere al primo posto dell'articolato la norma dedicata alle fonti del diritto denota la scelta di campo del legislatore, votata ed orientata verso un sistema di produzione delle norme, non tra quelli imputabili o classificabili come diritto vivente, ma piuttosto tra quelli individuabili come **ordinamenti di diritto positivo**. Nello stesso periodo storico in Europa vi erano ordinamenti giuridici basati non tanto sulla produzione di norme, bensì sulla affermazione, attraverso l'applicazione giurisprudenziale, di regole ripetute nel tempo; **in Italia e in altri paesi la direzione fu diversa**, per dare luogo non ad un diritto praticato dai giudici, ma ad un **diritto positivo, ossia posto dall'autorità statale**. Dunque, da subito nello stesso continente europeo cominciarono a distinguersi paesi e stati basati sul **Common Law** —ossia su un diritto creato dalle regole vigenti, praticate, ripetute nel tempo e applicate dai giudici— e paesi e stati basati sul Civil Law — ossia un diritto positivo creato e derivato dal potere dello Stato—. Il diritto positivo per definizione dev'essere **un diritto scritto**; diversamente il Common Law può anche essere tramandato oralmente,

Bellandi Giuffrida

ovvero contenuto in raccolte giurisprudenziali, dove si trovano i precedenti che decidono il caso. Nei sistemi di Civil Law il codice e le leggi sono scritte e non c'è bisogno di cercare precedenti; le fonti del diritto non possono che essere stabilite dalla norma scritta; la produzione delle norme è rigidamente affidata ai poteri statali costituiti, secondo le regole della formazione che vi governano, e seguono un criterio di collocazione da tenere sempre ben presente, che consente spesso di superare i conflitti e le antinomie che si incontrano nell'ordinamento.
L'ordinamento, infatti, non si pone come un quid perfetto. Per la storicità e per il fatto che comprenda tante materie, esso spesso si pone come un luogo di conflitti, contraddizioni e lacune tra norme che l'interprete deve risolvere. Dovendo tener conto della tradizione ormai secolare delle discipline esistenti è facilissimo quando non ineludibile incorrere in contraddizioni, ossia che una norma posta oggi sia in contraddizione con una vigente norma posta molto tempo fa. Una volta poste le norme in un sistema di diritto scritto non è difficile disattenderle, ma le Disposizioni sulla legge in generale forniscono lo strumento di aiuto.

ARTICOLO 1 PRELEGGI

Sono fonti del diritto:
1) le leggi;
2) i regolamenti;
3)... (1)
4) gli usi.
(1) "le norme corporative" sono state abrogate per effetto del R.D.L. 9 agosto 1943, n. 721.

L'articolo 1 delle Disposizioni sulla legge in generale è rubricato "**fonti del diritto**". In una quasi banale enunciazione normativa troviamo indicate le classificazioni fatte dal legislatore del 1942 delle fonti che costituiscono la sede della produzione del diritto, cioè quella che compone l'ossatura giuridica dell'ordinamento nel suo complesso. Tali fonti dovranno coesistere con regole di altra natura per formare il concetto di ordinamento. Le fonti del diritto sono **leggi, i regolamenti**, le norme corporative (inizialmente introdotte come espressione del regime fascista, entità intermedie tra Stato e attività e oggi abrogate), e gli **usi**. Chiaramente la fonte di produzione delle norme non necessariamente integra tutti i profili contenutistici del concetto di ordinamento giuridico; peraltro essa vale a dare fondamento alla norma e ciò non significa che l'interpretazione di quella norma non possa essere contaminata da altri profili e da altre regole dell'ordinamento. Difficilmente, anche se nei fatti accade, un precedente giurisprudenziale nel nostro sistema dà luogo ad una regola giuridica, come invece accade nei paesi di common i law. Pur nel suo scarno contenuto, l'art. 1 prel. contiene tutto il principio ed il sistema delle fonti del diritto. Si tratterà di capire quali articolazioni e quali

Bellandi Giuffrida

specificazioni ciascuna locuzione contenuta in questa norma potrà assumere. La norma, infatti, sarebbe insufficiente se non venisse intesa e integrata dei contenuti ineludibili e che si pongono all'interprete di qualsiasi sistema normativo. Le leggi, i regolamenti, gli usi da soli possono reggere una società civile basata sul diritto scritto per merito dell'interprete, delle fasi storiche e di quanto accaduto successivamente sul piano normativo; tutto ciò ci ha consentito di parlare oggi di una «gerarchia delle fonti». che peraltro non l'art. 1 stesso crea, ma l'interprete alla luce dei fatti importanti che hanno riguardato la collettività.

LA NECESSITÀ DI UNA GRUNDNORM DOPO LA SECONDA GUERRA MONDIALE

Il sistema classificatorio sopra visto, rapportato alla realtà della società politica del 1942, in sé poteva ritenersi abbastanza completo. A quel tempo, infatti, l'espressione massima della norma produttiva di altre norme era la legge. In fondo, l'esperienza normativa dei popoli di quell'epoca aveva conosciuto solo la forma della legge ordinaria; lo Statuto albertino che pur vigeva da quel momento storico, era una fonte di produzione del diritto espressa sotto forma di una legge ordinaria. Il modello a cui si guardava, infatti, era il **Code civil Napoléon** (**1804**), vigente in Francia, unica raccolta normativa di disposizioni valide per dare un governo completo alla collettività. Oltretutto lo stesso codice civile italiano del 1865, non era altro che una legge ordinaria, alla quale veniva riconosciuta una funzione ordinante, perché prima in assoluto capace di dirigersi a qualsiasi ambito della collettività[1].
La vera grande rivoluzione (e in questo si può riscontrare un'idea kelseniana) venne con lo scoppio della **Seconda guerra mondiale**, che coinvolse quasi tutti i paesi europei, determinandone uno sconvolgimento. È lecito, detto questo, domandarsi: se il Codice civile del 1942 era già in vigore, allora quale fu il fattore rivoluzionario? Orbene, si ha da individuare questo fattore nella tragica esperienza della **mortificazione della persona umana**. Si tratta di un fatto rivoluzionario dacché nei popoli vi fu una reazione di tale misura da costringere i belligeranti, una volta posta fine alla guerra, a dare vita alla **Grundnorm** (norma superiore). **La costituzione dei paesi europei**, tra cui anche l'Italia **nasce dunque come reazione alle aberrazioni che erano derivate dalla Seconda guerra mondiale**. La rivoluzione non ha messo in discussione il sistema normativo vigente (il codice civile italiano del 1942 rimase in vigore); ma l'esigenza dei popoli è stata quella di andare nella sfera superiore, nella parte più nobile dell'ordinamento e di colmare una lacuna che si era vista esistere sul campo con la distruzione di intere popolazioni. La

[1] Si trattava della c.d. **legge unica**, dacché conteneva in un unico testo normativo la disciplina dei diversi ambiti in cui si articolava la collettività del momento)

Bellanca Giulia

reazione a tale distruzione fu, dunque, la cessazione di un conflitto di portata mondiale e **immediatamente**, a cura di tutti gli stati che vi presero parte, prima fra tutte le Germania, di dotarsi della **norma superiore**, contenuta nelle Costituzioni di ciascuno degli Stati europei. È qui che nasce l'esigenza di ordinare gerarchicamente le fonti, e non perché un criterio gerarchico fosse già insito nell'articolo 1! Il principio posto a fondamento e addirittura scritto in alcune costituzioni è il principio del **rispetto della dignità umana** («principio personalistico»), in nome del quale, create le costituzioni europee all'interno degli Stati, **esse furono poste al di sopra di qualsiasi tipo di legge**.

LE LEGGI COSTITUZIONALI

Nella stessa Costituzione è disciplinato il procedimento della formazione delle leggi di rango costituzionale. La superiorità delle leggi costituzionali nella Costituzione repubblicana deriva dal fatto che essa è frutto di un lavoro portato avanti dall'assemblea costituente e di un referendum popolare, che espletatosi a vantaggio della forma repubblicana dello Stato, ha accettato di stabilire la Costituzione come Grundnorm. Nella Costituzione scelta dalla comunità sono illustrate le norme che disciplinano il procedimento di formazione delle altre norme interne e in questo procedimento si nota anche che le norme costituzionali seguono un iter di formazione ancora più complesso di quello delle leggi ordinarie. Sia, dunque, in ragione del loro contenuto, sia in ragione della procedura necessaria per formarle, **le leggi costituzionali stanno al vertice della gerarchia**.

LE LEGGI ORDINARIE

Il vertice della piramide gerarchica è rappresentato, dunque, dalla Costituzione e dalle leggi costituzionali. Il legislatore del 1942 non poteva prevedere l'esistenza di leggi costituzionali e soltanto dopo il 1946 e il 1948 il concetto di legge si compone della Costituzione, delle leggi costituzionali e delle leggi ordinarie, già esistenti. Leggi ordinarie significa leggi inferiori a quelle costituzionali, nel grado di collocazione gerarchica e anche nel loro contenuto. Le leggi ordinarie, dunque, sono quelle leggi subordinate alla Costituzione e con essa **non possono contrastare**. La gerarchia delle fonti, infatti, non sta ad indicare che l'una si trova in un gradino inferiore rispetto all'altra, ma sta a significare soprattutto che la fonte di grado inferiore non può mai avere contenuti che contrastino con le norme di grado superiore, altrimenti si creano conflitti di costituzionalità, che finiscono dinnanzi alla Corte costituzionale. Le leggi ordinarie non sono solo quelle che troviamo nei codici e nelle leggi speciali che disciplinano le diverse materie.

Bellandi Giuffrida

I DECRETI LEGGE

Ci possono essere delle leggi di pari grado alle leggi ordinarie ma con forma diversa, a seconda della necessità che ha in quel momento la collettività di ricevere una regolamentazione. Dunque accanto alle leggi ordinarie, sullo stesso gradino di un'ipotetica piramide gerarchica troviamo i cosiddetti **decreti legge** e i **decreti legislativi**. Si tratta di provvedimenti di legge aventi la stessa valenza della legge ordinaria (dunque di grado inferiore alla Costituzione), e che sono emanazione di poteri costituzionali (il Governo) che normalmente non hanno la funzione legislativa, ma che tuttavia **eccezionalmente** prendono la funzione di creatori del diritto producendo.

Il decreto legge può essere creato, emanato dal governo, soltanto in casi di eccezionale esigenza, per eccezionale necessità e solo nel caso in cui vi sia un'urgenza di provvedere, tale da non poter attendere il normale procedimento di formazione della legge, che nello scambio tra le Camere sarebbe troppo lungo. La presenza o meno di tali condizioni è valutata dallo stesso Governo. Dunque, eccezionalmente, il governo che è organo esecutivo si prende carico della funzione legislativa e data la necessità, l'urgenza di disciplinare una materia crea le norme per quella materia. Il decreto legge **entra immediatamente in vigore**, ma **se non viene convertito in legge entro 60 giorni dalla sua entrata in vigore, esso decade**. Orbene, il ricorso a questo sistema che dovrebbe essere eccezionale è diventata la prassi costante, da ormai un ventennio a questa parte e l'iter delle proroghe e dei rinnovi è affidato più ai regolamenti parlamentari che alla Costituzione. È bene tener presente il fatto che il decreto legge, se non viene convertito in legge entro 60 giorni deve decadere.

I DECRETI LEGISLATIVI

Il decreto legislativo è anch'esso una sorta di rinuncia del Parlamento alla sua funzione di creare norme. In questo decreto, data una materia su cui il Governo chiede venga legiferato il prima possibile, il Parlamento rendendosi conto dell'impossibilità di provvedere entro i tempi stabiliti dal Governo, crea una cosiddetta **legge delega**, con cui fissa i principi cardine di quella materia (una sorta di cornice), entro i quali il Governo poi dovrà entrare nel merito e creare una normativa dettagliata e specifica. Sulla base dei principi fissati legge delega, il Governo può creare il decreto legislativo che si presenterà conforme ai principi generali contenuti nella legge delega, ma più dettagliato e affine a far sì che l'azione di governo venga efficacemente portata a termine.

Mentre le leggi ordinarie per poter giungere alla promulgazione e alla legislazione devono seguire il procedimento di formazione nel sistema

Bellandi Giuffrida

bicamerale, secondo la procedura indicata agli articoli costituzionali 70 e segg. (il che implica una lungaggine che può portare avanti i lavori per anni); diversamente il decreto legge e i decreti legislativi hanno un *iter* procedimentale assai diverso. **È bene ricordare che, comunque, ogni provvedimento legislativo (quale che sia la sua natura) necessita la firma del Capo dello Stato per la promulgazione.**

LE LEGGI REGIONALI

Dal 2001 in avanti, dopo la riforma del Titolo V, si affiancano alle leggi ordinarie le leggi regionali, dacché a tutte le regioni (non più solo quelle a statuto autonomo) è riconosciuta potestà legislativa su alcune materie, indicate all'art.117 della Costituzione. Invero l'art.117 della Costituzione ha generato più conflitti che soluzioni.

REGOLAMENTI ED USI

In posizione ancora subordinata troviamo i regolamenti e le consuetudini, che sono **fonti di diritto secondarie**, perché altro non fanno che dare attuazione ad una legge ordinaria di valenza superiore. I regolamenti si preoccupano in genere di contenere la disciplina specifica per dare la migliore attuazione possibile alla legge ordinaria, e spesso e volentieri sono emanati dai ministeri competenti per materia o da organi deputati proprio alla specificazione e alla traduzione in norme esecutive dei disposti contenuti nella legge generale
La consuetudine è fonte del diritto non sempre accolta nel sistema. Tuttavia, intendendosi per tale quel comportamento spontaneo della società ripetuto nel tempo nel convincimento che sia necessario dunque conforme ad una regola di legge, («***opinio iuris ac necessitatis***») è fonte del diritto solo ed in quanto sia richiamata espressamente dalle norme e gli usi a cui fa riferimento la norma siano contenuti in raccolte (veri e propri albi) depositati presso organismi rappresentativi.

Bellanti Giuffrida

LE FONTI SOVRANAZIONALI

L'INTEGRAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA

In quale posizione si collocano le norme che provengono dall'ordinamento giuridico dell'Unione Europea? Frutto di sessant'anni di storia, l'UE ha visto la redazione di trattati che si sono susseguiti nel tempo, stipulati sempre in vista di un **ampliamento dell'area di incidenza dell'Europa sui singoli stati**. L'evoluzione ha tentato di realizzare prima di tutto un mercato comune ed in secondo tempo un luogo comune dove libera concorrenza e libero mercato e libera circolazione realizzassero l'idea di un'unione tra stati quasi federati.

Quanto sia riuscita in questi intenti sono valutazioni di tipo politico che vanno lasciate alle opinioni personali del singolo. Si constata incontrovertibilmente che un apparato normativo in grado di garantire un unico mercato, un unico luogo e un'unica moneta è stato posto in essere. Il meccanismo che deve regolare queste regole ha a che fare con i singoli Stati, e qui si colloca il momento di frattura con il sistema con cui abbiamo a che fare. L'articolo 11 della Costituzione prevede che il sistema italiano si adegui ed accolga convenzioni, trattati e accordi sovranazionali, non restando chiuso. Tuttavia si ha a che fare con il principio di sovranità, che ciascuno stato si è riservato. Il momento di intesa del principio di sovranità può costituire un momento critico verso il pieno adattamento in queste situazioni; la riprova del fatto che anche a livello sovranazionale i fatti storici che riguardano la civiltà hanno un forte impatto anche sull'apparato normativo è dimostrata proprio dalla realtà quotidiana: è bastato un fatto contingente (pare storicamente ineludibile) quale quello della migrazione di massa per mettere in crisi anche il sistema normativo: qualcuno oggi ritiene che il Trattato di Schengen sia vincolante per tutti, mentre altri dicono che sia possibile disattenderlo per sempre o per poco. Le norme che piovono da una realtà così complessa e che incidono nel nostro sistema pongono questo interrogativo agli interpreti: se una norma nel sistema nazionale prescrive A e giunge una disposizione normativa sovranazionale che prescrive invece B, a quale ci si deve adeguare?

I TRATTATI

Il discorso da fare per dare un ordine è il seguente: a fronte della produzione normativa sovranazionale dobbiamo domandarci quale fonte stiamo analizzando. Partiamo dai **trattati**, i quali infatti, costituiscono una nuova realtà giuridica. Sottoscrivendo le disposizioni dei trattati, gli Stati non fanno altro che aprirsi al sistema internazionale, accettando **una realtà altrettanto fondante, che sta al livello superiore di qualsiasi legge ordinaria**. I trattati, dunque, hanno natura fondante costitutiva e superiore alla legge ordinaria, ma non si può dimenticare che gli stessi, una volta stipulati, se contengono delle convenzioni internazionali, per essere recepiti nel nostro sistema **necessitano di una legge (ordinaria) di ratifica**. I trattati istitutivi dell'Unione Europea, viceversa, sono stati stipulati direttamente dagli Stati, a cui essi hanno aderito rinunciando alla propria sovranità. Anch'essi sono effetto della rinuncia parziale del principio di sovranità, pur rimanendo fermo il principio stesso nella parte relativa alle funzioni tipiche dello Stato interno. Il dibattito sulla posizione in cui si trovano queste fonti internazionali nella nostra gerarchia è ancora aperto: si ripercuote anche a livello di giurisprudenza internazionale ma può dirsi **conciliabile in una impostazione del tema qual è quella data dalle Corti europee**. Le fonti derivanti dal

Bellandi Giuffrida

trattato hanno una valenza superiore alla legge ordinaria, benché non possano essere messe sullo stesso piano della Costituzione repubblicana; sono piuttosto da considerare interposti tra le leggi costituzionali e le leggi ordinarie; infatti, hanno una valenza superiore alla legge ordinaria ma minore della leggi costituzionali.

I PROVVEDIMENTI DELL'UNIONE EUROPEA

Nel momento in cui il nostro Stato ha aderito all'Unione Europea per effetto dei trattati ha altresì deciso di accettare la competenza legislativa del Parlamento europeo; la competenza esecutiva del Consiglio dei Ministri europeo e la competenza giurisdizionale della Corte di giustizia. Nelle materie oggetto dei trattati dell'Unione e del diritto europeo vi è stata una riproduzione su scala sovranazionale degli organi che abbiamo all'interno dello Stato. Dunque da quesi organi europei promanano provvedimenti destinati agli Stati membri. Ora, se è chiara la posizione in cui si collocano i trattati, è necessario però stabilire in quale posizione si collocano i provvedimenti dell'Unione Europea. Essi sono di tre tipi:

1) **Regolamenti**. Quando nell'Unione Europea si legifera attraverso i regolamenti, gli stessi avendo come destinatari gli Stati membri entrano direttamente nell'ordinamento giuridico degli Stati e, pubblicati sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, **sono direttamente applicabili**; un esempio molto recente è costituito dalla disciplina sulla Privacy, dapprima affidata al testo unico del Codice di tutela della privacy, e che invece l'Unione Europea nella primavera del 2016 ha affidato ad un **regolamento**. Di fronte a tale regolamento il giudice italiano non deve più tenere conto della normativa precedente. Qualsiasi regolamento, comunque, se non stabilisce nulla circa il mantenimento in vita delle norme preesistenti che con esso sono in contraddizione, queste ultime sono abrogate.
2) **Direttive**. Si tratta del tipo di provvedimento più prodotto dall'Unione europea. La direttiva ha la peculiarità di disciplinare materie che l'Unione assume essere di propria competenza, perché attinenti alle persone o al mercato dove è bene che il diritto sia uniforme (si pensi alla materia della tutela dei consumatori). Dunque, quando l'UE individua una materia, da trattare in maniera uniforme per il raggiungimento e il perseguimento di fini comuni, la assorbe e comincia ad emanare direttive che contengono la disciplina più o meno completa della materia da trattare. Nondimeno, le direttive **devono essere recepite dagli Stati membri mediante legge ordinaria** (anche se solitamente tramite un decreto legislativo), la cosiddetta **legge comunitaria**, che una volta all'anno (generalmente a febbraio) in un unico testo recepisce tutte le direttive in scadenza. Infatti, le

Bellanti Giuffrida

direttive hanno dei termini entro i quali debbono essere recepite dagli Stati membri, che se violati danno luogo a sanzioni. La direttiva può creare un'inserzione all'interno del Codice Civile di un intero settore oppure essere contenuta in una legge speciale in cui il legislatore interno, per adeguarla al sistema interno, introduce integrazioni, modifiche o adeguamenti. Infatti, se il recepimento della direttiva dell'UE necessita di aggiustamenti con il diritto vigente nel sistema statale di recepimento, **il legislatore è tenuto ad adattare il diritto europeo a queste esigenze.** La questione non è di poco conto, perché nell'Unione europea coesistono sistemi di Common Law e sistemi di Civil Law. Nascono antinomie, incongruenze, problematiche derivanti dalla traduzione giuridica. Da un lato entra in gioco la bravura del legislatore che recepisce il testo normativo, oppure la capacità dell'interprete di procedere ad una interpretazione più possibilmente conforme ai nostri principi basilari.

3) **Raccomandazioni** e **decisioni**. Si tratta di provvedimenti non vincolanti per gli stati membri; delineano la tendenza dell'UE a conciliare il diritto comunitario a fronte di disposizioni interne degli Stati membri. Non essendo direttamente applicabili, raccomandazioni e decisioni restano *soft law*, ossia aspirazioni del legislatore dell'UE, che affida poi allo Stato membro di legiferare in un certo modo piuttosto che in un altro. Per i ritardi con cui si applica le raccomandazioni e decisioni non esiste alcuna sanzione.

A presiedere gli obblighi di adeguamento, di recepimento e di applicazione del diritto europeo è deputata la Corte di giustizia, in seno alla quale vengono disciplinate, proposte ed esaminate tutte le controversie aventi ad oggetto il diritto dell'UE. La Corte di giustizia prende decisioni, che si dirigono direttamente agli Stati membri, e anche esse hanno la loro rilevanza.

DUE CONVENZIONI FONDAMENTALI

Analizzando le fonti del diritto sovranazionale è necessario fare riferimento a due convenzioni fondamentali.

- **La convenzione per la salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone** contiene in sé la proclamazione dei principi fondamentali di tutela delle persone; fu stipulata a **Roma il 4 novembre 1950**, resa esecutiva con la l.848/**1955** e poi di volta in volta sempre aggiornata ed integrata. Le proclamazioni di questa convenzione si sono trasposte nelle costituzioni dei vari stati, anche a di fuori dell'Europa.
- La **Carta di Nizza** (o meglio, Convenzione europea per la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo) ha accompagnato il Trattato di Maastricht e **contiene la tutela dei diritti fondamentali delle persone all'interno**

Bellandi Giuffrida

dell'UE. Fu firmata a Nizza negli anni Duemila e oggi è menzionata dal Trattato di Lisbona (ultima versione del trattato europeo), che all'articolo 6, comma 3, la richiama espressamente conferendole lo stesso valore giuridico dei trattati.

La prima è una convenzione internazionale ed in seno ad essa è prevista una esplicita competenza giurisdizionale dalla **Corte di Strasburgo**; per l'applicazione delle norme degli stessi diritti, ma per effetto della carta di Nizza, la competenza giurisdizionale è invece della **Corte di giustizia**, che ha sede a Lussemburgo ed è competente per tutto il diritto europeo. Se dunque per la violazione di un diritto fondamentale si lamenta il cittadino dello Stato italiano, citando espressamente la violazione di una norma della Convenzione del 1950 deve adire per la tutela i giudici di Strasburgo; se invece lamenta una violazione di una norma della Carta di Nizza deve rivolgersi a Corte di giustizia.

Questo non deve affatto lasciarci perplessi. Infatti data la rilevanza della materia anche in seno al diritto europeo, pur avendo una convenzione già presente dal 1950, si è voluta riservare una parte di norme ad essa, creando una sorta di duplicato. Di questo non si può essere sempre felici: si tratta certamente di una conquista di civiltà rispetto alla Seconda guerra mondiale, ma di fatto nel sistema sovranazionale coesistono due carte con due organi competenti diversi a livello giurisdizionale e nella pratica su una stessa questione potremmo avere due corti che affermano due cose opposte (l'ipotesi è tutt'altro che peregrina). L'incidenza di queste norme sul diritto interno e della interpretazione che di queste danno i giudici internazionali è un problema enorme e molto dibattuto negli anni recenti. Spesso e volentieri le corti internazionali (tanto quella di Strasburgo quanto quella di Lussemburgo) sono contrastanti o difformi e assumono decisioni senza tenere conto dell'impatto che queste hanno all'interno del sistema degli Stati destinatari.

UN CASO CONCRETO DI INCOMPATIBILITÀ

Un esempio molto recente è costituito dal caso delle coppie tra omosessuali che contraggono matrimoni all'estero e chiedono la registrazione del loro matrimonio in Italia. Due persone dello stesso sesso contraggono matrimonio all'estero, vengono in Italia chiedendo la registrazione dell'atto del matrimonio negli atti dello Stato civile; l'ufficiale dello Stato civile, però, rifiuta alle persone dello stesso sesso la trascrizione, assumendo che esso è nullo per la legge italiana. Dall'appello si giunge in Cassazione, che nel 2013 affrontando la questione stabilisce che effettivamente è impossibile trascrivere il matrimonio, ma che alla luce delle disposizioni contenute nelle carte europee e dell'orientamento della giurisprudenza europea verso l'accoglimento delle

Bellandi Giuffrida

istanze di ogni tipo, il legislatore italiano avrebbe dovuto ovviare a questa lacuna nell'ordinamento, o modificando le norme sul matrimonio o legiferando con norme *ad hoc*. In effetti, la giurisprudenza della corte di Strasburgo su istanza di alcuni cittadini, che avevano considerato questa limitazione fortemente lesiva della loro libertà personale e del rispetto della vita privata, era stata investita della questione, e aveva rinvenuto una violazione di un diritto fondamentale emanando una sentenza in cui ha ritenuto che in applicazione della convenzione del 1950 l'istanza di tutela della coppia dovesse essere accolta. Proprio nel luglio 2015 la Corte di Strasburgo assume una decisione che censura lo Stato italiano per il fatto che il legislatore non avesse ancora provveduto, nonostante il filone giurisprudenziale, ad ovviare la lacuna dell'impossibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso e della trascrizione del matrimonio avvenuto all'estero. Si tratta di una questione affrontata su piani diversi.
Non è dunque inusuale che vi sia incompatibilità tra norme diverse, tra decisioni assunte da organi diversi. Sull'impatto di queste decisioni sul diritto interno, dobbiamo considerare il fatto che l'Italia si trovi in un sistema di civil Law e di diritto positivo. Se, infatti, le decisioni sovranazionali in un sistema di Common law hanno un impatto senz'altro più diretto ed immediato, in un sistema come il nostro è più problematico recepire tout-court le decisioni di una corte sovranazionale, dal momento che le norme sono solo di diritto positivo e di fonte statale. **La sentenza della corte di Strasburgo, dunque, vincola l'Italia? No, perché l'articolo 1 del Codice civile non contempla la giurisprudenza e le sentenze tra le fonti del diritto**.

LA TEORIA DEI CONTROLIMITI

La Corte costituzionale, investita della stessa questione sui conflitti di tal genere, con due sentenze già 2007 (347/07 e 348/07) ha stabilito che i giudici interni nel nostro Stato in caso di conflitto tra norme interne e norme sovranazionali contenute nei trattati e convenzioni devono dare prevalenza alle norme sovranazionali e **che l'interpretazione data a tali norme da giudici sovranazionali deve prevalere sull'interpretazione dei giudici interni stessi**. Si tratta di una rivoluzione nel nostro modo di intendere: forse che si debba creare una gerarchia anche delle fonti giurisprudenziali, dopo la decisone della Corte che ha determinato nei giudici interni una sorta di impaccio? Secondo alcuni costituzionalisti si sta andando troppo in là e la stessa Corte costituzionale sta ponendo un freno a questo problema con l'elaborazione della cosiddetta **teoria dei controlimiti**.
Se è vero che abbiamo un ordinamento sovranazionale a cui fare riferimento ed un diritto europeo che sta nelle fonti tra le leggi costituzionali e la legge ordinaria, è anche vero che nella Costituzione repubblicana si hanno dei

Bellandi Giulinda

principi fondanti che fanno da limite a qualsiasi tipo di distorsione che dovesse creare la giurisprudenza europea riguardo a questi principi. La sentenza della Corte costituzionale che ha dato luogo a questa reazione e poi conseguentemente alla **teoria dei controlimiti** è la nº 49/2015, nata proprio dalla questione del diritto di proprietà in seno alla corte di Strasburgo, la quale ha assunto una decisione in palese violazione (o quantomeno assoluta ignoranza) di un principio fondamentale che assiste il diritto di proprietà del nostro sistema, contenuto nella Costituzione repubblicana, secondo cui la tutela della proprietà è subordinata alla funzione sociale che essa deve svolgere. Dunque, la Corte costituzionale ha voluto precisare che mai la corte di Strasburgo possa andare contro ai principi del nostro sistema, nell'interpretazione.

LE NORME E LA LORO INTERPRETAZIONE

UNA DEFINIZIONE DI NORMA

Definiamo ora il concetto di norma, cercandone i caratteri specifici. La norma giuridica, secondo una concezione formalistica (esegetica) può essere rappresentata sotto forma di **giudizio ipotetico**. Se si guarda alla conformazione lessicale della norma si desume molto facilmente che questa si potrebbe tradurre nella seguente proposizione: se accade un fatto, allora opera questa conseguenza («se A allora B»). La prescrizione normativa normalmente è congegnata in modo tale **da descrivere un comportamento e pensare poi alla conseguenza che deriva se si tiene ovvero si viola quel dato comportamento**. Se subisco un danno perché investito per strada allora ho diritto al risarcimento; se acquisto un bene, allora divento titolare di un diritto di proprietà. Molti manuali forniscono questa descrizione, la quale però è davvero troppo formalistica e a cui non dobbiamo appassionarci.

LA NECESSITÀ DI UNA LETTURA SISTEMATICA

Anzitutto non sempre in un'unica norma riusciamo a trovare la conseguenza: spesso una norma contiene la descrizione del fatto mentre la conseguenza va individuata in altre norme (può accadere che il «se A» stia nell'articolo X, mentre l'«allora B» nell'articolo Y). Ci dobbiamo abituare, dunque, ad una lettura **sistematica**. Non solo: il "se A" di un determinato momento storico a non è detto che possa essere descritto e contemplato come dovrebbe essere magari a sessant'anni di distanza; si pone, dunque, l'esigenza di capire in che modo un testo cristallizzato e ingessato in una descrizione possa o

Bellandi Giuffrida

debba essere contestualizzato. Allo stesso tempo il diritto scritto non può neppure essere messo in discussione più di quanto ci consenta una contestualizzazione dello stesso. In questo dilemma costante, dobbiamo trovare il giusto mezzo tra una formulazione scritta di un testo normativo, avente forza vincolante, e la relativa contestualizzazione di quel testo alla realtà, facendo in modo che la certezza di quel comando non venga meno. Poche sono le norme che danno sicurezza al legislatore. Il compito della contestualizzazione è dell'interprete: tale compito rappresenta per noi l'attività principale ancorché la più difficile a cui siamo sempre chiamati.

FATTISPECIE ASTRATTA E FATTISPECIE CONCRETA

Una caratteristica del diritto è la generalità e astrattezza. La norma, intesa come giudizio ipotetico, deve essere astratta e generale. Di solito la norma descrive una fattispecie che, derivando dalla terminologia latina (*factis species*), sta ad indicare **la specie di un fatto,** ossia descrive un modello ideale di comportamento a cui tanti comportamenti umani possono corrispondere; a questa descrizione poi collega determinati aspetti. C'è una differenza tra fattispecie astratta (che è il modello ideale) e fattispecie concreta (che è l'azione concreta, pur simile al modello ideale). La norma, dunque, descrive la fattispecie astratta mentre solo la la fattispecie concreta rispetto all'astratta si arricchisce.

NORME IMPERATIVE E NORME DISPOSITIVE

Quando il legislatore non vuole che il comportamento della fattispecie venga disatteso o minimizzato dalla fattispecie concreta, descrive il comportamento nella norma non come affidato alla scelta dei destinatari, ma come un comportamento che è dovuto. **Quando la norma assume il carattere di inderogabilità allora essa è una norma imperativa**, la quale se violata in tutto o in parte darebbe luogo ad una nullità o ad una conseguenza da parte dell'ordinamento di censura della violazione. Inderogabilità ed imperatività sono la stessa cosa, ma se l'inderogabilità si rivolge all'osservanza dei privati, imperatività ha in sé il concetto di comando e quindi quello di sanzione. Le norme imperatIve, se derogate, implicano una forte reazione dell'ordinamento. Se esistono norme imperative, ragionando al contrario, vi possono anche delle norme **dispositive**, ossia dei precetti del legislatore, che vengono affidati alla disponibilità dei destinatari, a cui gli stessi possono scegliere se adeguarsi o meno, senza per questo subire la conseguenza della sanzione ma al più delle conseguenze che andranno contro i loro interessi. Ad esempio, il legislatore in alcune norme sulla pubblicità degli atti, per garantire la certezza degli acquisti prescrive a carico degli acquirenti di beni immobili, l'onere della pubblicità dell'atto di acquisto nei pubblici registri;

Bellandi Giuffrida

la pubblicità di questi atti non è contenuta in norme imperative e i privati sono lasciati liberi; se non trascrivo l'atto di acquisto nessuno può espropriarmi, ma il dante causa può vendere lo stesso bene anche ad un altra persona, che eventualmente prima di me va a trascrivere l'atto: io allora ho perso il diritto, il quale invece viene acquistato dall'altra persona che prima ha trascritto. Norme dispositive e norme imperative dunque sono diverse. Tra fattispecie astratta e concreta bisogna distinguere bene. Se una fattispecie astratta è contenuta in una norma imperativa e inderogabile essa non potrà essere disattesa dai destinatari.

LA NORMA NON È RETROATTIVA

Le norme hanno anche la caratteristica di essere destinate a durare nel tempo; se il legislatore assume un'attività legislativa perché una materia va disciplinata in un determinato modo, questa materia si supporta su una disciplina proiettata verso il futuro.

ART. 11 PRELEGGI

La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo.
I contratti collettivi di lavoro possono stabilire per la loro efficacia una data anteriore alla pubblicazione, purché non preceda quella della stipulazione.

L'articolo 11 preleggi afferma chiaramente che la legge **non dispone che per l'avvenire**. La norma giuridica, quando posta dal legislatore, non può disporre per il passato, dato che deve disciplinare i rapporti che da quel momento in poi potranno essere sottoposti alle fattispecie generali. Sicché tutti i comportamenti precedenti, pur simili alla fattispecie astratta, restano fuori dal campo di applicazione di quella norma. Solo in via eccezionale il legislatore può dichiarare in un'apposita norma la retroattività (è il caso di alcune leggi speciali). Essendo un fatto eccezionale, normalmente la retroattività si ha quando il legislatore che crea quelle norme si rende conto che i rapporti disciplinati sono ancora pendenti (perché derivanti dal passato) e devono essere risolti con quelle regole che sta dettando: un esempio è rappresentato dalle leggi speciali in occasione di eventi sismici o di fatti gravi, in cui alcune attività economiche vengono ad essere pregiudicate e i contratti in essere non possono essere perseguiti.

L'ERMENEUTICA LEGISLATIVA

L'attività dell'interprete è tanto essenziale che il legislatore vi dedica l'intero **art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale**.

Bellardi Giuffrida

ART. 12 PRELEGGI

Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.
Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Tale articolo, pur essendo rubricato con la locuzione "interpretazione delle legge", esordisce con un riferimento all'applicazione della legge: dunque, si è posta la questione se la norma fosse rivolta a tutti gli interpreti oppure soltanto ai giudici. La questione si risolve pensando che tutti in realtà siamo chiamati ad una continua attività ermeneutica di norme regolamentari, perciò non vi è dubbio che dei canoni di cui all'art. 12 siamo tutti destinatari. I criteri di interpretazione sono **ineludibili** perché spesso per risolvere i conflitti dobbiamo ricorrere ad essi.
Il primo comma dell'articolo 12 («Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore») contiene in se due criteri ermeneutici: il primo criterio **sembrerebbe** contraddire quanto detto finora e non lasciare spazio all'interprete ad un'interpretazione della norma ampia, diversificata e attenta al contesto in cui essa si è posta. **Sembra**, infatti, che costringa l'interprete all'interpretazione testuale, letterale, chiusa del testo normativo. Ma se ci fermassimo a questo il diritto sarebbe spesso lettera morta; non avrebbe la capacità di rinnovarsi e di procrastinarsi nel tempo, perché molte norme cessano con gli anni mediante la tacita inosservanza per mancata efficacia nel contesto collettivo.
Ciò che può salvare da una tale fine è il secondo criterio posto dal primo comma dell'articolo «**e dalla intenzione del legislatore**».

LA RATIO LEGIS

Tale intenzione è detta spesso anche *ratio legis*; essa costituisce la ragione, la giustificazione sociale, storica, economica, etica, morale che ha portato il legislatore a creare una norma del genere. La *ratio* deve sempre caratterizzare una norma ed è facilmente riscontrabile, anche se l'espressione «intenzione del legislatore» può apparire pleonastica, dacché il legislatore non è una persona ma l'organo del Parlamento. Per ricavare l'intenzione si deve procedere riferendosi al procedimento di formazione della stessa legge, agli atti parlamentari che hanno dato luogo al convincimento del legislatore, alle perizie degli esperti. È il modo attraverso cui gli apparati parlamentari, filtrati attraverso la *ratio*, entrano nel disposto normativo e costituiscono la giustificazione del perché una norma è stata concepita in quel determinato modo. La *ratio legis* è facilmente individuabile anche dalla

Bellanti Giuffrida

relazione illustrativa alla legge stessa, nella quale l'esponente che fa da relatore al testo di legge riassume e racchiude tutte le motivazioni su cui si fonda quell'articolato normativo. Quando l'interpretazione è affidata sia al criterio testuale e sistematico (prima parte del primo comma) sia all'intenzione del legislatore, allora per l'interprete è più facile l'interpretazione più adatta alla fattispecie concreta che sta esaminando. In modo tale, individuando. Gli atti parlamentari sugli studi preparatori per l'elaborazione finale della legge sono accessibili a tutti; la relazione che accompagna la legge è sempre pubblicata sulla Gazzetta ufficiale.

ABROGAZIONE TACITA E ABROGAZIONE ESPRESSA

Nel caso in cui la norma disciplina fattispecie non più attuali (è il caso dell'istituto non più praticato dell'anticresi), **essa perde efficacia e può considerarsi anche abrogata per desuetudine**. Ma quando accade che ciò si verifichi per materie di vasta portata e di grande importanza, il legislatore con norma espressa abroga la norma precedente oppure detta una disciplina diversa e più attuale per lo stesso fenomeno. Una stessa materia, infatti, non è detto che debba essere disciplinata dalle stesse norme: laddove non arriva l'interpretazione, interviene il legislatore con un'abrogazione espressa.

L'ISTITUTO DELL'ANALOGIA

Attraverso l'interpretazione sistematica, l'interprete ha i criteri ermeneutici con cui porsi di fronte a qualsiasi norma. Nell'interpretare le disposizioni di leggi, dobbiamo tenere presente che le norme di rango superiore nella scala di ripartizione delle fonti saranno superiori e conterranno principi a cui le norme di rango inferiore non potranno derogare. Il secondo comma dell'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale dispone un'altra cosa importante. Ivi è contemplata l'ipotesi in cui il sistema legislativo (nel suo complesso) abbia e subisca delle lacune, ossia presenti all'interprete una mancata corrispondenza tra fattispecie concreta che si sta verificando e fattispecie astratta non prevista: siccome un giudice non può esimersi dal giudicare (verrebbe altrimenti accusato del reato di denegata giustizia), c'è bisogno di una soluzione. Le lacune dell'ordinamento e le antinomie tra norme di legge devono essere disciplinate attraverso l'istituto dell'analogia, di cui si occupa il secondo comma.

In breve, l'analogia è un criterio ermeneutico che consente all'interprete di colmare le lacune dell'ordinamento e di dirimere i conflitti tra norme di legge. Invero, esistono il criterio dell'**analogia legis** e il criterio dell'**analogia iuris**.

- ***ANALOGIA LEGIS.*** La prima parte del secondo comma dell'articolo 12 prel. recita: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o

Bellandi Giuffrida

materie analoghe»: un caso concreto è rappresentato dal contratto di *leasing* non disciplinato dal sistema, ma che veniva comunque praticato: in quegli anni, quando sorgevano delle controversie tra le parti, il giudice ricorreva al criterio dell'analogia legis**. In forza dell'analogia legis l'interprete è obbligato a rinvenire nel sistema normativo la disposizione di legge che più si avvicina al caso concreto che ha dinnanzi** (nell'esempio, norme sulla locazione, applicato dominio, ecc.).

- ***ANALOGIA IURIS***. Se cercando all'interno del sistema non vi sono norme simili o materie analoghe, allora l'interprete può e deve decidere il caso ricorrendo alla c.d. *analogia iuris*, ossia guardando ai principi generali sovraordinati dell'ordinamento giuridico che seppure inespressi in precisi dettati normativi, sono tuttavia appartenenti ai sistemi generali dell'ordinamento giuridico o al sistema internazionale, (principi costituzionali, diritto europeo, carte fondamentali, principio di buona fede, principio di correttezza, ecc.).

L'INTERPRETAZIONE AUTENTICA, DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

Nell'interpretazione della legge vi possono essere criteri diversi per capire quando essa sia vincolante o meno. Se una norma richiede l'intervento dello stesso legislatore, questi solitamente interviene con una norma ulteriore che chiarisce il significato dell'interpretazione precedente. In questo caso l'interpretazione è detta **autentica** ed è **vincolante**

L'interpretazione dottrinale costituisce l'interpretazione che la scienza giuridica dà delle disposizioni di legge: è libera e affidata alle teorie degli studiosi di quei temi. Non ha potere vincolante.

L'interpretazione giurisprudenziale è quella fornita dai giudici. Essa, pur non avendo vincolante, quando è rappresentata da un filone di decisioni orientate verso la stessa interpretazione, l'interprete deve sempre tenerne conto, in particolare se questo orientamento è reso dalla Corte di Cassazione. Sta di fatto che tra i criteri ermeneutici la giurisprudenza è molto rilevante e non trascurabile.

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Se le Preleggi fossero le stesse del 1942 avrebbero disciplinato anche i rapporti di diritto privato, in merito alle situazioni che accadono quando due o più soggetti sono parte di ordinamenti di nazionalità diversa. La materia, infatti, era affidata agli artt.17-31 delle Disposizioni sulla legge in generale ma la **legge 118/95** ha modificato e sostituito le norme dedicate appunto a persone appartenenti a stati diversi. Il diritto internazionale privato è una materia affascinante; infatti permette di apprendere, fissare come fanno

Bellanti Giuffrida

queste norme, i criteri ermeneutici ed applicativi che l'interprete dovrà seguire quando si trovi a disciplinare o ad interpretare dei rapporti di natura privatistica, in cui i soggetti non appartengono allo stesso Stato. Noi siamo tenuti all'interno di un ordinamento in quanto abbiamo lo status di cittadini italiani (o europei, per meglio dire). Nondimeno è lecito domandarsi: che cosa accade, per esempio, se un italiano contrae matrimonio con una francese e i due generano dei figli? Per tutti i rapporti che abbracciano il campo della famiglia, l'area delle successioni *mortis causa*, l'area dei contratti e delle obbligazioni, l'area di filiazione e obbligazione possono avere delle interpretazioni diverse quando uno dei soggetti non abbia la cittadinanza italiana. Nelle norme di diritto internazionale privato sono contenuti i criteri di collegamento: ossia quelle norme e quelle regole che dettano e aiutano l'interprete a capire quale diritto applicare a seconda del rapporto che si sta disciplinando in presenza di soggetti di nazionalità diversa. Tale criterio di collegamento può riguardare **il miglior interesse del diritto delle persone**, quando si è nell'ambito di diritti strettamente connessi alla persona. Se riguarda i beni un criterio di collegamento sarà legato **al diritto del luogo in cui si trova il bene** (è molto più logico e semplice). Se si tratta di rapporti successori *mortis causa*, questi potrebbero seguire il criterio di collegamento rappresentato dal luogo in cui si apre la successione (ossia, dove muore il cittadino dalla doppia cittadinanza). I criteri spesso si mischiano a seconda dei rapporti in esame o possono anche derivare (e quindi essere condizionati) da eventuali convenzioni internazionali che gli Stati dovessero aver stipulato tra loro su alcune materie (è il caso, ad esempio, di ciò che accade in materia contrattuale). Ci basta sapere che tutta questa tematica appartiene ad un insegnamento ad hoc e che normalmente i rapporti così nati hanno questo concetto del limite dell'ordine pubblico, come si è visto anche per il diritto europeo.

Bellandi Giulinda

IL CODICE CIVILE

CENNI STORICI

Entriamo nel cuore della nostra materia, non senza capire su cosa lavoreremo. La parte storica è affidata alla nostra lettura e studio. Quello che preme evidenziare a riguardo è piuttosto la struttura e la conformazione del codice al quale ci riferiamo. Tale struttura risente di sicuro delle origini e della derivazione del codice stesso. Infatti, i codici dell'Italia di fine Ottocento (ma anche di tutti gli Stati europei di civil law) hanno avuto come modello a cui ispirarsi il Code Napoleon (1804), esempio per tutta la codificazione europea e che la mente geniale di Napoleone aveva creato ripartendo per materie l'area dei rapporti di diritto privato e distinguendo per gruppi di discipline le norme applicabili. In quegli anni in Italia avevamo avuto al più l'esperienza di codificazioni o leggi statutarie che reggevano i piccoli stati di cui l'Italia si componeva. Dopo il 1804 si ha avuta con il Codice civile del 1865 in cui era inserita però anche tutta la parte dedicata al diritto commerciale, e dunque insieme erano tenute le due grande materie dell'area civilistica (diritto civile puro e diritto commerciale). Con il codice del 1942 le due materie si sono nuovamente divise; sono stati contemplati alcuni rapporti attraverso il libro I dedicato all'impresa; è sparito il Codice di commercio come codice che disciplinasse l'intera materia del diritto commerciale lasciando, dunque, affidati quei rapporti solo al libro V del Codice civile e alle leggi speciali il resto della materia. Con il Codice del 1865 abbiamo ripartizione delle materie che si riassemblò nel codice del 1942 dove tanto un tutt'uno. Il codice civile vigente è quello del 1942, corredato, modificato, integrato e trasformato nel corso degli anni per effetto di leggi speciali, interpretazioni giurisprudenziali, riforme e abrogazioni. Il tutto per assicurare l'attualità di queste norme e farle rimanere al passo coi tempi. Il Codice del 1942 è contenuto in una legge ordinaria; se pensiamo alla gerarchia delle fonti capiamo questo cosa significa: esso, nonostante la sua anteriorità cronologica, deve essere letto in tutte le sue disposizioni in maniera tale che esse non contrastino con la Costituzione, le leggi costituzionali e le leggi sovranazionali. Non solo: classificarlo e qualificarlo come legge ordinaria implica anche che nei rapporti tra leggi che si sono succedute nel tempo occorrerà verificare di volta in volta quale norma ha valenza generale e quale invece ha valenza di norma speciale. Questo aiuta a risolvere eventuali antinomie o contrarietà dovute alle leggi speciali. Uno dei grandi temi del Novecento è stato proprio il rapporto tra codice civile e leggi speciali che nel corso degli anni si è venuto

Bellandi Giuffrida

affermando. Il Codice civile visto come legge ordinaria significa anche che per quanto sia fondato su norme di diritto scritto, si deve constatare ogni volta che l'interpretazione giurisprudenziale ha inciso nel Codice civile quale effetto questa interpretazione abbia avuto . Noi sappiamo che l'interpretazione può anche essere di tipo giurisprudenziale, dunque secondo l'autorità giudiziaria da cui la lettura di una norma promana può costituire un precedente di rilievo per l'interprete, mai vincolante ma provenendo, ad esempio, dalla Cassazione sicuramente significativo e di cui impossibile non tenere conto. Viceversa, quando ad interpretare o a dare lettura di una norma è la Corte costituzionale, data l'autorità che da essa promana, ciò potrebbe addirittura determinare una abrogazione della norma stessa (e questo avrà la sua influenza su conformazione del Codice).

I LIBRI DEL CODICE CIVILE

Il Codice civile è composto da **sei libri**, ognuno dedicato ad una materia specifica (*ad hoc*). La Pasquino pretende, soprattutto in sede d'esame, che non ci siano dubbi o tentennamenti su libri e materie del Codice civile, pena la bocciatura; infatti è importante per capire le tematiche. Il redattore del codice non è stato un legislatore qualsiasi, ma si trattava di legislatori che si sono avvalsi della scienza giuridica più elevata per quel momento storico: avere chiaro in testa di cosa si occupa ciascun libro significa capire la composizione delle istituzioni di diritto privato.

- **LIBRO I. DELLE PERSONE E ALLA FAMIGLIA**. Ciò a riprova dell'importanza che il legislatore attribuì in primis alla persona soggetto di diritto. Una importanza e una qualifica preferenziale, che è ribadita anche nel libro II.
- **LIBRO II: DELLE SUCCESSIONI** (*MORTIS CAUSA*). Le norme disciplinano tutti i rapporti derivanti dopo che la persona ha cessato di vivere I primi due libri ruotano entrambi attorno alla vita delle persone (quando nascono, quando instaurano rapporti di comunità, sia essa sociale o famigliare, fino alla fine della persona umana, la morte, che determina conseguenze sotto il profilo giuridico, aprendo tutta la materia dedicata al diritto ereditario.
- **LIBRO III. DELLA PROPRIETÀ**. Il legislatore si sposta piano piano verso il diritto patrimoniale: nel III disciplina i rapporti tra privati, aventi contenuto patrimoniale. Il legislatore per fare questo arriva alla trattazione dei beni che sono oggetto dei rapporti patrimoniali. Il terzo libro in verità contiene in sé non solo la disciplina del diritto di proprietà ma anche la disciplina di tutti i diritti aventi a che fare con beni in senso

Bellandi Giuffrida

lato ed anche la disciplina della materia del possesso (un concetto che NON è in senso giuridico sinonimo di proprietà).

- **LIBRO IV. DELLE OBBLIGAZIONI**. Questa materia sarà oggetto del programma di diritto privato II. Le obbligazioni contengono la disciplina del diritto privato relativa ai rapporti obbligatori, contrattuali, di responsabilità che si instaurano tra privati quando essi si dedicano ai traffici giuridici e commerciali.
- **LIBRO V. DELL'IMPRESA**. Non ci riguarda come materia esame ma è comunque diritto privato. Contiene aree tematiche analizzate nello studio del diritto del lavoro e del diritto commerciale.
- **LIBRO VI. DELLA TUTELA DEI DIRITTI**. Il libro VI contiene in se un coacervo di disposizioni dalle anime diverse. Troviamo al suo interno tutti gli istituti dedicati alla disciplina relativa alla certezza dei rapporti giuridici; alla disciplina relativa alle prove ed ai mezzi di tutela dei diritti sostanziali; alla disciplina dedicata alla tutela del creditore; alle giustificazioni attraverso cui il legislatore fornisce una garanzia speciale ai creditori stessi. In sostanza, risponde ad una funzione di raccoglitore di tutti gli strumenti necessari a far valere diritto nelle sedi in cui è tutelato.

La ripartizione ci richiama alla mente i codici delle raccolte giustinianee (codex e constituziones). I codici, infatti, raccolgono le materie delle discipline dei rapporti tra privati in tutte queste discipline menzionate e di cui ciascun libro porta il titolo. Libro è inteso nel senso aulico del termine, come appunto contenitore di una raccolta. La ripartizione per libri risponde ad un ordine della materia. Questo ordine, noi cercheremo di seguirlo anche idealmente proprio per capire la funzione delle norme del diritto privato nei rapporti tra singoli. Ogni libro è ripartito per capi diversi ed ogni capo per titolo. Questa ripartizione, che riflette sostanzialmente quella dell'antico diritto romano, mediato per i glossatori medievali, hanno un senso ed un significato se noi intese come ripartizione basata sulla logica di disciplinare gli istituti di diritto privato. E così, per vedere come è disciplinato il matrimonio noi dobbiamo partire dal libro I, capo X titolo Y, dove da un certo articolo fino a un altro articolo troviamo tutta la disciplina del matrimonio. Questo ordine mentale è molto utile e ci permette di acquisire tutte le informazioni, tutte le nozioni e i concetti che dovremo svolgere in sede d'esame e poi per svilupparli in altri corsi.

FATTO NATURALE E FATTO GIURIDICO

Distinguiamo, parlando di fatti, tra fatti naturali e fatti giuridici. Per fatto naturale si intende qualunque tipo di accadimento che circonda la vita

Bellandi Giuffrida

dell'uomo (gita in bici, lezione da seguire, viaggio, pranzo, ecc.); essi avvengono nella realtà e noi ne siamo artefici oppure li subiamo. I fatti naturali si trasformano in fatti giuridici quando essi (o uno di essi) vengono presi in considerazione di una norma come presupposto per il prodursi di alcuni effetti. Un esempio banale: la nascita di un bambino è sicuramente un fatto naturale; diventa un fatto anche giuridico quando il legislatore ricollega all'evento della nascita una conseguenza giuridica (quando nasce un bambino acquista la capacità giuridica, secondo art. 1).

ATTO E FATTO

Tra fatto ed atto c'è una differenza ontologica. Il fatto è un comportamento appartenete al mondo della natura e del sociale; l'atto (dal latino *agere*) indica non già semplicemente un comportamento naturale ma anche **una volontà di chi agisce**, di chi si muove per compiere un atto. Un fatto è la pioggia; un atto è l'acquisto in edicola di un giornale. L'atto implica un comportamento umano e soprattutto la volontà dell'uomo di compierlo.
Il diritto è fatto per regolamentare i fatti umani (tutto ciò che ci circonda e il legislatore ritiene migliore regolamentare), ma non tutti i fatti sono giuridici. È pur vero che più passano gli anni più si passa ad una civiltà più evoluta, più variegata in termini di aree e di competenze e più si moltiplica l'attività legislativa. È vero che molti fatti naturali entrano nelle norme e diventano fatti giuridici, ma molti altri ve ne sono altrettanti che restano fuori come fatti naturali, rimanendo irrilevanti fintantoché il legislatore non ne faccia espressione per comprende la ratio delle norme. Se c'è un terremoto, che è fatto naturale, il legislatore ne tiene conto per sospendere attività fiscali in un certo territorio rendendolo un fatto giuridico. Ai nostri fini quando qualificheremo un fatto giuridico, abbiamo risolto a monte se sia contemplato o meno da una norma.
I comportamenti umani per il diritto privato si svolgono o mediante atti oppure avendo presenti dei fatti, che possono essere naturali oppure giuridicamente rilevanti. La realtà che ci circonda è questa e i rapporti ad essa devono adeguarsi. D'altra parte sappiamo che in quanto entità che appartiene ad un ordinamento giuridico, il diritto riserva alcune posizioni ai soggetti destinatari. Alla domanda "che cos'è il diritto?" avevamo detto che esso ha un concetto assai variegato, che può senz'altro coincidere con le norme ma che non si identifica solo con esse. Il concetto di diritto ci deve far capire come esso si esplica nei rapporti tra privati. Il tipo di diritto in capo a ciascuno di noi è diversificato. Sembra un fatto da cogliere istintivamente, ma in realtà nei rapporti di diritto privato siamo in grado di classificare le tipologie di cui siamo titolari. Poiché parliamo di diritti riferiti ai soggetti, diremo che questi sono diritti soggettivi.

Bellandi Giuffrida

SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

SITUAZIONI ATTIVE E PASSIVE

Si può tenere a mente una classificazione tra situazioni giuridiche soggettive attive e situazioni giuridiche soggettive passive. Infatti, il diritto ha lato attivo e passivo dacché il diritto dei privati corrisponde ad un potere da far valere verso qualcuno. Il rapporto giuridico, infatti è un rapporto inter soggettivo sia che avvenga tra privati sia che avvenga tra soggetti pubblici. La corrispondenza della situazione attiva e quella passiva è da vedere come la faccia diversa della stessa medaglia. Se il diritto è il potere di pretendere da uno Stato o da un privato un determinato comportamento o la pretesa di far valere una posizione giuridica ci sarà sempre qualcun altro che questa pretesa dovrà rispettare. In breve, ad ogni situazione giuridica soggettiva attiva corrisponde una situazione giuridica soggettiva passiva.
Col diritto privato, noi avremo sempre a che fare con diritti soggettivi ossia relativi a dei soggetti La grande categoria dei diritti soggettivi si distingue in **diritti soggettivi assoluti** e **diritti soggettivi relativi.** I diritti soggettivi sono definibili come le pretese che i privati possono far valere nei confronti di altri; potere a cui l'ordinamento riconosce efficacia e tutela come tale in una serie di norme.

Bellanti Giuffrida

DIRITTI SOGGETTIVI ASSOLUTI

Il dlritto soggettivo è assoluto se il potere che l'ordinamento riconosce al suo titolare si rivolge alla generalità dei consociati (*erga omnes*): l'assolutezza è data proprio dal fatto che il titolare di quel diritto che si deve definire assoluto ha il potere di far valere quel diritto verso la generalità dei consociati (es. la proprietà di un bene).

DIRITTI SOGGETTIVI RELATIVI

Tra le situazioni giuridiche soggettive attive ci sono anche diritti relativi, ossia **poteri che possono essere fatti valere non erga omnes, ma verso una o più persone ben determinate** (es. il diritto di credito).

DIRITTI POTESTATIVI

Le situazioni giuridiche possono essere rappresentate da **diritti potestativi, ossia poteri che il singolo può esercitare nei confronti di una o più persone determinate al fine di modificare la situazione giuridica soggettiva in capo ad esso (quindi di trasformare la sua titolarità), senza che il destinatario possa in qualche modo reagire**. Il diritto potestativo si ha quando al titolare è consentito di agire in questo potere e all'altro soggetto di non reagire in alcun modo. Esempio classico: quando in un contratto ci si riserva il diritto di recedere anticipatamente ed entrambe le parti accettano, se una parte vuole recedere, l'altra parte non si può rifiutare. Esso ha la configurazione del diritto soggettivo relativo: ha uno schema, dunque, più mirato e davanti a se trova una situazione giuridica passiva piuttosto determinata e definita.

STATUS

Gli status sono a confine tra diritto pubblico e diritto privato e denotano la posizione di uno nel diritto: quel determinato status serve al privato per acquisire diritti in un preciso ordinamento: la cittadinanza è uno status; il coniuge dopo il matrimonio ha uno status; gli interessi legittimi rappresentano una categoria soggettiva attiva per la verità tipica del diritto pubblico (ma recentemente anche del diritto privato) è posizione di pretese e poteri che assume soggetto di fronte a pubblica amministrazione (quando essa deve essere garante di ?); se violato l'interesse legittimo determina un diritto al risarcimento del danno a favore di chi ha subito un pregiudizio (ossia danno) da parte di pubblica amministrazione.

Accanto a queste situazioni, benché in posizione subordinata e con delle precisazioni, troviamo le facoltà, le potestà, le aspettative. Resta fuori l'interesse legittimo.

LE FACOLTÀ

Le facoltà non possono assurgere ad autonome situazioni giuridiche soggettive, essendo esse delle espressioni del diritto soggettivo. Con **facoltà si intende indicare le modalità con cui il titolare di un diritto può esercitarlo**. Così, ad esempio, il diritto di proprietà dà al titolare la facoltà di fare del bene proprio ciò che egli vuole.

LA POTESTÀ

La potestà è una categoria molto più frequente da trovarsi nel diritto pubblico che nel privato, dove si è soliti rinvenire nella posizione dei genitori nei confronti dei figli, in quanto indicante ad un tempo una posizione comprensiva di diritti e di doveri. La potestà genitoriale era

Bellandi Giuffrida

tipica esemplificazione; nondimeno dal 2013 con la grande riforma della filiazione conclusa nel 2013 non si può più parlare di potestà genitoriale ma di responsabilità genitoriale.

L'ASPETTATIVA

L'aspettativa altro non è che una posizione in cui si può trovare il soggetto di diritto che attende o di acquistare un diritto oppure di cedere un diritto. Il soggetto può trovarsi in una posizione di aspettativa perché non è maturato il tempo o non si sono eseguiti atti preliminari all'acquisto o alla cessione del diritto. Di per se l'aspettativa è un fatto irrilevante; diventa rilevante solo ed esclusivamente quando viene preso in considerazione da una norma giuridica, diventando così un **fatto giuridico** (es. la posizione giuridica del nascituro nel grembo materno, che è destinatario di tanti diritti subordinati alla nascita che gli consentirà di acquisire diritti pieni).

L'INTERESSE LEGITTIMO

L'interesse legittimo era una figura che fino a qualche tempo fa neppure interessava i privatisti, essendo una situazione unicamente rinvenibile tra privati e Pubblica Amministrazione. Essa consiste, infatti, nella pretesa che fa valere un privato nei confronti di una Pubblica Amministrazione. La Pubblica Amministrazione è tenuta ad un comportamento improntato all'osservanza della legge; ma quando ciò non avvenga colui, che dovesse essere danneggiato da questa inosservanza ha in capo a sé l'interesse legittimo di far valere la défaillance della Pubblica Amministrazione e chiedere risarcimento del danno se ha subito pregiudizi. Si prenda come esempio la seguente situazione: immaginiamo che sia bandito concorso pubblico, in cui tutti i partecipanti debbano adeguarsi alle regole previste dal bando di concorso; quando tutti i destinatari partecipano alle prove previste dal concorso, tutti hanno l'interesse a che vengano rispettate ed eseguite le regole che disciplinano quella procedura concorsuale. L'amministrazione che bandisce quel concorso deve supervisionare e vigilare il rispetto delle regole; ma se questo non avviene ed uno dei concorrenti è pregiudicato a causa di questa inosservanza, questi ha un interesse legittimo ad agire in giudizio per ottenere risarcimento del danno. La violazione che si determina in questo caso si dice interesse legittimo perché è l'interesse del privato aveva a che un potere pubblico rispettasse le procedure amministrative dettate dalla legge a garanzia della terzietà del regolamento.

Bellandi Giuffrida

A fronte di ciascuna situazione giuridica soggettiva attiva, è necessario riconoscere la corrispondente situazione passiva. Vedremo come le figure passive portino in sé delle profonde e fondamentali distinzioni che d'ora in poi compieremo nei confronti di quelle attive. Oggi noi usiamo le locuzioni di obbligo, dovere, adempimento in maniera equipollente, ma in realtà ciascuna di esse può valere solo se rapportata ad una specifica situazione.

IL DOVERE E L'OBBLIGO

A fronte del diritto soggettivo assoluto noi troviamo il dovere. Poiché il dovere si trova di fronte ad un diritto soggettivo assoluto, esso consiste in un **dovere di astensione** dal disturbo del diritto soggettivo altrui, che è assoluto. A fronte del diritto soggettivo relativo, invece, troviamo **l'obbligo (ben diverso dal dovere)**; infatti, essendo il diritto relativo una pretesa da far valere di fronte a persona ben determinata, i**mplica che dal lato passivo vi sia un soggetto obbligato a tenere un comportamento, che non è di astensione ma anzi di cooperazione, e se non esiste il quale il soggetto attivo non può ottenere soddisfazione del proprio diritto**. La posizione dell'obbligato è certo passiva, ma anche attiva. Chiariamo con un esempio: Tizio è creditore di 1000 nei confronti di Caio; Tizio ha un diritto soggettivo relativo e può chiedere a Caio 1000; Caio è **obbligato** a dare 1000; scade il termine previsto per il pagamento e Caio non paga; il creditore non è soddisfatto perché Caio non ha cooperato, l'obbligo dunque impone al soggetto passivo un comportamento attivo che sia tale da soddisfare la pretesa del titolare del diritto, il quale ha bisogno della cooperazione dell'obbligato. Se non c'è questa cooperazione, il titolare rimane solo con la titolarità del diritto senza la possibilità di realizzazione concreta della pretesa. L'obbligo implica un comportamento operoso dell'obbligato, che sia orientato alla soddisfazione della pretesa creditore.

LA SOGGEZIONE

A fronte del diritto potestativo la situazione giuridica soggettiva passiva è rappresentata dalla soggezione. Se le parti al momento in cui stipulano contratto pattuiscono il diritto di recedere dal contratto ed esso viene esercitato dopo un anno e mezzo, l'altra parte non può ripensarci, perché il recesso è diritto potestativo. Lo stato di soggezione è in capo a chi subisce il recesso, come è evidente.

L'ONERE

C'è poi situazione giuridica passiva che è assestante (ovvero non sta al fronte di alcuna medaglia) ed è **l'onere**. L'onere è una situazione giuridica

Bellandi Giuffrida

passiva che implica a carico di colui che ne è titolare l'onere di assumere un certo comportamento. Il soggetto è onerato, ma il peso di quel comportamento deve essere tenuto dall'onerato in quanto è nel suo interesse L'onere deve essere tenuto dall'onerato perché è suo interesse. L'onere ha nel suo stesso concetto l'idea di essere un comportamento che torna utile allo stesso onerato e proprio per questo non ha una dimensione attiva.

L'ATTO GIURIDICO

Questa distinzione è molto efficace: l'atto rappresenta una categoria assai ampia di strumenti attraverso cui i soggetti di diritto possono esercitarli. Se non si usano gli strumenti adeguati si ricorre nell'abuso di diritto, che come eccesso è sanzionato. Per essere sicuri che l'esercizio avvenga *secundum legem* e non *contram legem* servono gli atti. La categoria dell'atto giuridico che ha impegnato i giuristi di ogni epoca ed ha consentito l'elaborazione di teorie generali fino a contemplarne monografie intere è una categoria generale che contiene in sé tante distinzioni. **Si può definire atto giuridico quell'atto o quel comportamento attraverso cui il soggetto di diritto, mediante una dichiarazione di volontà, manifesta all'esterno la sua pretesa sapendo che l'ordinamento giuridico riconosce tale pretesa e vi presta tutela**. In un esempio: se io sono titolare di un diritto di credito e il mio debitore non adempie al suo obbligo, io devo esprimere la mia intenzione di far valere il mio diritto **nell'atto** della richiesta di pagamento perché è scaduto il termine. L'atto diventa essenziale e necessario perché l'agente che ha un diritto deve poterlo esercitare; e lo può fare con gli atti, che **nella maggioranza dei casi sono dichiarazioni di volontà con cui il titolare del diritto esprime la volontà di esercitare tale diritto e conseguirne la tutela, sicuro che quel diritto è contemplato dall'ordinamento giuridico**. Nella categoria degli atti giuridici si distinge tra atti giuridici in senso stretto e atti giuridici a contenuto negoziale.

L'ATTO GIURIDICO IN SENSO STRETTO

L'atto giuridico si dice in senso stretto quando la dichiarazione di volontà a cui il titolare del diritto consegna la volontà di esercitarlo mira a raggiungere effetti che l'ordinamento giuridico prevede espressamente: se Tizio dà procura a Caio per il compimento di un atto giuridico, Tizio sa che, concedendo procura, Caio diventa suo rappresentante; se Tizio accetta un'eredità, perché chiamato a succedere dopo la morte di un parente, dichiara la sua volontà di diventare erede (SE A ALLORA B); se la norma prevede il diritto di Tizio di accettare eredità, allora la stessa norma prevede

Bellanti Giuffrida

che accettando l'eredità Tizio diventi a tutti gli effetti erede. Quando ad una dichiarazione di volontà corrisponde la produzione di un effetto l'atto si dice in senso stretto, perchè gli effetti sono espressamente previsti dal legislatore, sicchè chi lo esercita producendo quell'atto otterrà solo ed esclusivamente gli effetti previsti dalla legge.

L'ATTO GIURIDICO A CONTENUTO NEGOZIONALE

Tuttavia, la maggior Parte degli atti è a contenuto negoziale. Ciò significa che dalla dichiarazione di volontà del soggetto agente, l'ordinamento riconosce all'agente anche il potere di scegliere gli effetti che l'atto deve produrre: non solo dichiarazioni di volontà consapevoli degli effetti, ma dichiarazioni di volontà in cui autore sa che oltre effetti di legge egli ne può cercare ed ottenere altri purché siano effetti meritevoli di tutela da parte dell'ordine giuridico. Facciamo un esempio riferendoci ad un contratto di locazione: concede in godimento un bene verso corrispettivo di canone periodico: chi cerca un appartamento in locazione esprime volontà di locare e chi ha l'appartamento dichiara di volerlo dare in locazione; se gli atti si incontrano si stipula contratto, ma le parti possono includere nelle dichiarazioni di volontà anche il perseguimento di fini ulteriori (sublocazione a terzi, offrirlo gratis ad una associazione per farne sede); **la libertà di perseguire effetti diversi da quelli previsti dal legislatore attribuisce all'atto la caratteristica della negozialità.** L'attributo negoziale deriva dal latino *nec otium* (senza ozio, cioè agire). L'atto è negoziale quando il dichiarante ha possibilità di ottenere non solo gli effetti previsti dalla legge, ma anche effetti di tipo diverso, **purché accolti, come ritenuti meritevoli di tutela**. Se gli interessi sono ritenuti meritevoli di tutela sono perseguibili dai privati, **in forza del principio della libertà negoziale** che sta nel nostro ordinamento.

Bellanti Giuffrida

LIBRO I. DELLE PERSONE E DELLA FAMIGLIA

Bellandi Giuffrida

I MOLTEPLICI SIGNIFICATI DI SOGGETTO

Nel primo libro troviamo la disciplina relativa alle persone e alla famiglia. Tutto risponde alla logica sottostante della preminenza della rilevanza che il legislatore del Codice del 1942 ha voluto riconoscere al soggetto di diritto in primis, ossia la persona. Ogni soggetto persona per diventare soggetto di diritto ha bisogno di una forma di riconoscimento dall'ordinamento. Abbiamo visto quanto sia complesso il concetto di ordinamento e quanto sia importante quali elementi soggettivi diventano soggetti di diritto e con quali caratteristiche queste si presentano nel mondo dell'ordinamento giuridico. Tutti noi siamo parte di comunità, che nella sua varietà non conosce solo soggetti fisici, ma anche entità di tipo diverso. Per questo è necessario cogliere **i molteplici significati sottesi al concetto di soggetto**. Nella collettivtà una persona ha diversi modi attraverso cui esprimere la propria personalità Il diritto non è indifferente a queste caratteristiche e di fronte ad esse vuole coglierne l'essenza e la natura e per regolare i vari profili e i vari aspetti della vita. Il lato soggettivo del rapporto privatistico è costituito da persone che possono essere viste sia dal punto vista fisico sia dal punto di vista della entità complessa (ossia, come singolo all'interno di collettività a loro volta complesse). Persone fisiche ed enti privati sono i soggetti di diritto che assumono rilevanza per il diritto privato in quanto soggetti in grado di esercitare diritti e di assumere posizioni giuridiche soggettive passive.

LA CAPACITÀ GIURIDICA

Le persone fisiche assumono rilevanza per il diritto in quanto ricevano dal diritto stesso il primo e più importante riconoscimento che si possa riconoscere: quello della capacità giuridica. **La capacità giuridica è la potenziale situazione in cui si viene a trovare la persona di fronte all'ordinamento, che rappresenta l'idoneità della stessa persona considerata a divenire centro di imputazione (o centro di riconduzione, di collegamento) di una serie di situazioni giuridiche soggettive attive e passive, tale da potersi ritenere aver assunto la titolarità**. La persona diventa, dunque, idealmente un centro di imputazione; il soggetto capace di essere riconosciuto dal sistema normativo per il fatto di essere titolare di diritti soggettivi o di posizioni passive. La capacità giuridica è propria di ciascuno di noi: **si acquista con la nascita e si perde con la morte**. Per il solo fatto della nascita, dal primo istante, acquistiamo la capacità giuridica (benché all'inizio della vita sia meramente intestataria). Persino colui che è nel ventre materno gode di una limitata capacità giuridica limitata, essendogli riconosciuta dall'ordinamento la potenzialità (vedi § *aspettativa*) di diventare

Bellandi Giuffrida

soggetto di diritti successori o derivanti da donazioni. L'ordinamento giuridico per l'importanza che ha la persona nel suo interno riconosce ciò a qualunque soggetto che venga al mondo. Essa è molto diversa dall'altra forma di capacità, quella di agire.

LA CAPACITÀ DI AGIRE

La capacità di agire è la capacità di esercitare diritti e di assumere obblighi di cui si è titolari in quanto centro di imputazione per effetto della capacità giuridica di un sistema che ci ha impegnato in situazioni giuridiche; tale capacità **non è propria di tutti**. Si acquisisce con il raggiungimento della maggiore età, dopo il quale il soggetto diventa padrone del proprio ambito di cui prima era solo titolare. L'attribuzione di queste due capacità crea il soggetto di diritto, che al momento della maggiore età assume una propria autonomia che ha come altra "faccia della medaglia" l'assunzione della responsabilità delle proprie azioni; (abusi del diritto che ha, ovvero del comportamento che dovesse nuocere il diritto altrui; del comportamento che comportasse lesione di diritti altrui). Il soggetto di diritto pienamente capace esercita i propri diritti nel rispetto del principio del ***neminem laedere***, in forza del quale il mio diritto può essere esercitato entro i limiti in cui non si incontra il diritto dell'altro (questa è invero il concetto di libertà secondo Immanuel Kant). Dunque, la capacità giuridica e la capacità di agire hanno sullo sfondo questo principio di cui sopra. In questa direttrice ci muoviamo d'ora in avanti.

IL PRINCIPIO PERSONALISTICO NELLA COSTITUZIONE

Non possiamo trascurare, essendo interpreti di norme giuridiche, che nonostante il Codice sia del 1942, che queste norme vadano interpretate ed inquadrate in una visione costituzionalmente orientata. L'esaltazione della persona come soggetto di diritto, così come l'individuazione del principio del *neminem laedere* con il divieto dell'abuso del diritto necessitano di avere davanti quelle norme della Costituzione repubblicana, dove già nella parte dedicata ai diritti fondamentali delle persone è sotteso il principio personalistico. Al primo posto di tutte le costituzioni europee post belliche aprono con l'esaltazione del principio personalistico. Il Codice civile, dunque, non permetteva alla sua origine una interpretazione così enfatizzante la figura delle persone; dal 1948 in avanti queste norme a maggior ragione devono essere lette nell'ottica del principio personalistico, espresso maggiormente nella Costituzione agli artt. 2-3. L'enunciazione dei primi due articoli della Costituzione abbraccia l'uomo in tutte le sue attitudini e in tutte le sue manifestazioni e le sue forme in cui la propria personalità può esprimersi nella società; l'articolo 3 introduce il principio di uguaglianza, che non può

Bellandi Giuffrida

essere disgiunto dall'articolo 2. In tutti i casi in cui si rinvengano profili di incostituzionalità di norme ordinarie, la Corte costituzionale fa sempre riferimento agli artt. 2-3 della Costituzione. Come interpreti, si deve notare che in considerazione dell'ampiezza di enunciazione, è facile rinvenire l'incostituzionalità delle norme quando si paventa una sorta di contrasto. Gli stessi principi si trovano anche nelle Carte europee, dunque a maggior ragione sono maggiormente rafforzati e in quel contesto anche declinati specificatamente. Anche di queste Carte, stante la loro posizione nella gerarchia delle fonti, l'interprete deve proporre una interpretazione teleologicamente orientata. Capacità giuridica e capacità di agire, lette con i due principi sopra citati costringono l'interprete alla tutela delle persone. Questo fatto ci pone di fronte a tematiche attualissime, che si sono poste nel nostro contesto sociale.

LA POSIZIONE DEL NASCITURO E LA QUESTIONE DELL'ABORTO

Il secondo comma dell'art. 1 del Codice civile, in particolare, nel riconoscere il concepito come soggetto giuridicamente capace di diritto successorio e di donazione, subordina l'acquisto della titolarità di tali diritti all'evento della nascita. Ciò significa che l'ordinamento riconosce l'autonomia di una persona che si trova nel corpo di un'altra persona, ma richiede la nascita al fine di equipararlo a qualsiasi altra persona capace giuridicamente La questione pone un problema enorme: dobbiamo considerare il nascituro un soggetto di diritto come tutti i nati? Nella nostra legislazione speciale, infatti, abbiamo una disciplina che ad effetto di un vecchio referendum, permette di interrompere la gravidanza e anche delle leggi speciali (si ricorda la legge 40 del 2004, ora considerata incostituzionale) che permettono alle coppie infertili di ricorrere alla fecondazione artificiale.Per effetto di queste leggi speciali, il secondo comma dell'arti. 1 del Codice civile deve essere ampliato circa la titolarità del nascituro in relazione a determinate posizioni giuridiche soggettive? La risposta è complessa. Il legislatore del 1942 si rappresentava al più l'idea che il nascituro potesse essere al più il futuro erede, oppure colui che poteva ricevere in donazione una casa. Sia l'interruzione della gravidanza sia le tecniche medicali per raggiungere l'inseminazione artificiale incidono sul feto. Quello che possiamo dire con riguardo al nascituro, non perché il legislatore sia stato chiaro a riguardo, ma perché la giurisprudenza si è posta innanzi a questi problemi, è che in capo al nascituro sono riconosciuti anche il diritto alla salute (garantito, tra l'altro, dall'art. 32 della Costituzione). Tutti i diritti personalissimi (salute, non subire trattamenti che si ripercuotano sulla propria vita futura, identità, nome) potrebbero essere riconosciuti al nascituro. La situazione pone un grave dilemma di fronte all'altro tema, relativo all'interruzione di gravidanza. Secondo una legge speciale le donne possono

Bellandi Giuffrida

interrompere la gravidanza entro determinati limiti (purché ciò avvenga nei primi tre mesi e anche sia motivata da gravi ragioni di salute per la madre ovvero per gravi carenze sociali o personali che dovesse presentare il contesto famigliare). Il fatto andava disciplinato perché il mercato clandestino di questa pratica era molto, troppo diffuso. Noi viviamo però con un conflitto irrisolto: il nascituro è soggetto di diritto? L'ultimo orientamento della Cassazione, investita della questione relativa al risarcimento del danno chiesto dai genitori di un bambino nato malformato a causa dell'errata diagnosi dei medici, i quali si sono presentati non come rappresentanti di loro stessi, ma anche come rappresentanti del nascituro, è stato quello di respingere l'istanza riconoscendo che il nascituro non è soggetto di diritto prima di nascere. I genitori, dunque, non avrebbero dovuto agire in rappresentanza del nascituro, cui sarebbe stato violato il diritto alla salute. Il nascituro, dunque, **non ha un diritto ma solo un'aspettativa**.

LA PERDITA DELLA CAPACITÀ DI AGIRE

Diversamente dalla capacità giuridica, **la capacità di agire può perdersi per il soggetto maggiore di età, a causa di ragioni diverse e non infrequenti**. Si tratta, dunque, di indagare sugli stati di incapacità, riferendoci solo ed esclusivamente alla perdita della capacità di agire, senza dimenticare che la capacità giuridica non si perde mai. Si **distinguono cause di incapacità legale** e **cause di incapacità giudiziale**; così come si distinguono **cause di incapacità assoluta** e **cause di incapacità relativa**.
Tra le cause di incapacità legale ed assoluta troviamo: la minore età e l'interdizione (che può essere legale o giudiziale).

L'INTERDIZIONE LEGALE E L'INTERDIZIONE GIUDIZIALE

L'interdizione si ha quando persona gravemente affetta da permanenti menomazioni psicofisiche, tali da non consentire alla stessa di esercitare autonomamente i propri diritti e assolvere ai propri doveri e obblighi. Queste persone, perché vengano meglio curati i loro interessi e non si pregiudichino i propri diritti, hanno bisogno di essere affiancate, dopo però essere state dichiarate interdette. Si ha interdizione legale, come pena accessoria, se una persona ha subito una condanna ad una pena detentiva superiore a cinque anni.
Si ha interdizione giudiziale se la persona presenta gravi menomazioni di cui sopra, ed in questo caso saranno le persone a lei più vicina ad adire l'autorità giudiziaria per chiederne l'interdizione; il giudice, prima di concederla, verifica attraverso consulenti tecnici la condizione della persona, affinché si accerti della reale esistenza della condizione di menomazione, che altrimenti potrebbe essere una facile modalità di abuso da parte di famigliari interessati

Bellanti Giuffrida

a comprimere la sfera giuridica di una persona. Con la sentenza di interdizione il giudice dichiara una persona totalmente incapace di agire e nomina contestualmente anche il rappresentante legale, che nel caso di incapace assoluto prende il ruolo e la funzione del tutore. Gli incapaci assoluti sono infatti rappresentati legalmente.

L'INABILITAZIONE

Esiste anche una forma di incapacità detta relativa, la quale sussiste quando una persona, affetta da una infermità psicofisica, non lo è in modo grave e permanente. La soluzione è l'inabilitazione, sempre verificata e dichiarata con sentenza; **l'inabilitato, proprio perché non è incapace permanente, è riconosciuto come parzialmente capace di compiere atti di ordinaria amministrazione** (acquisto di un oggetto, pranzo con gli amici, acquisto di un orologio), ma non quelli di straordinaria amministrazione, per cui invece **ha bisogno di un curatore**. Le funzioni di curatore e di tutore implicano poteri di rappresentanza diversi: essi hanno lo stesso ruolo, quello di essere rappresentanti previsti dalla legge che devono essere posti a fianco agli interdetti l'uno, agli inabilitati l'altro, nel ruolo che la legge ad essi affida. Ma mentre il tutore si sostituisce integralmente al suo rappresentato; il curatore invece si occupa solo di atti di straordinaria amministrazione, non si sostituendosi ad esso, quanto invece assistendolo.
Il giudice, sulla base delle perizie del procedimento, valuta se la persona in questione deve essere inabilitata o interdetta: spesso, tuttavia, alcune persone sono state giudicate in modo errato, e quindi vittime di abusi che il legislatore ha provveduto ad arginare. Anche l'emancipato (colui che ha superato i 16 anni ma può comunque contrarre per cause gravi, un matrimonio con un'autorizzazione speciale) rientra nella categoria degli incapaci relativi e dunque necessita di un curatore, fino al compimento della maggiore età. Se gli incapaci relativi hanno un minimo di spazio per esercizio dei propri diritti di ordinaria amministrazione, sostanzialmente anche in forma blanda, gli interdetti invece sono totalmente disadattati. Interdetti o inabilitati debbono presentare richiesta al giudice per la revoca della qualità, la quale però implica un nuovo giudizio; un tempo la revoca non sempre era facilmente perseguibile o dava soddisfazione. La generalità dei consociati può capire che sta trattando con degli incapaci, osservando lo stato di nascita del soggetto, su cui è apposta la sentenza di interdizione o di inabilitazione. Per ovviare a queste problematiche che si sono create in relazione a questi atti, **il legislatore speciale nel 2004 ha introdotto nel nostro ordinamento il nuovo istituto di rappresentanza legale,** che consente ora agli incapaci di non essere sottoposti senza tregua a quel regime, ma di essere piuttosto assistiti nel compimento di attività giuridica esclusivamente quando ce n'è

Bellandi Giulinda

bisogno (**amministrazione di sostegno**). A fronte degli stati di incapacità assoluta o relativa abbiamo la coesistenza spesso conflittuale di tre forme di rappresentanza legale: la tutela, la curatèla e l'amministrazione di sostegno.

L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

Il disfavore creato attorno a questi istituiti per i casi di abuso che vi sono stati ed una società più aperta ai bisogni delle persone ha sensibilizzato il legislatore, che, per uscire da queste due forme di incapacità e conseguentemente di rappresentanza legale, ha creato l'istituto della **amministrazione di sostegno**, con legge speciale del 9 gennaio 2004. Tale legge anziché restare al di fuori di Codice civile è stata inserita al suo interno prendendo il posto agli artt. 404 segg., pur rimanendo vigenti comunque sia tutela che curatela. Dunque, nel sistema coesistono tre forme di rappresentanza legale, davanti a cui l'interprete deve orientarsi. Guardando alla prassi giurisprudenziale, **il ricorso alla amministrazione ha quasi totalmente sostituito tutela e curatela**; tuttavia la scelta della via da seguire —per quanto proponibile dal basso— è sempre nella **discrezionalità del giudice**, che valuta dopo le indagini personali e tecniche sulla persona stessa. L'ambito dell'amministrazione di sostegno, infatti, è tanto ampio che il giudice potrebbe ricorrervi sia che il soggetto presenti incapacità sia che presenti inabilità. L'art. 404 , infatti, non mette nessuna qualifica all'infermità.

ARTICOLO 404

«La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.»

I giudici optano più spesso per l'amministrazione di sostegno, perché per tutela e curatela è necessario rivolgersi al tribunale, seguendo un procedimento assai complesso, che necessita di perizie, sopralluoghi, visite, e dà luogo ad una sentenza, che riceve pubblicità mediante annotazione nei registri e negli atti dello Stato civile. La sentenza di inabilitazione e interdizione è sì revocabile, ma per la revoca serve nuovo procedimento altrettanto lungo. Nella amministrazione di sostegno anche il processo per la revoca è più veloce e più snello: la competenza è del **giudice tutelare**; il procedimento avviene in camera di consiglio, nella quale tuttalpiù decide il giudice **sentendo la persona interessata**. L'amministrazione di sostegno è **espressione di un decreto e non di una sentenza!** Il decreto è emesso dopo che il giudice tutelare ha svolto le verifiche con le procedure indicate al 405 cc. Tale decreto è annotato dal cancelliere nel registro delle

Bellandi Giuffrida

amministrazioni di sostegno e comunicato, entro dieci giorni, all'ufficiale di stato civile per essere annotato in margine all'atto di nascita

ART. 405.

Il giudice tutelare provvede entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta alla nomina dell'amministratore di sostegno con decreto motivato immediatamente esecutivo, su ricorso di uno dei soggetti indicati nell'articolo 406.
Il decreto che riguarda un minore non emancipato può essere emesso solo nell'ultimo anno della sua minore età e diventa esecutivo a decorrere dal momento in cui la maggiore età è raggiunta.
Se l'interessato è un interdetto o un inabilitato, il decreto è esecutivo dalla pubblicazione della sentenza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione. Qualora ne sussista la necessità, il giudice tutelare adotta anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio. Può procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio indicando gli atti che è auto- rizzato a compiere.
Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione:
1) delle generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno;
2) della durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminato;
3) dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario;
4) degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno;
5) dei limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità;
6) della periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario.
Se la durata dell'incarico è a tempo determinato, il giudice tutelare può pro- rogarlo con decreto motivato pronunciato anche d'ufficio prima della scadenza del termine.
Il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, il decreto di chiusura ed ogni altro provvedimento assunto dal giudice tutelare nel corso dell'amministrazione di sostegno devono essere immediatamente annotati a cura del cancelliere nell'apposito registro. Il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno e il decreto di chiusura devono essere comunicati, entro dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile per le annotazioni in margine all'atto di nascita del beneficiario. Se la durata dell'incarico è a tempo de- terminato, le annotazioni devono essere cancellate alla scadenza del termine indicato nel decreto di apertura o in quello eventuale di proroga.

Inoltre, in questo istituto il giudice può richiedere che **l'assistenza sia circoscritta solo ad alcuni atti, oppure che sia limitata nel tempo**. Oppure, ancora, che sia condizionata allo svolgimento di alcuni compiti da parte dell'amministratore nominato. C'è, dunque, nell'amministrazione di sostegno la possibilità di modellare e di incidere sia sui poteri di amministratore, sia sui tempi sia sulle forme, dacché il giudice tutelare ha **controllo costante e mensile sul lavoro di amministratore**. Cessato il compito, cessa anche lo stato di incapacità del beneficiato. È comunque

Bellandi Giuffrida

richiesto che il giudice, nella decisione, debba sempre perseguire l'obiettivo della «**minore limitazione possibile della capacità d'agire**» del beneficiato, in forza dell'art. 1 della stessa legge speciale che ha creato l'istituto.

ART.409.

Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno.
Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana.

Osservando l'articolo 409, capiamo che gli effetti di amministrazione di sostegno **sono tutti focalizzati sulla conservazione della capacità di agire del beneficiario** per quegli gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva e la rappresentanza di sostegno. Questo lascia spazio ad una grande discrezionalità del singolo o del giudice. Tale duttilità non si potrebbe mai raggiungere né con la curatela né con la tutela, dacché curatore e tutore sono tenuti a compiere atti giuridici avendo sempre un raffronto (se non atto autorizzativo) da parte del giudice tutelare — e quando ciò accade, ovviamente, i tempi si allungano ed il meccanismo rende poco operativo il sistema—.
Vi sono anche altri vantaggi: **il singolo, infatti, può scegliere con testamento o con dichiarazione scegliere quale persona avere come amministratore**. Per di più c'è la possibilità che lo stesso beneficiato crei occasioni in cui è ascoltato pure dinnanzi al giudice, **affinché l'operato dell'amministrazione sia non solo sotto controllo ma anche in comune col beneficiato stesso.** L'amministratore ha anche possibilità, se ritiene che sia meglio nell'evoluzione degli eventi e mediante un consulto con il giudice, di mutare il suo potere; può, infatti, chiedere al giudice di **concedergli un potere diverso alla luce del cambiamento delle condizioni o economiche o anche gestionali del patrimonio**. Il giudice, sempre decidendo in modo spedito, cambia il suo provvedimento, e mutando i poteri **ampia o restringe l'ambito in cui l'amministratore può esercitare**. Qualora l'amministrazione ecceda nei suoi poteri o si discosti da essi, il giudice (o il beneficiato stesso) può rilevare questo modus operandi, censurandolo ed arrivando anche **ad estromettere l'amministratore dalla funzione, qualora vi siano pregiudizi al beneficiato**. Se il beneficiato entra in conflitto con l'amministratore, può chiedere al giudice tutelare di essere ascoltato; questi successivamente opera una scelta verso l'uno o verso l'altro. Ovviamente, se il beneficiato rompe il rapporto di fiducia con l'amministratore, questi deve cessare dall'incarico o spontaneamente o per ordine del giudice, che lo sostituisce dopo averne trovato un altro. **Queste continue consultazioni, non sarebbero ammissibili nella tutela e nella curatela, non tanto per**

Bellanti Giuffrida

questioni di principio, ma perché necessiterebbero di atti giudiziari veri e propri, risolvibili solo con altri atti veri e propri.

Quando i beneficiati siano già persone interdette o inabilitate, ovvero quando queste persone stiano ormai per essere sul punto di una guarigione totale o di un forte miglioramento dello stato psicofisico, allora, anziché procedere, **è possibile chiedere al giudice l'amministrazione di sostegno**. Si tratta di trasformare forma di tutela e curatela in amministrazione, cosa ammissibile ma soltanto **previa revoca dell'interdizione o inabilitazione**. Qualora vi sia un abuso di potere da parte dell'amministratore, allora (art. 412 primo comma) gli atti da questi compiuti possono essere annullati, su istanza dell'amministratore, del pubblico ministero, degli eredi del beneficiato.

ART.412

Gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione di disposizioni di legge, od in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal giudice, possono essere annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del pubblico ministero, del beneficiario o dei suoi eredi ed aventi causa. Possono essere parimenti annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del beneficiario, o dei suoi eredi ed aventi causa, gli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno.
Le azioni relative si prescrivono nel termine di cinque anni. Il termine decorre dal momento in cui è cessato lo stato di sottoposizione all'amministrazione di sostegno.

La verifica conduce quasi sempre all'annullamento degli atti, perché carenti di presupposti richiesti dal giudice o visti come eccedenti. Se il contrasto tra amministratore ed amministrato è grave o se denota prospettive di pregiudizio le persone di cui all'articolo 412 possono andare davanti al giudice tutelare —su richiesta dello stesso beneficiato— il quale farà chiarezza.

L'INCAPACITÀ NATURALE

Non possiamo infine non menzionare una forma di incapacità di agire, che può colpire il soggetto e che non rientra ne nei casi di incapacità legale, né nelle altre. Tale forma di incapacità può colpire, al contrario, le persone legalmente capace di agire (anche chiunque di noi). Si tratta dell'**incapacità di intendere e di volere**. La precisazione che si deve trattare di persone capaci non è tautologia: se il soggetto in questione fosse già incapace legale, non si porrebbe la questione. Al contrario, in questa situazione ci si ritrova a causa di **eventi che temporaneamente e solo temporaneamente fanno in modo che il soggetto perda le proprie capacità psichiche** per fatti contingenti, causati da situazioni occasionali, transitorie e momentanee. L'incapacità è dovuta a stati psicofisici particolari (ubriachezza, effetto di sostanze stupefacenti) o adducibili a forma di patologia (è il caso di malattie

Bellandi Giuffrida

transitorie, che rendono il soggetto temporaneamente incapace di agire, es. crisi epilettiche). Tali incapacità non determinano previe verifiche dei giudici, dacché si scoprono dopo l'avvenimento del fatto. Sotto il profilo civilistico è interessante vedere gli eventuali atti giuridici compiuti da persona incapace di intendere e di volere. Facciamo un esempio per chiarire meglio: un soggetto *incapace di intendere e di volere* perché ubriaco rinuncia ad un'eredità che lo avrebbe arricchito; l'art 428 stabilisce che l'atto è annullabile.
In forza dell'articolo 428, dunque, **l'atto negoziale unilaterale compiuto da un soggetto incapace di intendere e di volere può essere annullato**, **purché si dimostri non solo lo stato di incapacità naturale, ma anche che si sia trattato di un atto pregiudizievole nei confronti del soggetto stesso**. Se, nell'esempio di cui sopra, anziché di una rinuncia all'eredità si fosse trattato di accettazione, dacché non pregiudizievole, l'atto non avrebbe potuto essere annullato.
Discorso diverso va riservato invece per quegli atti che non sono unilaterali, come il contratto. Di seguito, proponiamo un altro esempio: una persona in stato alcolico accentuato, toglie il suo orologio dal polso e lo vende ad un prezzo più basso del valore ad un passante; l'atto, secondo l'art 428, è annullabile solo se colui che ha acquistato l'orologio era in malafede (ossia si era accorto dell'ubriachezza del primo). Nel nostro sistema giuridico, **la buonafede si presume,** dunque acquirente gode di questa presunzione.
Vi sono poi alcuni **atti detti personalissimi (matrimonio, testamento e donazione) che se conclusi in una condizione di incapacità naturale possono essere annullati con la sola dimostrazione dell'incapacità stessa**.

ART.428

Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta [414], si provi essere stata per qualsiasi causa (1), anche transitoria, incapace d'intendere o di volere (2) al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore (3).
L'annullamento dei contratti non può essere pronunziato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede (4) dell'altro contraente [1425].
L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto [1442] (5).
Resta salva ogni diversa disposizione di legge [120, 775].

Bellanti Giuffrida

DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

LE CARATTERISTICHE DEI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

Come si vede, il diritto comincia sempre ad essere più circostanziale e contenutistico fino a consentirci di delineare le categorie dei diritti più importanti che il sistema privatistico e le relazioni tra privati riconoscono. La categoria più importante sono **i diritti della personalità**, e del resto la *ratio* sottesa al primo libro del Codice civile è quella della persona. Tali diritti sono **immanenti**, ossia sono in capo al soggetto per il sol fatto che questi sia venuto in esistenza. Tanto è vero che oggi non si riesce ad effettuare una completa distinzione tra diritti della personalità (appartenenti a tutti) e diritti fondamentali delle persone (così come sono delineati nelle carte sovranazionali e nella Costituzione). Dal punto di vista privatistico, la prima esigenza di fronte a questi diritti è quella di classificarli e collocarli all'interno di una delle categorie generali delle situazioni giuridiche soggettive attive di cui abbiamo parlato. Genericamente questa categoria di diritti si colloca tra i diritti assoluti, dacché sono riconosciuti a tutti indistintamente, e tutti gli altri si devono astenere dal disturbarli e menomarli, e poi anche perché sono diritti indisponibili,ossia chiunque li ha non se ne può privare né alienarlo a qualcun altro. Per le stesse ragioni, i diritti della personalità si estinguono solo con la morte della persona e sono appunto detti **imprescrittibili**. In una ipotetica distinzione, dovremmo dire che i diritti hanno come loro corrispettivo un dovere generale di astensione.

Riassumendo, diremo che i diritti della personalità si caratterizzano per:

a) **necessarietà**, in quanto sono in capo a tutte le persone fisiche
b) **imprescrittibilità**, in quanto il non uso prolungato non ne determina l'estinzione
c) **assolutezza**, in quanto opponibili *erga omnes*
d) **non patrimonialità**, in quanto tutelano valori non suscettibili di valutazione economica
e) **indisponibilità**, in quanto non rinunziabili.

DIRITTI DI DERIVAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Nondimeno, è difficile dire quali e quanti siano tali diritti: non troviamo una parte del Codice civile o qualche legge speciale che contempli il c.d. catalogo contenitore in cui trovare in rassegna tutti i diritti della personalità; **dunque i diritti della personalità sono, nella vasta gamma che conosciamo oggi, di derivazione giurisprudenziale**, ossia derivati dalla interpretazione

Bellandi Giuffrida

estensiva e costituzionalmente orientata che ne ha fatto la giurisprudenza. Proprio la giurisprudenza ha avuto occasione di creare queste figure di diritti personalissimi basandosi su 2 disposti normativi del codice civile, interpretati alla luce del principio personalistico della Costituzione (artt. 2-3) e delle carte europee. Non possiamo, dunque, trattare di tutti i diritti personalissimi di cui veniamo a conoscenza; sono i giudici a fornirci ogni volta fattispecie particolari, sulle loro decisioni, in base alle quali si determina una tutela della personalità dell'individuo. Certo è che se il criterio di lettura è quello del combinato disposto tra art. 2 della Costituzione e delle norme di legislazione speciale, non si farà fatica ad individuare leggi nuove; il catalogo delle leggi personalissime è destinato ad allargarsi. L'idea allargata della sfera dei diritti è quella prevalente.

LA MATRICE IDEOLOGICCA

Da civilisti, dovendo trattare dei diritti della personalità, dovremo notare che il Codice civile dall'art 5 all'art 10 tratta della tutela di due diritti soggettivi assoluti tipici delle persone. Comprendono il diritto all'integrità fisica e il diritto al nome, il quale contempla anche il diritto all'immagine. Il legislatore del 1942 menziona questi due diritti, **in un contesto in cui l'ideologia fascista celebrava sostanzialmente il culto della persona fisica e del corpo come espressione della salute**. Conseguentemente anche il diritto al nome come denominazione da cui individuare anche la famiglia e la tutela dell'immagine sono prodotti della ideologia fascista. Queste espressioni, poi codificate, **per la verità sono ampie e interpretate sempre in maniera evolutiva.**

IL DIRITTO ALL'INTEGRITÀ FISICA (E LE DIVERSE LETTURE)

Si riporta di seguito l'art. 5 del Codice civile.

ART.5

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica (1), o quando siano altrimenti contrari alla legge (579 c.p.), all'ordine pubblico o al buon costume (32 Cost.) (2).

La disposizione precisa che gli atti sul proprio corpo non devono provocare una diminuzione permanente della integrità fisica, altrimenti sono vietati. Tanto che fino a prima che venisse contemplata la legislazione speciale, in forza dell'articolo 5 era addirittura vietata la donazione degli organi. Peraltro la donazione è un atto di disposizione e quindi contrasterebbe con il principio di indisponibilità di cui sopra; nonostante ciò si è ammesso questa possibilità di deroga del principio purché tale donazione segua lo spirito di gratuità e non sia a titolo oneroso. **L'art 5 espressione del diritto alla salute, forma di garanzia sull'integrità fisica della persona, trova il suo fondamento più**

Bellanti Giuffrida

elevato nell'art 32 della Costituzione, che garantisce la salute di tutte le persone, prevedendo che lo Stato faccia il possibile per estendere tale diritto e renderlo esercitabile da tutti. In Italia esiste la salute pubblica consentita dallo Stato a tutti i cittadini. Per la verità questa disposizione è oggetto di numerose letture.
Altri vedono espressa nell'articolo 5 un'ottica di **autodeterminazione sugli atti relativi al proprio corpo**: il legislatore non vieta gli atti di disposizione sul corpo, solo se ed in quanto non lesivi dell'integrità fisica. Si tratta di una visuale più laica. In sostanza, secondo questa ottica, se il divieto posto dall'art 5 vale solo per gli atti di disposizione che limitano attività psicofisiche, se ne deduce che per tutti gli altri atti il soggetto stesso sia autodeterminato a compiere qualunque atto volesse compiere.
Un'altra ottica con cui leggere questa norma è rappresentata dall'argomentazione a contrario: fino a che punto l'auto determinazione ferma il privato? Ossia, può decidere il privato di rifiutare cure che gli garantiscono la vita? Il dilemma, del tutto manicheo, non trova via d'uscita: non c'è una interpretazione mediata. I limiti giuridici sono rappresentati dal fatto che l'articolo 5, guardato nel contesto delle leggi speciali che disciplinano la donazione di organi, il divieto di disporre del proprio corpo, quando si può arrecare danno ad esso, porta alla nullità degli atti compiuti e dalla illiceità del trattamento (si entra presto, infatti, nella fattispecie delle lesioni, di cui si risponde penalmente). In questa ottica, poiché è immanente nell'ordinamento il diritto alla vita e il diritto alla salute, l'interpretazione dell'articolo 5 deve essere in senso restrittivo; dunque si può ulteriormente dire che le persone che dovessero essere oggetto di trattamento sanitario, a prescindere dal loro desiderio debbono sempre essere curati.
Esiste ancora un'altra interpretazione. Nella Costituzione e nel diritto sovraordinato (in materia si ricorda la **Convenzione di Oviedo**, per la quale il trattamento sanitario necessita del consenso del destinatario) emerge una preminenza del principio dell'autodeterminazione, riconosciuto tra l'altro dalla Corte costituzionale come immanente ed «espressione del diritto alla libertà personale di cui all'art. 13». Orbene, secondo questa lettura il principio di autodeterminazione governa anche l'articolo 5; in base a questa interpretazione al di là dietro trattamenti che riguardano il proprio corpo e pregiudicano la vita della persona, per tutto il resto la persona deve decidere se accettare le cure o di accettare il percorso della natura della malattia.
Questo dilemma, che probabilmente mai troverà soluzione, si è posto fortissimo negli ultimi anni, con il caso Eluana Englaro. In quel caso si optato per la prima lettura dell'articolo; sul presupposto che uno stato vegetativo permanente, che a seguito di numerose perizie e in relazione anche alla sua durata, alla fine dopo diverse situazioni giudiziarie si è deciso, con sentenza

Bellandi Giuffrida

della Corte di cassazione, di autorizzare il padre a staccare la spina che teneva collegato il respiratore e la macchina di nutrizione artificiale del corpo di Eluana. Tutto ruota intorno al secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, il quale è proprio quello che consente appunto la doppia lettura del articolo 5 c.c.

ART.32 DELLA COSTITUZIONE

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.
Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Tale articolo deriva dalle atrocità perpetrate contro determinate persone menomate (o considerate tali) durante il nazismo. Nondimeno, se ci sono motivi riguardanti la salute pubblica (ad es. durante le epidemie) interviene il legislatore ad obbligare ai vaccini, oppure nel caso del trattamento sanitario obbligatorio.
Il diritto alla salute è da considerare personalissimo, fondamentale, da garantire ai destinatari è considerabile come diritto soggettivo assoluto. Non si deve, tuttavia, dimenticare che l'art 32 della Costituzione richiede anche il consenso del destinatario delle cure. Il tema è molto scottante, dacché involge anche la responsabilità dei medici e di quanti agiscono ed intervengono a seconda del caso senza assicurarsi che il consenso sia pieno, libero ed informato. Vi sono stati dei casi che hanno costituito la materia del biodiritto: è stato semplice troppe volte vedere nei sanitari coloro che hanno leso l'auto determinazione del paziente. La tematica è, invero, assai complessa e giurisprudenza civile e giurisprudenza penale ancora oggi sono oscillanti tra l'uno e l'altro principio a seconda del caso. La stessa questione involge anche l'eutanasia: oltre a quale limite e fino a che punto la rinuncia ad un trattamento sanitario è espressione di autodeterminazione?. È vero che nel caso di Piergiorgio Welby il medico che ha deciso di staccare la spina è stato perseguito, ma successivamente la Cassazione si è espressa a suo favore, favorendo una lettura del principio di autodeterminazione.

IL DIRITTO AL NOME

Il diritto al nome più blandamente si pone all'interpretazione dacché è istintivamente comprensibile.

IL DIRITTO ALL'IMMAGINE E ALLA RISERVATEZZA

L'art. 10 del codice civile è stata l'origine dell'interpretazione costituzionalmente orientata di situazioni di cui oggi noi sappiamo, ma che

Bellandi Giuffrida

pur non sono codificate (diritto all'immagine, diritto alla dignità, diritto all'onore, diritto alla reputazione, diritto alla riservatezza). Il primo diritto conseguente a quello di immagine è stato proprio quello della riservatezza.

ART.10

Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione (1) della persona stessa o dei detti congiunti (2), l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni (3) (4).

La questione ebbe origine con una vicenda giudiziaria che riguardò la principessa Soraya, moglie dello scia di Persia. Non riuscendo a dare un erede allo scia, sottoponendosi alla legge del paese dal marito, è stata ripudiata dal sovrano, che a malincuore dovette accettare la legge. La principessa fu esiliata a Capri, dove fu costretta a vivere in una villa molto lussuosa. Proprio per il rango che la caratterizzava, ella era solita condurre una vita riservatissima. Nondimeno, uno dei paparazzi, appostandosi su un pino, riuscì a fotografare Soraya in costume da bagno mentre stava per immergersi nella piscina privata; in seguito le foto furono vendute ad un rotocalco di second'ordine che le pubblicò, creando un grave danno alla famiglia reale. Gli avvocati predisposero un giudizio per lesione al diritto all'immagine, come da art 10. Invero, come si comprende, la questione era di principio, dato che le foto avevano raggiunto ogni luogo e poco si sarebbe ottenuto; più che altro si agiva per ottenere risarcimento. Gli avvocati per calcare la mano sulle voci di risarcimento non si limitarono ad agire per la lesione del diritto all'immagine ma dissero ai giudici che tale norma tutelasse anche altre situazioni giuridiche soggettive come la reputazione e la vita privata e dunque la riservatezza (poi detta privacy). Nei giudizi di merito la richiesta fu respinta, ma **la Cassazione** (con sentenza Cass. Civ. Sez. III 2129/75) **ritenne che l'art 10 nella combinata lettura dell'art 2 della Costituzione tutelasse anche il diritto alla riservatezza**. Le voci di danno per il paparazzo e la stampa furono raddoppiate.
Orbene, quando si parla di stampa è difficile stabilire il confine tra diritto di cronaca e diritto alla riservatezza. Anche il diritto dell'identità personale può trovarsi all'articolo 10, laddove si parla di reputazione e decoro. Si instaurano questioni su diffamazione, sul diritto all'oblio, ecc. Il regolamento 679/2016 dell'UE, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea nel maggio 2016, ha previsto un'aggiunta alla disciplina sulla privacy del codice unico (196/2003). Questo regolamento, contenente le norme sulla protezione della privacy, dovrebbe fornire un apparato di tutela maggiore di quanto non abbia già il codice unico.

Bellandi Giuffrida

Gli altri diritti personalissimi sono lasciati allo studio manualistico.

DIRITTI REALI

LE CARATTERISTICHE DEI DIRITTI REALI

I diritti reali riguardano la sfera patrimoniale del soggetto, ossia quella serie di situazioni tutelate in capo al soggetto quando questi ha nel proprio patrimonio dei beni. Reali deriva da RES. Nel nostro sistema tali diritti sono tutti contemplati nel libro III del Codice civile, ma come struttura giuridica sono **situazioni giuridiche soggettive assolute**. Si tratta, in sostanza, di una categoria di diritti che ci deriva dal diritto romano quasi intatta nella sua disciplina, e che è caratterizzata da alcune prerogative che ne distinguono le peculiarità. Tali prerogative, tradizionalmente, sono:

a) **assolutezza**, in quanto opponibili *erga omnes*
b) **tipicità**, in quanto costituiscono un numero chiuso e sono previsti esclusivamente dal legislatore. Non si possono creare diverse categorie rispetto a quelle diverse del legislatore, **nemmeno per via estensiva o interpretazione analogica**
c) **inerenza** ossia, quel rapporto peculiare tra il diritto e il bene oggetto del diritto stesso; se non esistesse il bene non potrebbe esistere quel diritto; ogni diritto reale ha un rapporto di inerenza, quasi di osmosi con il bene su cui insiste;
d) **sequela**, in quanto il diritto reale su un bene segue il bene in qualunque patrimonio il bene vada a finire).

I DIRITTI REALI

Nell'ambito dei diritti reali si è soliti distinguere tra diritti di:

1) proprietà (*ius in rem propriam*), che comprendono anche l'elasticità del dominio;
2) godimento (*iura in re aliena*) caratterizzati per essere costituiti sulla proprietà altrui. Essi presuppongono che sul bene del proprietario qualcun altro eserciti un godimento e sono precisamente: **usufrutto, enfiteusi, servitù, superficie, uso, abitazione**.
3) garanzia, disciplinati nel VI libro, e sono **pegno** ed **ipoteca**, in qualità di garanzia del credito.

GLI ATTI GIURIDICI

Bellandi Giuffrida

Come già accennato, l'attività giuridica dei privati ha bisogno di un esercizio concreto dei diritti da parte del soggetto capace ossia di una serie di atti e di forme di diverso tipo (comportamento, dichiarazione, oggettivazione). L'oggetto dei diritti, infatti, necessita di un suo rivestimento perché sia noto a tutti che tali diritti esistono. Per alcune modalità di esercizio del diritto l'oralità non basta o non è consigliata, come anche ricordato quel noto detto romano "*verba volant scripta manent*". Nell'esercizio dei diritti i privati ci si serve soprattutto di atti e di fatti.

L'ATTO GIURIDICO COME DICHIARAZIONE DI VOLONTÀ

Come già ricordato sopra, tra atto è fatto c'è una differenza ontologica. L'atto ha qualcosa di più intimo e di più soggettivo rispetto al fatto; infatti, **l'attenzione del teorico che ha ideato la teoria dell'atto giuridico si sposta sul soggetto, che per esercitare il suo diritto non vuole più solo estrinsecarlo con comportamenti, ma piuttosto esercitarlo mediante la sua volontà**, la quale può essere espressa nelle forme più diverse. L'esercizio del diritto deve prendere una forma oggettivata, diversa da quella orale o verbale. L'essenza dell'atto giuridico non è solo sotto il profilo del rivestimento che esso assume; infatti, l'atto giuridico nel definirsi "dichiarazione di volontà" implica che il soggetto dichiarante abbia la consapevolezza di esercitare il suo diritto, sicuro che l'ordinamento riconoscerà quell'atto e presterà ad esso tutela.
In breve, **l'atto giuridico è dunque una dichiarazione di volontà con cui un soggetto di diritto esercita un proprio diritto oppure assume un obbligo, affinché da questo esercizio si producano gli effetti che l'ordinamento giuridico riconosce e tutela**.
La categoria dell'atto giuridico comprende al suo interno molte tipologie di atti, a seconda che si guardi alla **struttura**, al **contenuto**, agli **effetti**.

I VARI TIPI DI ATTI

Distinguiamo per **struttura**:

- **ATTO UNILATERALE**. Si ha un atto unilaterale quando la dichiarazione di volontà giuridicamente rilevante è perfezionata da una sola parte (ad esempio, l'accettazione di eredità, la nomina di un rappresentante ecc.)
- **ATTO BILATERALE O PLURILATERALE**. Un atto è bilaterale (o plurilaterale) se per essere valido ha bisogno dell'incontro di due (o più) volontà ed è composto nell'ordine da una **proposta** del soggetto e da una **accettazione** dell'altra persona.

Bellandi Giuffrida

Distinguiamo per **contenuto**:

- **ATTO GIURIDICO A CONTENUTO NEGOZIALE.** Questo atto si compone di una dichiarazione di volontà, di cui il dichiarante conosce non solo il contenuto, ma di cui può anche ampliare la sfera di produzione degli effetti. Tale ampliamento degli effetti, ovviamente, deve essere fatta **nei limiti dell'ordinamento giuridico**.
- **ATTO GIURIDICO IN SENSO STRETTO NON A CONTENUTO NEGOZIALE**. Si tratta di un atto in cui non esiste una sfera di libertà sugli effetti, ovvero di **un atto che produce sempre solo ed esclusivamente gli effetti previsti dalla legge** (es. accettazione dell'eredità, che implica necessariamente come conseguenza l'assunzione della qualità di erede).
- **ATTO RECETTIZIO**. Si ha un atto recettizio quando una dichiarazione, per essere perfezionata, deve pervenire al destinatario altrimenti non produce effetti. (es. se vogliamo fare una proposta di contratto, è necessario che la proposta giunga al destinatario per il compimento dell'atto).
- **ATTO NON RECETTIZIO**. Si ha un atto non recettizio quando una dichiarazione, per essere perfezionata, non deve necessariamente pervenire al destinatario, (es. il testamento).

GLI ENTI

IL RICONOSCIMENTO DELLA COSTITUZIONE E DEL CODICE

È necessario ora riconoscere all'interno dell'ordinamento, sotto il profilo del soggetto, un lato più complesso della collettività. Soggetti di diritto, infatti, sono anche le entità complesse, intermedie tra il soggetto e l'ordinamento. Nella società, dunque, non operano soltanto individui, ma anche entità di cui i singoli individui sono la parte essenziale. Gli enti convivono con i soggetti di diritto e per la verità nonostante di essi si possa trovare autorevole fonte nella Costituzione, non si può tacere che il Codice civile li contemplava prima di essa, anche se fino 1945 in forma di corporazioni (la disciplina del primo libro risentiva dell'ideologia fascista).

Attualmente il libro I del Codice civile dagli artt.11 in poi si occupa di tali entità, di cui cercheremo capire la natura. Oggi possiamo dire che l'esistenza nel sistema privatistico di entità complesse, diverse dal soggetto persona fisica, trova un suo fondamento autorevole e rilevante nell'articolo 2 della Costituzione; si tratta di una norma a cui si ricorre spesso e che pur essendo

Bellandi Giuffrida

stata elaborata sei anni dopo il Codice, dà l'impronta ermeneutica per le norme del Codice stesso.

ART.2 DELLA COSTITUZIONE

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Il contenuto dell'art. 2 della Costituzione tutela la persona fisica **non solo quale entità autonoma ma anche in quanto essa esplica la propria personalità entro entità più complesse**. La persona umana è riguardata come un soggetto meritevole di tutela sotto almeno due profili: come singolo e come singolo facente parte di comunità, che assumeranno valenze diverse.

IL CONCETTO DI ENTE

"Ente" è una parola neutra, **espressione di un concetto filosofico più che giuridico**, essendo sostanzialmente il participio presente del verbo essere. Se si pensa alla formazione storica del concetto di ente si dovrà riconoscere che l'accostamento con l'ambito filosofico è tutt'altro che fuori luogo. Il concetto di fondo, infatti, è che **l'individuo come persona singola può esprimere la propria personalità non solo singolarmente, ma anche (e soprattutto) in relazione con gli altri**; e che le relazioni con gli altri non sono solo quelle da singolo a singolo, ma anche quelle in cui la personalità individuale si manifesta in rapporto con altri quando essi condividono lo stesso ideale, lo stesso progetto, la stessa funzione, lo stesso scopo. **In questo caso** —e qui davvero si opera una finzione del tutto filosofica, quasi teleologica— **l'individuo si fonde in una realtà completamente diversa, rinunciando alla propria individualità non per disperderla ma per metterla insieme a tutte le altre personalità che si formano e si coalizzano fino a diventare una persona diversa**. Tale persona, dunque, sarà diversa in quanto formata dalle singole individualità che sono entrate a farne parte e hanno voluto rinunciare al proprio Io per fondersi in un Io diverso, collettivo ancorché unico. È bene comprendere che ciò che nascerà da questa operazione non è la sommatoria di singoli individui, quanto piuttosto un unico altro ente, che è a sé stante.
La nozione di ente è piuttosto astratta e non necessariamente si trova nella disciplina. Siamo noi a dover operare una classificazione ed una concettualizzazione che sia valida o utile, dal punto di vista giuridico.

Bellardi Giuffrida

DISTINZIONI PRELIMINARI FRA GLI ENTI

Si riconoscono diversi tipi di enti. La prima grande partizione è fatta tra **enti pubblici** ed **enti privati**, distinzione che tuttavia attiene all'attribuzione delle diverse materie, che sono separate. **L'ente pubblico è votato esclusivamente alla pubblica utilità e solitamente è governato da leggi di diritto pubblico**. Noi tuttavia ci occupiamo di seguito soltanto degli enti privati.

Quando l'ordinamento ritiene degni di attenzione e tutela gli enti opera in due modi:

- presta disciplina e norme per enti che abbiano come fine ultimo quello di perseguire un'utilità sociale senza finalità di lucro o economiche (Libro I);
- presta disciplina e norme per enti che non sono votati ad un'utilità sociale e priva di interessi di lucro, ma che anzi si costituiscono con finalità economiche e a fini lucrativi (libro V).

Nell'ambito del nostro corso ci occuperemo solo degli enti che trovano disciplina nel libro I del Codice civile, caratterizzati da una ***ratio*** opposta a quella sottesa agli enti del quinto libro.

GLI ENTI DEL PRIMO LIBRO

Gli enti privati del primo libro sono disciplinati negli **artt. 11-42 del codice civile**: si tratta di un gruppo di norme che ha funzione molto rilevante. L'ottica, sottesa anche all'articolo 2 della Costituzione, è chiaramente quella di fornire tutela allargata a persone che non operano solo come singoli ma anche come collettività. **A seconda della struttura si distinguono due forme di enti privati**:

- **ENTI A STRUTTURA ASSOCIATIVA**. Si tratta di enti in cui l'elemento personalistico è più accentuato e dove, dunque, trova maggiore rilievo l'individualità che si perde per riversarsi nell'ente.
- **ENTI A STRUTTURA UNIPERSONALE**. Si tratta di enti che non hanno la finalità di condividere con le persone, ma piuttosto di giungere immediatamente ad un risultato attraverso le risorse patrimoniali messe a disposizione.

I due elementi caratterizzanti gli enti che conosciamo sono **l'atto** (ossia la volontà di colui che costituisce l'ente) e il **patrimonio** di cui l'ente deve dotarsi.

L'ASSOCIAZIONE

Come si è detto, se la struttura vuole dare risalto alla volontà dei singoli che, immettendosi nell'ente, si trasformano rinunciando alla propria individualità, allora creerà una **associazione**.

Bellardi Giuffrida

Quanti sono iscritti ad un circolo sportivo o culturale hanno aderito ad un atto costitutivo di una associazione, rinunciando alla propria personalità ed entrando nella personalità dell'ente come parte di esso, accettando tutte le regole governanti l'ente stesso e pagando una quota che è entrata a far parte del patrimonio dell'ente, atto a permettere il raggiungimento dello scopo prefisso. **La prevalenza dello scopo personalistico nelle associazioni si riflette nel fatto che l'ente non possa decidere alcunché se non previa consultazione con l'assemblea dei consociati, che si riunisce e decide**.

LA FONDAZIONE

Se invece con quell'ente si vuole raggiungere un risultato concreto legato al fine che l'ente stesso vuole raggiungere e non è utile che si passi attraverso il personalismo di tutti i partecipanti, allora l'atto sarà unipersonale ed il patrimonio otterrà e consentirà il perseguimento dello scopo. L'unico esempio di ente unipersonale è rappresentato dalla **fondazione**.
Tutti sappiamo dell'esistenza di alcune persone agiate, le quali, non volendo che alla loro morte il proprio patrimonio sia disperso, lo raggruppano e lo destinano al raggiungimento di alcune finalità costituendo una fondazione. Per costituire una fondazione, dunque, non è necessario avere una pluralità di persone, ma è sufficiente anche una sola persona, titolare del patrimonio dell'ente: tale patrimonio spetterà alla persona stessa. **Nella fondazione la volontà dell'ente coincide con la volontà del singolo che ha destinato all'ente un patrimonio separato a quello personale**. Qualsiasi individuo può, dunque, decidere un giorno di agire non come persona fisica, ma come persona che vuole vincolarsi al perseguimento di uno specifico fine (es. per la ricerca sul cancro): per fare questo deve elaborare una dichiarazione in cui afferma di voler divenire un'entità diversa da quella fisica, separando il patrimonio finalizzato allo scopo da quello personale. **Si deve poi notare che nessuno può aderire ad una fondazione**, a differenza di quanto avviene con l'associazione.

L'ESCLUSIVITÀ DEGLI ENTI

Struttura associativa e struttura unipersonale sono le uniche due forme di cui gli enti del primo libro possono servirsi. **Non esistono altre strutture giuridiche in cui individuo può trasformarsi in ente**. Come è facile intuire,è più diffuso l'ente a struttura associativa. Per costituire un ente del genere, infatti, è sufficiente esprimere la volontà e avere un patrimonio che consenta il raggiungimento di un determinato fine. In questa tipologia di atti emerge certamente non solo il fine ultimo ma anche la rilevanza della volontà dei singoli, che essendosi privati della propria individualità mettono in un organo (assemblea) la volontà ed il potere di decidere. Nella struttura

Bellandi Giuffrida

dell'ente fondativo prevale invece l'aspetto patrimoniale che non necessariamente è condivisibile con altri. Il vincolo di destinazione insieme alla dichiarazione di volontà fa nascere la fondazione. Il legislatore si preoccupa di fissare, sotto pena di nullità, i presupposti per l'uno e l'altro tipo di atto affinché non si arrivi a confondere i due tipi.

L'ATTO COSTITUTIVO E LO STATUTO

Il momento costitutivo è comune all'associazione e alla fondazione come forma, ma differisce per la tipologia di atto. Il legislatore del 1942 con l'art.14 del Codice civile stabilisce che l'atto costitutivo, sia che si tratti di associazioni e fondazioni, debba essere redatto con atto pubblico.

ART.14

Le associazioni e le fondazioni devono essere costituite con atto pubblico. La fondazione può essere disposta anche con testamento.

Possiamo declinare il contenuto di questa norma ad un atto plurilaterale (associazione) oppure negoziale unipersonale (fondazione). La forma dell'atto pubblico è quella **più solenne** ed **è richiesta sotto pena di nullità**. L'atto si dice pubblico quando **la dichiarazione di volontà è ricevuta da un pubblico ufficiale, colui al quale la legge attribuisce il potere di dare a quella dichiarazione di volontà la pubblica fede, fino a querela di falso**. La dichiarazione fa fede di quanto dichiarato ed ha una valenza tale che se si volesse destituirla di fondamento bisognerebbe, appunto, prima querelare di falso il pubblico ufficiale, che l'ha accolta. Non per nulla i pubblici ufficiali per eccellenza sono persone competenti (notai, segretari comunali, ecc.). È palese che, se il fine ultimo dovesse avere un carattere lucrativo, il pubblico ufficiale informerà le persone dell'impossibilità della tutela dell'ente stesso come associazione o fondazione.
Data la solennità dell'atto, **il pubblico ufficiale deve sempre procedere *secundum legem***, guardando all'articolo 16 del codice.

ART.16

L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione. Devono anche determinare, quando trattasi di associazioni, i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione; e, quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite.
L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio, e, per le fondazioni, anche quelle relative alla loro trasformazione.

Bellandi Giuffrida

Proprio in tale articolo è contenuto l'oggetto minimo essenziale che devono avere le dichiarazioni di volontà, pena l'invalidità insanabile dell'atto. Ciò significa, ragionando a contrario, che **un contenuto più ampio e più allargato è ammissibile, purché concepito per il perseguimento di finalità e di concrete esigenze meritevoli di tutela secondo ordinamento giuridico.** Ne concluderemo, dunque, che l'art.16 è una **norma di tipo inderogabile**, non affidata alla disponibilità delle parti.
Lo statuto è l'insieme delle regole di cui ciascuno degli associati ha l'onere di prendere visione prima di aderire. **Si tratta di un atto a latere** in cui sono illustrati i principi e le regole degli organi, che devono essere chiari al momento di atto costitutivo. Essendo contemplato nel momento costitutivo dell'ente, **anche lo statuto ha valore negoziale** dacché in esso si esprime la volontà dei costituenti di regolare i loro rapporti una volta che si saranno costituiti in ente, e stabilisce: le modalità di riunione al fine di prendere decisioni; le modalità di relazione tra gli organi; le modalità di relazione fra gli altri associati (nel caso di associazione). **Lo statuto, in sostanza, è l'atto in cui al momento di costituire l'ente i fondatori dell'ente stabiliscono le regole di funzionamento degli organi, dei rapporti relativi agli organi verso gli altri associati ovvero dei rapporti tra gli stessi associati** (nel caso di associazioni)**.** Lo statuto è un atto essenziale, tant'è che l'art. 16 lo affianca all'atto costitutivo.
Confezionato l'atto davanti al pubblico ufficiale, l'ente è costituito: avrà propria denominazione e, come entità personificata, potrà iniziare a vivere sia nei rapporti pubblicistici sia nei rapporti privatistici. L'associazione o la fondazione ha bisogno di una sede: di un locale nel quale ad esempio far svolgere attività per cui si è costituita e avrà, dunque, bisogno di esercitare i suoi diritti come una persona fisica.
Si è detto sopra che tra associazione e fondazione l'atto costitutivo ha una tipologia differente. Infatti, la persona fisica che dovesse decidere di destinare in tutto o in parte il suo patrimonio al perseguimento di uno scopo che non sia lucrativo, ma piuttosto rispondente a fini di altra natura, deve rivolgersi al pubblico ufficiale e con un **atto unilaterale non recettizio** dichiarare di voler costituire una fondazione. Tale dichiarazione è **un negozio unilaterale non recettizio fondativo**. Successivamente sarà necessario che **con un'altra dichiarazione unilaterale il fondatore destini (negozio di destinazione) il proprio patrimonio o parte di esso il perseguimento del fine**. La dichiarazione di volontà del fondatore, che poi si ripercuote sul negozio di destinazione attraverso il vincolo, fa sì che il patrimonio destinato si separi dalla persona del dichiarante. Infatti, una volta destinato, il patrimonio assume anche la qualifica e la posizione di patrimonio separato e la separazione ed il vincolo di destinazione fanno sì che quel patrimonio non

Bellandi Giuffrida

possa che essere utilizzato per il fine che si è dato il fondatore (qualsiasi altro uso è illecito). La ricostruzione in questi termini dell'atto costitutivo di fondazione serve per capire l'importanza della dichiarazione che crea il vincolo sul patrimonio. Agli occhi di tutti i terzi il patrimonio sarà separato, quindi agli occhi di tutti i terzi sarà chiaro che quei soldi potranno essere usati solo per il fine della fondazione. Si desume subito che la fondazione, non essendo ente pluripersonale, non ha bisogno di un'assemblea; derivando da un soggetto, solo egli potrà individuare lo scopo e stabilire le regole di funzionamento dell'ente. La struttura pluripersonale fa riemergere la volontà dei singoli durante l'assemblea; **laddove invece manca il profilo plurisoggettivo manca anche l'assemblea**.

IL RICONOSCIMENTO DELL'ASSOCIAZIONE DA PARTE DELL'ORDINAMENTO

Una volta costituito l'ente, se si tratta di associazione, i costituenti sono posti dinnanzi ad una decisione. Si deve, infatti, decidere se l'ente sia costituito semplicemente secondo regole stabilite dal legislatore, oppure se questo ente debba essere anche formalmente riconosciuto dall'ordinamento giuridico. L'opzione è consentita dal sistema normativo, che contempla dunque anche l'ipotesi di enti che, pur costituiti secondo la legge, restino non riconosciuti dall'ordinamento — si pensi che le più grandi associazioni non riconosciute sono i **partiti politici** e i **sindacati**—. Questo poiché nella Costituzione repubblicana, all'articolo 18, è previsto per tutti i cittadini il diritto di associarsi liberamente e la tolleranza da parte dell'ordinamento verso questo enti è tale da consentire ad essi di esistere e di operare in sistema senza alcun problema.

ART.18 DELLA COSTITUZIONE

I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale.
Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.

Le associazioni dunque, sono libere di essere enti non riconosciuti ovvero di essere riconosciuti dall'ordinamento. Quando si opti per questa seconda strada **i costituenti l'ente dovranno incaricare il rappresentante legale o anche lo stesso pubblico ufficiale di rendere pubblicità all'attività negoziale che essi hanno appena concluso, attraverso l'iscrizione dell'ente stesso nel c.d. «*registro delle persone giuridiche*»**; tale registro si trova presso gli uffici territoriali del governo (le prefetture). Negli uffici territoriali del governo, prima dell'iscrizione, avviene il controllo da parte dell'autorità che gli atti depositati siano conformi alla legge e la verifica della

Bellandi Giuffrida

congruità del patrimonio dell'ente, affinché esso sia garante e sicuro per la vita dell'ente stesso e affinché vi siano i presupposti tali per cui l'ente possa compiere atti giuridici. Superato questo giudizio dall'organo di governo l'ente viene iscritto nel registro. L'iscrizione, come vedremo, è nel sistema privato **una forma di pubblicità costitutiva**, ossia serve come in questa ipotesi a completare la costituzione dell'ente che **in tal modo consegue la personalità giuridica**.

PERCHÈ NON ESISTONO FONDAZIONI NON RICONOSCIUTE

Se la scelta del riconoscimento è opzionale per gli enti a struttura associativa, a contrario diventa una soluzione obbligata per le **fondazioni**. **Non è, infatti, ammissibile che le fondazioni operino come enti non riconosciuti**. Esse sono sempre e devono sempre essere persone giuridiche, non tanto perché espressamente previsto dalla norma di legge quanto per una ragione ben intuibile: **non è in capo all'autonomia delle parti di creare patrimoni separati**. Inoltre, è vero che se per le associazioni non riconosciute l'ordinamento prevede un'assemblea degli associati in cui ciascuno può rendersi conto se l'ente sta procedendo o meno, nella fondazione ciò non avviene, essendo uno il fondatore e stabilendo egli solo il fine ultimo, il patrimonio e lo scopo dell'ente. Nel caso della fondazione il compito di controllo (che nelle associazioni è esercitato dall'assemblea) è assunto dall'autorità governativa. Assai di frequente, infatti, il fondatore provvede a creare una fondazione per testamento. In ragione di tutte queste considerazioni, la *ratio* è quella di concepire per le fondazioni la necessità dell'acquisto della personalità giuridica, in modo tale che si sottopongano più facilmente al controllo di autorità pubblica e dei terzi. Le fondazioni, dunque, sono sempre persone giuridiche, godono di autonomia patrimoniale perfetta e sono controllate da autorità pubblica.

AUTONOMIA PATRIMONIALE PERFETTA ED AUTONOMIA PATRIMONIALE IMPERFETTA

La differenza tra associazione non riconosciuta ed associazione riconosciuta dal punto di vista strutturale è inesistente, così come dal punto di vista della capacità giuridica (invero era notevole prima dell'intervento di alcune leggi speciali). L'unica differenza di grande rilevanza è data dalla **responsabilità verso i terzi nel compimento di atti giuridici**: se l'ente è riconosciuto allora gode anche di autonomia patrimoniale perfetta; se invece non ha chiesto (o non ha ottenuto) la personalità giuridica, allora subisce un'autonomia

Bellanti Giuffrida

patrimoniale imperfetta. La diversità sta nell'assunzione di obblighi verso i terzi:

- **nel caso di associazioni riconosciute**, **delle obbligazioni dell'ente risponde *solo ed esclusivamente* quest'ultimo nei limiti del suo patrimonio**;
- **nel caso di associazioni non riconosciute, delle obbligazioni dell'ente risponde quest'ultimo, oltre i limiti del proprio patrimonio, andando ad intaccare la sfera patrimoniale del contraente in nome e per conto dell'ente**.

Questo *modus operandi* trova giustificazione nella pubblicità del patrimonio: nell'ente riconosciuto il patrimonio è pubblico (e i terzi ne sono a conoscenza prima di fare un contratto), mentre nell'ente non riconosciuto il patrimonio non è pubblico (e i terzi, in quanto lo ignorano prima di fare un contratto, sono tutelati dall'ordinamento).
Il principio dell'autonomia patrimoniale imperfetta è desunto dall'articolo 38 del Codice civile.

ART.38

Per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione, i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune. Delle obbligazioni stesse rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione.

Si deve ancora notare che anche nel caso dell'autonomia patrimoniale imperfetta, il terzo deve dapprima intaccare il c.d. *fondo comune*, **e solo nel caso in cui quest'ultimo risultasse insufficiente allora procedere con l'aggressione del patrimonio singolo** . L'autonomia patrimoniale imperfetta non giova all'ente quando non è dotato di patrimonio sufficiente.

LA REVOCA DELL'ATTO COSTITUTIVO DI FONAZIONE

L'articolo 15 del Codice civile stabilisce che per il negozio di fondazione, mediante atto di trasformazione sia possibile cambiare lo scopo della fondazione oppure revocare l'atto di fondazione stesso.

ART.15

L'atto di fondazione può essere revocato dal fondatore fino a quando non sia intervenuto il riconoscimento ovvero il fondatore non abbia fatto iniziare l'attività dell'opera da lui disposta.
La facoltà di revoca non si trasmette agli eredi.

Nondimeno, è necessario fare delle precise distinzioni. Il limite per tornare indietro rispetto decisione della fondazione è istituito perché, una volta che la fondazione abbia iniziato la propria attività, tutti i terzi ormai sanno che quella

Bellandi Giuffrida

fondazione opera ed opererà in quell'ambito. I limiti della revocabilità hanno la funzione di tutelare i terzi che confidano di avere a che fare con un ente fondativo e di poter stipulare con esso attività giuridica.

LA VITA GIURIDICA DELL'ENTE

Abbiamo detto sopra che l'associazione e la fondazione per essere tali non devono avere fini lucrativi; nondimeno, è anche vero che un ente spesso stipula **contratti e paga stipendi**. Questo, che solo all'apparenza è una negazione del principio di cui sopra, deriva dal fatto che **è inevitabile che gli enti compiano atti economicamente rilevanti, patrimonialmente valutabili**. Dunque è bene capire che quando si dice che un ente non deve perseguire fini di lucro, significa *solo ed esclusivamente* che **l'ente non deve svolgere attività economica che dia luogo ad utili da ripartire tra gli associati** e non che non può svolgere alcuna attività economica (altrimenti l'ente rimarrebbe paralizzato). **L'ente ha sua vita giuridica ed è soggetto di diritto anche quando non è riconosciuto.** In termini di capacità è ugualmente capace e non ha più menomazioni che aveva un tempo, con riguardo a straordinaria amministrazione.

LA RAPPRESENTANZA ORGANICA

L'ente agisce attraverso i propri **organi**, che a seconda della tipologia dell'ente stesso, sono diversi e ciascuno con la propria funzione. Il termine organo deriva dal greco **ὄργανον**, ossia **strumento**. E proprio come strumento nel linguaggio giuridico viene considerato. La funzione dell'organo, appunto, è quella di **agire in nome e per contro**: si parla di **rappresentanza organica**. Se l'ente ha struttura associativa, esso individua il proprio organo deliberante nell'assemblea. **L'assemblea è, infatti, il luogo in seno al quale si forma la volontà dell'ente**: ogni atto che si rivolge all'esterno deve essere formato in assemblea, la quale nelle decisioni **è governata dal principio maggioritario** (metà più uno decide); in altre materie **espressamente previste**, la maggioranza dev'essere superiore (2/3 o 3/4 a seconda del caso). In materia di maggioranze le norme dell'ordinamento dettano la disciplina minima ed essenziale, che può eventualmente essere ampliata dagli associati (nei limiti riconosciuti dall'ordinamento stesso): di questo si parlerà nel prossimo paragrafo. Formatasi la volontà deliberante dell'assemblea è come se si fosse formata la dichiarazione di volontà del singolo persona fisica. Sulla base di quella delibera, **l'organo esecutivo, rappresentato dagli amministratori, dovrà eseguire la volontà dell'assemblea**.

Bellandi Giulinda

L'organo esecutivo legato alla delibera assembleare, non deve eccedere nei propri poteri (*ultra vires*); nel caso in cui questo avvenisse, gli amministratori agirebbero senza poteri e assumerebbero in proprio tutta la responsabilità (anche penale) dell'operato compiendo atti di *mala gestio*, che se provocanti pregiudizio richiederebbero risarcimento. La rappresentanza organica, in sostanza, è composta da più elementi: è compresa in essa sia una fattispecie deliberante che si costituisce in seno all'assemblea, e una fattispecie esecutiva che ripercuote nell'attività esecutiva quanto nella delibera assembleare.
Gli statuti spesso prevedono la presenza del c.d. **collegio dei probiviri**, composto dalle persone più autorevoli e più anziane, chiamate a risolvere le questioni intercorrenti tra organi e singoli associati, tra singoli associati e tra associato ed ente stesso nell'ambito di espulsione, eccesso, comportamento scorretto, ecc. Tale organo risolve questioni di carattere deontologico ed etico più che giuridico.
La figura del presidente all'interno degli organi dell'ente associativo spende la propria persona in rappresentanza esterna (è l'unico soggetto che nelle controversie assume su di sé una rappresentanza dal punto di vista giudiziale).
Nella fondazione non esiste l'assemblea, stante struttura unipersonale, ma esiste un organo amministrativo, scelto dallo fondatore o eventualmente individuato dall'autorità governativa stessa.

L'ASSEMBLEA E IL PRINCIPIO DI MAGGIORANZA

Come già detto, nell'assemblea l'associazione trova il proprio organo deliberante. Con riguardo alle deliberazioni, il principio adottato è quello della maggioranza semplice (metà più uno decide). Purtuttavia alcune delibere assembleari, a seconda della materia di cui trattano, necessitano di maggioranze più elevate. Intuitivamente possiamo dire che le maggioranze qualificate hanno ad oggetto le decisioni più rilevanti, in cui collegialità più è diffusa e più garantisce la partecipazione. Leggiamo l'articolo 21 del Codice civile, che si esprime a tal proposito.

ART.21

Le deliberazioni dell'assemblea sono prese a maggioranza di voti e con la presenza di almeno la metà degli associati. In seconda convocazione la deliberazione è valida qualunque sia il numero degli intervenuti. Nelle deliberazioni di approvazione del bilancio e in quelle che riguardano la loro responsabilità gli amministratori non hanno voto.
Per modificare l'atto costitutivo e lo statuto, se in essi non è altrimenti disposto, occorrono la presenza di almeno tre quarti degli associati e il voto favorevole della maggioranza dei presenti.
Per deliberare lo scioglimento dell'associazione e la devoluzione del patrimonio occorre il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati.

Bellandi Giuffrida

Come si vede, nelle deliberazioni di approvazione del bilancio e in quelle che riguardano la loro responsabilità, gli amministratori devono astenersi perché essi stessi sono coinvolti in queste situazioni, essendo proprio loro responsabili di redigere bilanci. Il legislatore indica specificamente la maggioranza che richiedono le varie deliberazioni, ma con la clausola che **i privati hanno un'autodeterminazione sulla eventuale decisione di indicare nei loro atti costitutivi maggioranze diverse, che non potranno essere inferiori ma solo superiori rispetto a quanto previsto dalla norma.** Maggioranze più ampie sono richieste per la modificazione dell'atto costitutivo così come per l'estinzione e la messa in liquidazione dell'ente, operazioni assai importanti. In materie dove la legge individua maggioranze qualificate, indicare maggioranze più ridotte nello statuto **comporta l'impossibilità di ottenere personalità giuridica**. Le associazioni non riconosciute, al contrario, non hanno questo dovere: la responsabilità ricade sempre su chi agisce.

IL MANDATO DEGLI AMMINISTRATORI

Durante il momento assembleare, gli associati deliberano su quello che l'organo di convocazione ha posto all'ordine del giorno e analizzano eventuali documenti scritti presentati; terminato il momento deliberativo, gli amministratori, ricevuta la delibera, assumono una funzione nella quale la responsabilità di cui si caricano deriva non solo dal ruolo svolto come organo esecutivo, ma anche dalla **assimilazione che di loro fa lo stesso legislatore ai mandatari**.

ART.18

Gli amministratori sono responsabili verso l'ente secondo le norme del mandato. È però esente da responsabilità quello degli amministratori il quale non abbia partecipato all'atto che ha causato il danno, salvo il caso in cui, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, egli non abbia fatto constare del proprio dissenso.

Il mandato è un contratto con cui un soggetto conferisce ad una altra persona il potere di compiere in suo nome e per suo conto atti giuridici rilevanti, ossia attività che, essendo compiute per conto di un mandante, producono effetti immediatamente nella sfera giuridica di quest'ultimo. Si tratta esattamente di quello che fanno gli amministratori dell'ente, essendo strumenti dell'attrazione della volontà dell'ente.
Il mandato degli amministratori è ricevuto dall'assemblea. Questo significa che per ogni atto che essi compiano, assumono la responsabilità; dunque devono stare attenti da un lato a rispettare il contenuto della delibera e a non eccedere in poteri, ma dall'altro neppure ad agire senza avere poteri;

Bellandi Giuffrida

nell'agire gli amministratore devono operare con la cura, la diligenza, l'attenzione e la perizia che richiede il compimento dello specifico affare. Se si dovesse desumere che nella gestione dell'affare ci sia stata imperizia, negligenza o non cura **gli amministratori sarebbero responsabili di *mala gestio*, che è presupposto per una eventuale azione di responsabilità, che sarà esperita dall'assemblea stessa**.

L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ

Proprio l'assemblea di fronte ad un atto che si è dimostrato lesivo per interesse dell'ente, per il suo patrimonio, per la sua immagine o per la sua consistenza, ovvero ad un atto di per se contrario allo scopo che l'ente si è prefisso, esperisce un'**azione di responsabilità** che porta gli amministratori dinnanzi al giudice (in questo caso si tratta di una responsabilità civile, che darebbe luogo alla condanna al risarcimento del danno che copre tutti i pregiudizi sofferti dal patrimonio dell'ente). La responsabilità degli amministratori varia a seconda del caso. La stessa norma di cui all'articolo 18 precisa che in un organo amministrativo se uno dei membri non è d'accordo circa il modus operandi di stipulazione di un contratto o di un negozio, deve dichiararlo e farlo presente, per sottrarsi all'azione responsabilità. La stessa azione di responsabilità potrebbe anche essere penale, come disciplinato dall'articolo 35 del codice civile.

ART.35

Gli amministratori e i liquidatori che non richiedono le iscrizioni prescritte sono puniti con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da € 10 a € 516.

La sanzione penale appare successivamente nel casellario del singolo.
Nelle fondazioni il controllo sulla corretta amministrazione dell'ente è affidato all'autorità governativa, *ex* articolo 25 del codice civile

ART.25

L'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume; può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge.
L'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima.
Le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa e sono esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori.

Bellandi Giuffrida

Come si nota, la disciplina per le fondazioni è certamente più rigorosa per il fatto che non vi è un'assemblea e che nella maggior parte dei casi il fondatore è deceduto.

LA RECESSIONE E L'ESCLUSIONE DELL'ASSOCIATO

Il rapporto fra associato ed ente può terminare e il codice disciplina anche questa attività. Quando l'ente ha un tempo indefinito o definito a lungo termine e l'associato si trova in condizione di dover uscire dalla associazione, può farlo chiedendo **la recessione del rapporto di associazione**. Sul recesso decide l'assemblea (o eventualmente il collegio dei probiviri), ed una volta terminato il rapporto personale tra ente ed associato quest'ultimo finisce di appartenere a quell'ente anche se la sua prestazione a livello di quota copre l'anno del recesso.
Allo stesso modo il rapporto può cessare a causa non già del recesso, ma di una esclusione dell'associato. Dato lo spirito che caratterizza le associazioni, riconducibile all'art. 2 e all'art. 13 di Costituzione, l'esclusione di un associato non è semplice, posto che implica anche la presenza di una forma di scorrettezza o inadempienza dell'escludendo. **L'esclusione, in quanto contraria al principio di associazione, deve essere deliberata con la maggioranza e assistita da una *causa* e da un *motivo* molto validi, sui quali addirittura l'escluso può far intervenire il giudice**. Lo statuto normalmente contempla le cause di esclusione del socio (es. inosservanza dell'atto costitutivo, mancato pagamento di quote sociali, commissione di fatti illeciti contrari alle norme imperative e penali, compimento di atti non autorizzati che hanno causato pregiudizio all'ente, ecc). È comunque da tenere presente che su tali cause **è ammissibile il sindacato del giudice**, il quale quando si tratti di regolare il rapporto tra associazione e associato in ordine alle cause di esclusione, interviene per garantire che la *ratio* della disciplina sia tutelata e rispettata. La materia è affidata sinteticamente all articolo 24, che lo statuto può ampliare come già visto per altre norme:

ART.24

La qualità di associato non è trasmissibile, salvo che la trasmissione sia consentita dall'atto costitutivo o dallo statuto.
L'associato può sempre recedere dall'associazione se non ha assunto l'obbligo di farne parte per un tempo determinato. La dichiarazione di recesso deve essere comunicata per iscritto agli amministratori e ha effetto con lo scadere dell'anno in corso, purché sia fatta almeno tre mesi prima. L'esclusione d'un associato non può essere deliberata dall'assemblea che per gravi motivi; l'associato può ricorrere all'autorità giudiziaria entro sei mesi dal giorno in cui gli è stata notificata la deliberazione.

Bellanca Giuffrida

Gli associati, che abbiano receduto o siano stati esclusi o che comunque abbiano cessato di appartenere all'associazione, non possono ripetere i contributi versati, né hanno alcun diritto sul patrimonio dell'associazione.

L'articolo esordisce con lo stabilire che il diritto di appartenenza ad associazione non è trasmissibile per via ereditaria e che cessa con la cessazione della persona fisica dell'associato. Il recesso è liberamente esercitabile anche associato.
Il terzo comma stabilisce che **solo per gravi motivi l'assemblea può escludere l'associato**. Né coloro che recedono né coloro che sono esclusi, per la stessa ragione della prescrizione temporale, possono chiedere la restituzione delle quote versate. Nella norma non sono contemplate **le cause di esclusione, le quali sono rimesse agli statuti e agli atti costitutivi**, tuttavia è presente la **gravità del motivo**, che si rivolge soprattutto al giudice, e di cui il giudice si può servire quando l'associato eccepisca e affermi che l'esclusione sia pretestuosa. Qualora si renda conto che davvero l'esclusione è pretestuosa, **il giudice reintegra l'associato nell'ente**.

L'ESTINZIONE DELL'ENTE

Per l'estinzione dell'ente la procedura è molto più articolata, dal momento che l'ente deve prima chiudere una serie di rapporti giuridici in essere (presumibilmente coi debitori e coi creditori, con i proprietari della sede, con i dipendenti, ecc). Prima dell'estinzione, il patrimonio dell'ente, attivo e passivo che sia, deve essere liquidato, così come vanno risolti e definiti i rapporti giuridici dell'ente, perché i terzi dopo l'estinzione non avranno a chi chiedere.
Le cause dell'estinzione sono contemplate normalmente nell'atto costitutivo o nello statuto. La più naturale causa di estinzione è **il conseguimento del fine prefisso da parte dell'ente**, che così conclude l'operato per cui si era costituito; ovvero **la scadenza del termine in cui tale fine doveva essere realizzato**. Possono tuttavia esserci delle **cause patologiche** che portano all'estinzione dell'ente: **il venir meno del patrimonio** (per fuga degli amministratori o per *mala gestio*); **decisioni dell'autorità giudiziaria o governativa** ecc.
In questi casi l'assemblea si riunisce e delibera la **messa in liquidazione dell'ente** —n.b.: non l'estinzione dell'ente—. La messa in liquidazione è affidata ai **liquidatori** nominati dall'assemblea, che possono essere scelti tra gli stessi membri dell'assemblea *solo ed esclusivamente* se l'estinzione non avviene per cause patologiche, caso in cui la nomina è affidata al tribunale.
La disciplina in tal proposito è rinvenibile nell'articolo 27 cod. civ., da leggersi in combinato disposto con l'art. 30

Bellardi Giuffrida

ART.27

Oltre che per le cause previste nell'atto costitutivo e nello statuto, la persona giuridica si estingue quando lo scopo è stato raggiunto o è divenuto impossibile.
Le associazioni si estinguono, inoltre, quando tutti gli associati sono venuti a mancare.

ART.30

Dichiarata l'estinzione della persona giuridica o disposto lo scioglimento dell'associazione, si procede alla liquidazione del patrimonio secondo le norme di attuazione del codice.

L'interprete è avvertito che l'estinzione non è un effetto automatico della delibera assembleare, la quale invece apre solo una fase di liquidazione la cui disciplina è contemplata dal Codice civile. Le norme tra l'art. 27 ed il 30 disciplinano la situazione "di limbo" in cui si trova l'ente dall'apertura della pratica di estinzione fino all'estinzione. Questo perché può accadere che tra le due fasi intercorra un intervallo di tempo piuttosto ampio. Vediamo di seguito l'articolo 29

ART.29

Gli amministratori non possono compiere nuove operazioni, appena è stato loro comunicato il provvedimento che dichiara l'estinzione della persona giuridica o il provvedimento con cui l'autorità, a norma di legge, ha ordinato lo scioglimento dell'associazione, o appena è stata adottata dall'assemblea la deliberazione di scioglimento dell'associazione medesima. Qualora trasgrediscano a questo divieto, assumono responsabilità personale e solidale.

Come si capisce dall'articolo, durante la fase di estinzione gli amministratori hanno il **divieto di compiere <u>nuove</u> operazioni**. Si deve peraltro notare come la norma si riferisca solo a eventuali nuove deliberazioni, permettendo (implicitamente addirittura consigliando) di perseguire le normali attività di amministrazione, senza le quali potrebbe esserci nocumento per l'ente e dunque l'accusa di *mala gestio* nei confronti degli amministratori. Gli amministratori devono portare avanti l'attività con la «diligenza del buon padre di famiglia».
Le norme di attuazione sono state poste alla fine dei sei libri del Codice civile e sono applicabili ogni volta che gli articoli del codice civile vi rinviano. Ne incontriamo per la prima volta qui un caso: l'articolo 30, tra le parentesi quadre (ci si riferisce all'edizione cartacea del codice, *n.d.r.*), fornisce un riferimento numerico con cui l'autore del codice rimanda alle norme di attuazione da considerare, nel caso specifico art.11-21. Nelle norme 11-21 si disciplina l'iter dell'estinzione, il coinvolgimento dell'attività giudiziaria , e tutte le altre attività. I liquidatori hanno poi necessità ed obbligo nell'ottica del mandato, di compiere un bilancio della liquidazione, in cui appaiano precisamente tutte le operazioni compiute. Il bilancio della liquidazione deve

Bellandi Giuffrida

essere depositato e riconosciuto dal giudice e in particolare l'articolo 14 delle norme di attuazione, affida ai liquidatori gli oneri di pubblicità.

ART.14 NORME DISPOSITIVE

Entro trenta giorni dalla formazione dell'inventario i liquidatori, dopo avere determinato la consistenza dell'attivo e del passivo dell'ente, se riconoscono che il patrimonio non è sufficiente al pagamento integrale delle passività, devono iniziare la liquidazione generale dei beni nell'interesse di tutti i creditori, dandone avviso mediante annotazione nel registro delle persone giuridiche.
Il medesimo avviso deve essere dato nel caso in cui i liquidatori non ritengono di dover procedere alla liquidazione generale, essendovi eccedenza dell'attivo sul passivo.
In quest'ultimo caso i creditori dell'ente possono fare opposizione entro trenta giorni dall'annotazione chiedendo la liquidazione generale del patrimonio.
Le opposizioni si propongono davanti al presidente del tribunale. Contro il provvedimento di questo è ammesso reclamo davanti al presidente della corte nel termine di quindici giorni.
Il provvedimento definitivo è annotato nel registro a cura dei liquidatori.

Arrivati al bilancio di liquidazione e vagliata la situazione, se il patrimonio rimane in attivo esso può essere ripartito tra gli associati una volta soddisfatti i terzi. Solo cessata questa fase il Tribunale decreta l'estinzione, *dies a quo* l'ente può dire non esistere più.
Per le fondazioni l'autorità governativa predilige fare un tentativo diverso: prova a trasformare le fondazioni, modificando il fine cui devono tendere, trasformando l'oggetto o la composizione dell'organo amministrativo.

I COMITATI

Tra gli enti sono peculiari i comitati, in quanto hanno una strutta specifica.

ART.39

I comitati di soccorso o di beneficenza e i comitati promotori di opere pubbliche, monumenti, esposizioni, mostre, festeggiamenti e simili sono regolati dalle disposizioni seguenti, salvo quanto è stabilito nelle leggi speciali.

Come si intende dalla lettura dell'articolo 39 cod. civ. i comitati sono **associazioni** e come tali vale anche per essi quanto detto sopra. La peculiarità sta nel fatto che **i comitati, per definizione e per natura, hanno uno scopo da raggiungere entro un lasso di tempo breve**. Come anche per le associazioni, i comitati possono ottenere la personalità giuridica ovvero restare enti non riconosciuti; in questo caso, con una particolarità assai rilevante.
Infatti, se il comitato chiede ed ottiene il riconoscimento, allora gode di una autonomia patrimoniale perfetta; se tuttavia resta non riconosciuto la

Bellandi Giuffrida

responsabilità per le obbligazioni del comitato **investe tutti i componenti il comitato, a prescindere da chi abbia agito**.

ART.38

Per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione, i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune. Delle obbligazioni stesse rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione

ART.40

Gli organizzatori e coloro che assumono la gestione dei fondi raccolti sono responsabili personalmente e solidalmente della conservazione dei fondi e della loro destinazione allo scopo annunziato.

Del resto il confronto tra l'articolo 38 che disciplina le associazioni e l'articolo 40 che disciplina i comitati è evidente.

ART.41

Qualora il comitato non abbia ottenuto la personalità giuridica, i suoi componenti rispondono personalmente e solidalmente delle obbligazioni assunte. I sottoscrittori sono tenuti soltanto a effettuare le oblazioni promesse.
Il comitato può stare in giudizio nella persona del presidente.

Nell'articolo 41 si fa riferimento ai componenti del comitato, non ai rappresentanti o a coloro i quali hanno agito in nome e per conto dell'ente (come invece si fa nell'art.38). Il comitato come ogni associazione sta in giudizio al nome del presidente.

Bellanti Giuffrida

SCOMPARSA, ASSENZA E MORTE PRESUNTA

QUANDO UNA PERSONA SCOMPARE

Su come possa dirsi finita la persona per l'ordinamento giuridico ancora oggi si dibatte. Certo vi è che la persona fisica si estingue per il diritto con la morte, con cui si estingue anche la sua capacità giuridica; peraltro la morte è un fatto naturale giuridicamente rilevante, perché presa in considerazione per la produzione di altri effetti giuridici, alcuni relativi a delle situazioni al confine tra la vita e la morte, altri relativi alla fase della successione ereditaria, che si vedrà successivamente. Lasciato da parte il tema relativo al concetto della morte in senso biologico, che è fonte di problemi di non poco conto, procediamo a vedere quali situazioni giuridiche al di là della morte fisica

possono essere ricondotte o assimilate ad essa. All'interno della collettività, infatti, si creano delle situazioni per le quali è incerto capire se una determinata scomparsa sia ancora in vita. La determinazione di questa situazione giuridica passa per tre fasi molto precise. Dapprima c'è la **scomparsa**, poi l'**assenza** e infine la **morte presunta**.

LA SCOMPARSA

La scomparsa è disciplinata dall'articolo 48

ART.48

Quando una persona non è più comparsa nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza e non se ne hanno più notizie, il tribunale dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza, su istanza degli interessati o dei presunti successori legittimi o del pubblico ministero, può nominare un curatore che rappresenti la persona in giudizio o nella formazione degli inventari e dei conti e nelle liquidazioni o divisioni in cui sia interessata, e può dare gli altri provvedimenti necessari alla conservazione del patrimonio dello scomparso.
Se vi è un legale rappresentante, non si fa luogo alla nomina del curatore. Se vi è un procuratore, il tribunale provvede soltanto per gli atti che il medesimo non può fare.

La scomparsa non è legata ad una durata temporale ma presa in considerazione dalla legge *se e solo se* la persona è titolare di un patrimonio sul quale c'è necessità o urgenza di compiere degli atti, al fine di non creare pregiudizio allo scomparso. La scomparsa assume rilevanza giuridica allorché è necessario salvare l'integrità del patrimonio. Sulla figura del curatore si è già detto in precedenza

Bellardi Giuffrida

L'ASSENZA

L'assenza è dichiarata quando la scomparsa dura da più di due anni. L'articolo 49, in sequenza terminologica, si occupa di questa fase:

ART.49

Trascorsi due anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia, i presunti successori legittimi e chiunque ragionevolmente creda di avere sui beni dello scomparso diritti dipendenti dalla morte di lui possono domandare al tribunale competente, secondo l'articolo precedente, che ne sia dichiarata l'assenza.

L'assenza assume rilevanza giuridica indipendentemente dalla necessita di salvaguardare il patrimonio dell'assente, ma allorché vi siano famigliari che sono eredi legittimi dello stesso. I successori legittimi e chiunque

ragionevolmente creda di avere sui beni dello scomparso diritti dipendenti dalla morte di lui possono chiedere al tribunale competente che sia dichiarata l'assenza. Dichiarata l'assenza, mediante **sentenza** del Tribunale, avviene una simulazione dell'apertura della successione *mortis causa*. Come da articolo 50, ai successori è data la c.d. ***immissione temporanea nel possesso dei beni*** dell'assente (da non confondersi con l'assunzione della titolarità né con la successione dei diritti). Coloro i quali hanno agito presso il tribunale sostanzialmente sono messi in condizione di prendere come possessori i beni che avrebbero in diritto se fossero eredi dell'assente

ART.50

Divenuta eseguibile la sentenza che dichiara l'assenza, il tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse o del pubblico ministero, ordina l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente, se vi sono.

Coloro che sarebbero eredi testamentari o legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia di lui, o i loro rispettivi eredi posso- no domandare l'immissione nel possesso temporaneo dei beni.

I legatari, i donatari e tutti quelli ai quali spetterebbero diritti dipendenti dalla morte dell'assente possono domandare di essere ammessi all'esercizio temporaneo di questi diritti.

Coloro che per effetto della morte dell'assente sarebbero liberati da obbligazioni possono essere temporaneamente esonerati dall'adempimento di esse, salvo che si tratti delle obbligazioni alimentari previste dall'articolo 434.

Per ottenere l'immissione nel possesso, l'esercizio temporaneo dei diritti o la liberazione temporanea dalle obbligazioni si deve dare cauzione nella somma determinata dal tribunale; se taluno non sia in grado di darla, il tribunale può stabilire altre cautele, avuto riguardo alla qualità delle persone e alla loro parentela con l'assente.

La cautela è data dal fatto che l'assente potrebbe tornare. In tal caso, data la simulazione fatta, se essa ha avuto la spendita di atti da parte di ciascuno dei legittimati, l'assente si ritrova il patrimonio nella consistenza e nella nuova forma che gli atti dei legittimati vi hanno conferito. Non a caso, qualsiasi atto di straordinaria amministrazione compiuto dai legittimati, deve avere avuto prima il consenso e l'approvazione del tribunale. Se i legittimati dovessero compiere atti di straordinaria amministrazione pregiudizievoli per l'assente, essi risponderebbero personalmente delle loro azioni

Sugli effetti dell'immissione si sofferma l'articolo 52

ART.52

L'immissione nel possesso temporaneo dei beni deve essere preceduta dalla formazione dell'inventario dei beni.

Essa attribuisce a coloro che l'ottengono e ai loro successori l'amministrazione dei beni dell'assente, la rappresentanza di lui in giudizio e il godimento delle rendite dei beni nei limiti stabiliti nell'articolo seguente.

Bellandi Giuffrida

Sui limiti, l'articolo 54

ART.54

Coloro che hanno ottenuto l'immissione nel possesso temporaneo dei beni non possono alienarli, ipotecarli o sottoporli a pegno, se non per necessità o utilità evidente riconosciuta dal tribunale.
Il tribunale nell'autorizzare questi atti dispone circa l'uso e l'impiego delle somme ricavate.

L'articolo 56 disciplina l'eventuale ritorno o l'affermata esistenza dell'assente.

ART.56

Se durante il possesso temporaneo l'assente ritorna o è provata l'esistenza di lui, cessano gli effetti della dichiarazione di assenza, salva, se occorre, l'adozione di provvedimenti per la conservazione del patrimonio a norma dell'articolo 48.
I possessori temporanei dei beni devono restituirli; ma fino al giorno della loro costituzione in mora continuano a godere i vantaggi attribuiti dagli articoli 52 e 53, e gli atti compiuti ai sensi dell'articolo 54 restano irrevocabili. Se l'assenza è stata volontaria e non è giustificata, l'assente perde il diritto di farsi restituire le rendite riservategli dalla norma dell'articolo 53.

Come si vede l'assenza non può essere equiparata alla morte: al ritorno dell'assente cessano gli effetti, salva l'adozione di provvedimenti per la conservazione del patrimonio e gli interessati immessi temporaneamente dei beni restituiscono tali beni, di cui il titolare riprende la piena disponibilità, fermo restando che gli atti compiuti dai possessori sono validi ed efficaci.

LA MORTE PRESUNTA

Se dalla sentenza dichiarativa dell'assenza, *dies a quo* si considera assente la persona, sono decorsi anni dieci senza che la persona di cui si tratta abbia dato notizia o segnale di una sua esistenza in vita, o presenza temporanea nei luoghi di residenza o domicilio, le stesse persone legittimate a dichiararne l'assenza, possono dichiararne la morte presunta. Anche qui ci muoviamo nell'ambito della situazione giuridica quasi simulata, con maggiore possibilità che diventi certezza ma comunque contemplante la possibilità del ritorno del morto presunto. La disposizione, infatti, è sempre temporanea: si tratta di una gestione tendenzialmente conservativa e di tipo dispositivo concessa da parte del tribunale.
Peraltro, rileva il fatto che dato il notevole lasso di tempo di assenza della persona interessata, il coniuge potrebbe addivenire a nuove nozze. Quando c'è dichiarazione di morte presunta, il coniuge del morto presunto può contrarre un nuovo matrimonio valido. Qualora il morto presunto torni, il nuovo matrimonio contratto dal coniuge è reso nullo (*tamquam non esset*) posto che sui nuovi figli non vi sarà alcun pregiudizio.

Bellandi Giuffrida

I terzi (come ad esempio il corteggiatore del coniuge) sono messi a conoscenza della situazione: normalmente le sentenze che hanno oggetto questioni di *status* sono oggetti di pubblicità presso l'ufficiale dello stato civile.

IL DIRITTO DI FAMIGLIA

IL MATRIMONIO

La disciplina del diritto di famiglia è l'espressione della centralità che il legislatore del 1942 ha voluto conferire alla persona. Il primo libro del codice civile, dall'articolo 50 in poi, si dedica a disciplinare i rapporti famigliari. Peraltro, **numerose leggi speciali sono intervenute nel corso degli anni a modificare la struttura originaria del codice, l'ultima delle quali nel maggio 2016.**

LA COMPETENZA DELO STATO E DELLA CHIESA

La materia del diritto di famiglia è amplissima, storicamente con una evoluzione di grandissimo interesse, e in essa si esplicano le evoluzioni personali e di un popolo: «il concreto atteggiarsi del fenomeno famigliare è condizionato, nelle varie società ed epoche dalla cultura, dalla morale e dal costume» (Torrente). La famiglia è una **comunità intermedia tra la collettività dello Stato ed il singolo nella sua unità**. Proprio il singolo è persona fisica ma appartenendo alla famiglia fa **esperienza della comunità mediata**.

Storicamente, essendo la famiglia caratterizzata da un vincolo di tipo spirituale, il tema è stato sempre condiviso con il sistema giuridico canonico. Si deve dire che dal momento che la famiglia è oggetto di interesse della branca del diritto della Chiesa cattolica, essa è stata da sempre una prerogativa di quell'ordinamento, tanto che nel 1929 (ben prima

Bellardi Giulia

dell'elaborazione dell'attuale codice civile), vi furono tra Stato e Chiesa i c.d. Patti Lateranensi, in virtù dei quali il diritto di famiglia è divenuto quasi prerogativa del diritto canonico mantenendo il diritto civile una competenza residuale. Il legislatore del 1942 trovò dinnanzi a se delle norme già esistenti, e non ordinarie (dacché i Patti Lateranensi in quanto patti tra stati hanno luogo di trattati) e **interrogandosi sulla modalità di costituzione del vincolo famigliare non poté non tenere conto del diritto canonico**. Prima del 1942 il regime del matrimonio **era regolato o dalle norme di diritto religioso o dalle norme di diritto civile**: chi avesse optato per la stipulazione del matrimonio con rito civile si univa con il proprio *partner* non andando già a condividere esperienza famigliare immediatamente, dacché per diritto canonico il matrimonio era valido solo dopo il rito religioso. Spesso, dunque, si assisteva ad una doppia cerimonia: una di tipo civile (poco sentita per i credenti) e una di tipo canonico. Vi era comunque la possibilità di rimanere fermi al diritto civile per quanti non fossero stati credenti, ma i casi erano sporadici. Dopo gli anni Settanta cominciò a prendere piede la pratica del rito del **matrimonio concordatario** —benché non si può dire che non esistesse già prima— con il quale l'ufficiale del rito religioso, pronunciando alcune formule del codice civile e assumendosi l'onere di comunicare entro cinque giorni dalla celebrazione il matrimonio all'ufficio civile, rendeva questo rito avente effetti civili. Le norme del codice civile recitate dal celebrante e la pubblicità dello Stato civile permettono che il matrimonio concordatario abbia efficacia religiosa e civile: le due componenti non sono meramente illustrative: la situazione poi si riverbera sul rapporto nel momento in cui ci fosse uno scioglimento. Mentre gli effetti civili possono cessare, quelli sacramentali invece no a meno che non si ricorra al Tribunale della Sacra Rota. Così come si celebra un matrimonio concordatario per chi professa il culto cattolico, nel nostro sistema è ammessa anche la celebrazione di matrimoni con riti religiosi diversi, stante la libertà di culto, di cui all'art. 7 Cost. Il ministro del culto acattolico avrà comunque l'onere di far trascrivere il matrimonio nei registri dello stato civile perché tale matrimonio abbia effetto anche sul piano civilistico.

LA DUPLICE VISIONE DEL MATRIMONIO

Se per il diritto canonico la costituzione del vincolo matrimoniale si ha mediante lo scambio delle volontà dei coniugi di unirsi e di diventare «una sola carne», per il diritto civile la costituzione deve essere riguardata sotto un duplice aspetto. È, infatti, necessario guardare al matrimonio sia come **atto giuridico** (in parte) **negoziale**, sia come **rapporto**. Quando si parla di matrimonio come atto **si guarda alla struttura giuridica dell'atto**, al suo contenuto (negoziale o meno, dipende dai punti di vista), al procedimento.

Bellandi Giuffrida

Quando si parla di matrimonio come rapporto **si fa riferimento a tutta quella serie di diritti e di obblighi derivanti dal vincolo non solo in una dimensione orizzontale (ossia tra i coniugi), ma anche in senso verticale (ossia in rapporto ai figli)**. Infatti, la grande e straordinaria particolarità di questa unione è che dai coniugi possono nascere anche altre persone che sono riconosciute dall'ordinamento giuridico. Detto questo, è chiaro che a noi interessa molto più il matrimonio come rapporto: sia in dimensione orizzontale sia in dimensione verticali.

L'ATTO DEL MATRIMONIO

Il matrimonio è senza dubbio un atto giuridico, che nasce dall'incontro delle due volontà dei *nubendi*. Tali dichiarazioni per potersi incontrare (nascendo unilaterali) devono seguire un determinato procedimento che prevede formalità anche nella fase precedente al matrimonio (pubblicazioni di avvisi, iter da seguire, ecc), affinché tutti i terzi, se a conoscenza di cause di impedimento ovvero di cause di impossibilità per i contraenti di raggiungere questo accordo, possano essere messi al corrente e dichiarare di opporsi ovvero opporre cause impeditive all'ufficiale civile. Non ci soffermeremo in aula al procedimento che anticipa il vincolo, passaggio che è lasciato allo studio individuale degli studenti.
Le dichiarazioni di volontà devono **trovare il momento in cui, a seconda della forma prescelta, ricevano un crisma di *consensualità***. Il matrimonio, infatti, ha una struttura **bilaterale** e necessita **di un accordo di volontà dei nubendi** che dichiarano reciprocamente il consenso ad unirsi in una comunione materiale e spirituale, dalla quale sono consapevoli che nasceranno degli effetti. **La forma prescelta condiziona e subordina la creazione di questi effetti**: se i coniugi optano per il matrimonio civile *agli effetti civili e solo a quelli* si sottopongono; se i coniugi optano per il matrimonio concordatario, si sottomettono *sia agli effetti civili sia agli effetti religiosi*. Tali conseguenze si riverberano sotto il profilo delle incombenze al momento dello scioglimento del vincolo. I due nubendi, se provvisti dei requisiti soggettivi imposti dalla legge, **dopo il matrimonio assumono lo *status* di coniugi**, che fa assurgere ciascuno di loro a destinatario di «responsabilità genitoriale».

LA FAMIGLIA COME SOCIETÀ NATURALE

Il legislatore ha dedicato due norme alla famiglia nella Costituzione repubblicana, frutto di compromessi tra espressione laica ed espressione religiosa dei costituenti. Tali norme costituiscono il fondamento delle decisioni di apertura o di chiusura a modelli alternativi di matrimonio. Essendo norme

Bellandi Giuffrida

costituzionali, esse sono fonte sovraordinata rispetto a tutte le altre leggi, le quali sono da interpretare alla loro luce; accanto ad esse nella gerarchia troviamo le stesse norme disciplinate dalle convenzioni europee e internazionali: questo ha dato e dà luogo tuttora a diverse interpretazioni giurisprudenziali, tali da aver posto il legislatore interno a colmare una lacuna nel nostro sistema, sotto pena di sanzioni per mancato adeguamento al diritto sovranazionale.

ART.29 COSTITUZIONE

La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.
Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

La prima posizione conflittuale sta proprio nell'ossimoro tra le due affermazioni del primo comma. Le istanze giusnaturalistiche, tendenti a non costringere la famiglia al vincolo matrimoniale, si sono appellate alla locuzione di «società naturale»: secondo questa visione, come società civile non dobbiamo avere problemi ad accogliere nuovi modelli. D'altra parte in una visione più orientata, viene detto che **la stessa norma destina la società naturale ad essere riconosciuta come tale solo dal matrimonio**. Si tratta di schierarsi, condividere una visione più laica o più orientata.

ALTRI MODELLI DI FAMIGLIA

Il dilemma tra queste due visioni si è acuito negli anni Sessanta, quando a seguito di alcuni movimenti sociali a livello internazionale si è elaborata una figura di famiglia diversa da quella matrimoniale. Beninteso, non è che prima degli anni Sessanta non fossero presenti delle istanze diverse, dal momento che famiglie dove uno dei due coniugi vivesse una realtà diversa insieme a quella matrimoniale erano alquanto numerose. Peraltro, prima del 1970 l'ordinamento giuridico non riconosceva nemmeno il divorzio, sopportando tutt'al più la separazione personale dei coniugi (*legalmente sanzionata*) per cui l'uomo poteva generare figli senza per questo doverli riconoscere, ma —nella migliore delle ipotesi— provvedendo soltanto al loro sostentamento. La situazione era fonte di disagio dal punto di vista sociale, fonte di discriminazioni e garante di scarsissime tutele per numerosi soggetti coinvolti (madri e figli principalmente).
Il fenomeno della libera convivenza famigliare senza l'unione formalizzata con l'atto è un fenomeno relativamente moderno, oggi diffuso ma sicuramente posteriore agli anni Settanta; ciò non solo in virtù delle ragioni sociali di cui si è detto sopra, ma anche perché nel **1970** fu indetto un referendum, con il quale si chiese al popolo italiano se volesse o meno

Bellandi Giuffrida

introdurre una legge che formalizzasse e regolamentasse il procedimento con cui **porre fine agli effetti civili (e solo a quelli) del matrimonio**, fermo restando che gli effetti religiosi non si potessero rompere («non osi l'uomo separare ciò che Dio ha unito»), se non per effetto del tribunale della Sacra Rota. L'approvazione popolare dello scioglimento del matrimonio, dal punto di vista della cultura giuridica determinò un passaggio da un periodo in cui il matrimonio era vincolo sacro, civilisticamente (vecchio art. 149) e religiosamente indissolubile ad uno in cui i**l vincolo stesso poteva definitivamente cessare e con esso i diritti patrimoniali e sociali da quello conseguenti**. Il fenomeno diede luogo alla formazione di diverse forme di famiglia, di cui oggi si stima un numero più elevato di quello di qualche anno fa. Le c.d. famiglie allargate, comprensive di coniugi che si portano dietro figli da precedenti matrimoni e convivono tutti insieme è un fenomeno ormai socialmente affermatosi.

LE CONVIVENZE *MORE UXORIO*

Nel corso degli anni l'affermazione delle c.d. convivenze *more uxorio* (ossia convivenze di fatto tra coppie non unite in matrimonio) ha portato la dottrina e la giurisprudenza ad intervenire al fine di prestare tutela alle pretese che queste persone vantavano, senza tuttavia che si trovasse una norma giuridica a cui riferirsi. La giurisprudenza, ogniqualvolta i conviventi invocavano l'applicazione analogica delle norme sul matrimonio, negava la tutela basandosi sul fatto che tali situazioni non erano formalizzate con l'atto celebrativo del vincolo e come tali non potevano essere assimilate a situazioni di separazioni e divorzi. Persino la Corte costituzionale aveva negato l'equiparazione delle convivenze *more uxorio* a quelle costituite con matrimonio, tanto da instaurare nel legislatore la volontà creare una legge speciale *ad hoc* con cui dare a quelle *more uxorio* delle specifiche tutele. Nondimeno fino al **maggio 2016** non si è mai avuto un formale riconoscimento delle convivenze *more uxorio*. Sul piano dei rapporti orizzontali i conviventi *more uxorio* non potevano accampare pretesa alcuna, nonostante la dedizione e la durata della convivenza e il principio di uguaglianza *ex* artt. 2-3 Costituzione.

È bene ora vedere come l'ordinamento trattasse i figli nati da conviventi *more uxorio*. Fino agli anni Settanta, ciascuno dei conviventi doveva riconoscere i figli, i quali comunque erano considerati *figli naturali* e non *figli legittimi*. La società non potendo tollerare una cosa simile determinò che se a livello giurisprudenziale non potesse applicarsi l'analogia con le coppie sposate nei confronti dei diritti, degli obblighi e dei doveri dei conviventi, tuttavia analogia dovesse applicarsi nel riguardo dei diritti dei figli dei conviventi, **i quali venivano così ad essere equiparati, sotto il profilo del loro status, ai figli**

Bellandi Giuffrida

legittimi, e ritenuti meritevoli della stessa identica tutela e dello stesso identico trattamento. Questa situazione che si affermò prima a livello giurisprudenziale venne nel **2006** cristallizzata da alcune norme inserite nel codice prima sotto forma di articolati conseguenti agli art. 155 segg. (peraltro tali norme nel 2012 furono fatte slittare più avanti). Con questa legge del 2006 furono introdotte una serie di norme relativamente alla separazione e alla convivenza di fatto, che nei confronti della prole assimilavano per la prima volta formalmente lo *status* di figlio legittimo allo status di figlio naturale, relativamente alla conseguenza della separazione dei genitori. Le conseguenze della separazione sono rimaste invece confinate nel limbo della irrilevanza giuridica, solo i figli dei conviventi more uxorio potevano accampare diritti sui genitori, ma i conviventi una volta separati non potevano avere stessa tutela.

LA LEGGE N.76 DEL 20 MAGGIO 2016 (UNIONI CIVILI)

In assenza di una parte esplicativa nei manuali, dovuta alla novità della materia, si deve integrare con i due documenti scritti fatti pervenire dalla prof.ssa Pasquino

Nei tempi più recenti le istanze sociali, la giurisprudenza sovranazionale e la giurisprudenza costituzionale segnalavano al legislatore italiano la necessità di colmare la lacuna relativamente alla regolamentazione delle unioni omoaffettive. Per molto tempo tali istanze sono rimase inascoltate, ma oggi non è più così. Infatti, nel maggio 2016 la situazione stridente tra l'ordinamento italiano e le norme di rango sovranazionale (in particolare **art. 7 e 9 CEDU e art. 12 Convenzione**) fu risolta dalla legge con la legge 76/2016. Peraltro, si deve notare che è opinione comune che la tecnica legislativa abbia lasciato a desiderare, comprendendo il primo articolo ben 67 commi; ciò è imputabile indubbiamente **alla fretta del legislatore**, che doveva **risolvere una situazione ormai insostenibile per la società civile**. Sulla base delle norme sovranazionali di cui sopra, infatti, v**arie istanze sociali si erano alzate in tal senso, accentuate anche dalla legislazione di Spagna, Francia e Germania che già a tal proposito avevano legiferato**.
Il primo caso italiano ha avuto origine a Trento, dove una coppia di cittadini dello stesso sesso avendo contratto matrimonio in Inghilterra chiedeva il riconoscimento dell'unione in Italia; l'Ufficiale dello Stato Civile di Trento tuttavia eccepiva che in Italia non si poteva procedere a trascrivere l'atto, stante il divieto di contrarre matrimonio tra due persone dello stesso sesso; il contenzioso investì la Corte d'Appello e successivamente la Corte costituzionale, la quale nel 2010 (con sentenza Corte costituzionale 138/2010) riconobbe il fondamento delle istanze, confermando nondimeno

Bellandi Giuffrida

che ufficiale altro non poteva fare che applicare la legge interna; al contempo invitava il legislatore a legiferare per regolare la disciplina. Dal 2010 il legislatore è stato inerte, ma nel frattempo i casi si sono succeduti e uno di questi (il c.d. *caso Oliari*) giunse alla Corte di giustizia, che nel riconoscere tutela al ricorrente si rivolse all'Italia con **una sentenza con cui condannava il nostro paese a pagare una somma per il ritardo nell'adeguamento alle numerose sentenze in tal merito, fondandosi sull'articolo 9 CEDU, e chiese al legislatore di provvedere immediatamente, pena un'ulteriore sanzione economica**. Poiché non ci possiamo permettere sanzioni, il legislatore repentinamente ha provveduto ancorché in maniera disarmonica. Sono riconosciute finalmente le c.d. **unioni civili** che garantiscono «alle coppie dello stesso sesso il diritto di ottenere il riconoscimento solenne e formale dell'unione, ed uno *status* analogo a quello coniugale» (G. Ferrando).
Inoltre si deve notare che la stessa norma, all'articolo 1 comma 36 riconosce anche la convivenza *more uxorio*, sia in verticale che in orizzontale, con una serie di distinguo tali per cui queste convivenze (non più definibili "di fatto") godono di una disciplina pari a quella del matrimonio anche nei rapporti patrimoniali. Ci sono anche i contratti di convivenza, riservati ai conviventi *more uxorio*, che disciplinano solo ed esclusivamente i rapporti patrimoniali tra i conviventi.
In ordine a uno dei presupposti essenziali per contrarre il matrimonio, ossia la libertà di stato, nel novellato articolo 86 cod. civ. si specifica che i *nubendi* non solo non devono essere parte di un altro matrimonio, ma anche non essere parte di un'unione civile.

ART.86

Non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso precedente.

Orbene, è lecito domandarsi se vi siano o meno delle forme di famiglia sconosciute al nostro ordinamento. La risposta è negativa; nondimeno molte lacune sono presenti nella legge 70/2016 tali per cui sono lasciate come forme atipiche le figure residuali della famiglia: se per fare una coppia di conviventi *more uxorio* è necessario che vi siano due persone che senza vincolo di matrimonio pattuiscono di unirsi e ricoprono gli stessi requisiti per contrarre matrimonio, che ne è di quelle formazioni di fatto formate da ex coniugi separati che dopo anni riprendono la convivenza? A tal proposito si attendono i decreti attuativi, ma già molte lacune lasceranno poi la libertà decisionale ai giudici.
Si intravede d'altro canto un criterio interpretativo, che miri a guardare prioritariamente all'interesse dei figli se minori o non indipendenti; in secondo luogo si procede per via analogica, laddove all'interno di una di queste

Bellandi Giuffrida

formazioni vi sia uno dei due membri in una posizione socialmente ed economicamente più debole. Come ha da evidenziare anche la prof.ssa Ferrando (vedi documento della Pasquino) gli spazi aperti sono ancora tanti.

GLI EFFETTI DEL MATRIMONIO

Gli effetti conseguenti alla stipulazione dell'atto matrimoniale che crea vincolo tra i due nubendi sono presi in considerazione da precise norme del codice e riflettono quelli che sono le conseguenze etico-sociali che ci si aspetta dal matrimonio stesso: il diritto-dovere di coabitazione, il rispetto reciproco, la contribuzione ai bisogni della famiglia in proporzione al reddito, ecc, come stabilito dagli artt. 143 e 148 cod. civ.

ART.143

Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.
Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.
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.

ART.148

I coniugi devono adempiere l'obbligo di cui all'articolo 147, secondo quanto previsto dall'articolo 316-bis

ART.316-bis

I genitori devono adempiere i loro obblighi nei confronti dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli.
In caso di inadempimento il presidente del tribunale, su istanza di chiunque vi ha interesse, sentito l'inadempiente ed assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro genitore o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole.
Il decreto, notificato agli interessati ed al terzo debitore, costituisce titolo esecutivo, ma le parti ed il terzo debitore possono proporre opposizione nel termine di venti giorni dalla notifica.
L'opposizione è regolata dalle norme relative all'opposizione al decreto di ingiunzione, in quanto applicabili.
Le parti ed il terzo debitore possono sempre chiedere, con le forme del pro- cesso ordinario, la modificazione e la revoca del provvedimento.

È possibile già vedere come sia con riguardo al momento costitutivo del rapporto sia con riguardo ai diritti e doveri vi sia una enorme differenza tra coppie fondate sul matrimonio, coppie di unioni civili e coppie *more uxorio*. La natura giuridica dell'atto cambia. Vedremo che non nascono gli stessi diritti e

Bellandi Giuffrida

doveri e che in quella formazione non si seguiranno le regole dei regimi patrimoniali valenti per la famiglia

LA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA DEL 1975

Le norme sul matrimonio non sono sempre state interpretate senza alcun problema: dal 1942 fino al 1975 la concezione della famiglia era ancora basata sulla figura del *pater familias* in virtù della qual cosa tra marito, moglie e figli, nonostante il principio di uguaglianza inserito nella Costituzione, il marito aveva una posizione assai preminente: si pensi che la potestà sui figli, si definiva *patria* in quanto riservata al padre. La donna-moglie doveva ottemperare all'educazione della prole, pure in una posizione sottomessa e subalterna al marito. Ciò è durato fino a quando nel **1975 il legislatore speciale è intervenuto con la prima riforma del diritto di famiglia**, recependo a tratti **ciò che già la Corte costituzionale segnalava da tempo attraverso le proprie sentenze**. Il legislatore, dunque, ha portato più eguaglianza nel rapporto tra coniugi e tra genitori e figli con la riforma del 1975. Vi è da dire che ai figli nati fuori dal matrimonio venivano con la legge del 1975 riconosciuti più diritti rispetto prima. Anche il figlio naturale arrivava ad avere le c.d. azioni di *status* con cui poteva, ad esempio, richiedere il riconoscimento. La situazione col tempo si è ulteriormente modificata. La riforma ha davvero modificato tutti i rapporti tra coniugi e tra coniugi e figli: non si parlò più di patria potestà ma di **potestà genitoriale**, essendo parificati i poteri di moglie e marito. Vi è da dire che nel 1975 era già stato attutato l'esito del referendum sul divorzio, rivoluzione che contribuì a cambiare la vita e le sorti delle famiglie italiane, grazie al quale si fece largo nella società l'idea che il matrimonio si potesse sciogliere: la disparità di trattamento era quella per cui le coppie civilmente sposate potevano tranquillamente separarsi, sciogliendo definitivamente il vincolo e cessando il matrimonio; quanti invece erano legati dal matrimonio concordatario restavano comunque vincolati dagli effetti sacramentali del matrimonio, che non si sciolgono se non con intervento della Sacra Rota, che per «volontà divina» scioglie il matrimonio. In questo senso si trovò una sorta di compromesso mediante la c.d. separazione, che —si noti— è ben diversa dal divorzio.

SEPARAZIONE E DIVORZIO

La separazione è la fase che precede il divorzio. Anche tale istituto è stata riformato molte volte, l'ultima delle quali è assai recente. Dapprima era la fase in cui i coniugi si separavano formalmente (e non più soltanto "di fatto"), benché in nome e anche per riconoscimento del vincolo sacrale del matrimonio ammetteva la possibilità per i coniugi di tornare sulla propria decisione: passato un quinquennio (più tardi un triennio) i coniugi separati,

Bellandi Giuffrida

coi diritti e doveri affievoliti, se non si erano frattanto riconciliati, ricorrevano al divorzio, ossia allo **scioglimento definitivo del vincolo matrimoniale**. In sostanza, la separazione era la fase preliminare che nella maggior parte dei casi portava al divorzio (e intasava dunque le aule dei tribunali) o al ripristino in toto dei rapporti matrimoniali. Nel 2012 la fase di separazione e di divorzio è stata resa più semplice e più accessibile, essendo arrivati ad un punto di tale esasperazione dei rapporti sociali e famigliari e anche sociali, con l'ingresso nel sistema del c.d. "divorzio breve", facilitato in relazione ai tempi e alle fasi: oggi basta che la separazione, se giudiziale, si sia protratta *dodici mesi* ovvero se consensuale, si sia protratta per *sei mesi*.

IL REGIME PATRIMONIALE DEI CONIUGI

IL REGIME PATRIMONIALE

Prima del 1975 il regime patrimoniale era improntato alla separazione dei beni tra coniugi: ciò che era di ciascuno di loro rimaneva di ciascuno di loro. Alla moglie non era persino riconosciuta, in sede di successione *mortis causa*, una quota di eredità ma soltanto **un diritto di usufrutto**. Il regime era dunque sbilanciato a favore di quello che era definito il *pater familias*. Inoltre, la donna al momento del matrimonio doveva conferire nel patrimonio della famiglia la c.d. **dote**, istituto arcaico che trovava la sua *ratio* in un "risarcimento preventivo" del danno subito dal marito per il matrimonio. La dote poteva essere costituita anche da beni ed era **rappresentativa della condizione economica della famiglia**: nelle famiglie più disagiate era bassa, nelle famiglie più agiate era alta. Proprio a causa di questo istituto le ragioni dei matrimoni divenivano spesso puramente di tipo economico. **Con la riforma del 1975 l'istituto della dote è scomparso, anche perché contrario ai principi costituzionali**.

Dopo il 1975 si è invertita la rotta, sicché **il regime patrimoniale della famiglia è improntato oggi alla comunione dei beni**, da intendersi come situazione di contitolarità dei diritti di tutti i beni che entreranno a far parte del patrimonio di famiglia. Pertanto, **se al momento del matrimonio i due nubendi** (contraenti matrimonio civile ovvero matrimonio concordatario) **decidano di non dire alcunché circa il loro regime patrimoniale questo *ex lege* si intenderà in comunione** e ogni acquisto verrà a far parte della comunione familiare dei beni, su cui ciascun coniuge avrà **il 50% della titolarità dei diritti**: ad esempio, la casa coniugale può essere acquistata solo se entrambi i coniugi siano presenti all'acquisto, siano d'accordo e siano

Bellardi Giuffrida

consapevoli che ne avranno ciascuno la disponibilità del 50%. Nondimeno, **nello stesso momento costitutivo del rapporto i coniugi potrebbero rifiutare il regime di comunione legale e decidere di optare per un regime diverso**: una condizione che deve essere espressamente consensuale e dichiarata in un atto a parte. Giova ripetere che qualora manchi questa espressione, ai coniugi si applica il regime della comunione legale, come da art. 159.

ART.159

Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'articolo 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo.

La sezione III del Capo V disciplina la comunione legale. La comunione legale nel nostro sistema privatistico è molto vicina a quella del diritto romano: per comunione può intendersi sia la contitolarità di un diritto nella forma di *pro indiviso* sia la contitolarità di un diritto nella forma *pro indiviso*. Concettualmente, dobbiamo immaginare che nel concetto di comunione soprattutto più persone godono e beneficiano dello stesso diritto, in particolare dei diritti reali.

- **COMUNIONE *PRO INDIVISO***, ossia la comunione a favore di più persone **che non indichi la parte spettante a ciascuno**. Si pensi, per esempio, ad un condominio: le scale sono un bene comune, che ciascun proprietario può usare e godere, con la particolarità che **il diritto di ciascuno trova un limite nel diritto dell'altro**.
- **COMUNIONE *PRO DIVISO***, che si ha allorquando, pur avendo la contitolarità del diritto, a ciascuno però esso è assegnato per quota. Si pensi, ad esempio, ad un terreno in eredità a tre fratelli: esso sarà diviso in quote per ciascun fratello.

La comunione dei beni dei coniugi che non dichiarino nulla a riguardo è dunque *pro diviso* (ciascuno ha il 50% dei beni): gli atti devono essere compiuti congiuntamente, pena l'invalidità. Nondimeno, il legislatore del 1975 ha **distinto tra beni che per legge entrano a far parte della comunione coniugale** e **beni che devono rimanere fuori dalla comunione** per non creare confusione tra patrimonio delle persone tra momento del matrimonio e monumento successivo.

ART.177

Costituiscono oggetto della comunione:

a) gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali;

Bellanti Giuffrida

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.

Come si capisce dall'art. 177 cod. civ. costituiscono oggetto del patrimonio comune:

a) tutti gli acquisti effettuati dai coniugi **dopo il matrimonio,** fatto salvo per i beni personali di cui all'art. 179.
b) I proventi che, maturando durante il matrimonio, costituiscono del patrimonio stesso una posta attiva, ma che al verificarsi di uno scioglimento non sono ancora stati consumati dai coniugi. Si pensi al seguente esempio: Tizio e Caia si sono sposati; Tizio era ed è proprietario di un appartamento che era suo proprio prima del matrimonio e che è un bene suo personale e di cui percepisce i canoni provenienti dalla locazione, facendoseli accreditare nel conto corrente della famiglia; la lettera b dell'articolo 177 disciplina la fine che faranno tali canoni in seguito ad un eventuale scioglimento del vincolo patrimoniale.
c) I proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi, posto che allo scioglimento della comunione non siano stati consumati. Ad esempio i proventi dell'attività lavorativa di un coniuge finiscono nel patrimonio comune (è interessante a tal proposito osservare la disciplina invece delle unioni civili). Se gli stipendi sono presenti sul conto corrente, questo fa parte della comunione e ciascun coniuge ne è titolare per il 50%.
d) Le aziende gestite da entrambi i coniugi: si tratta di una comunione proprietaria e gestionale dell'azienda costituita dopo il matrimonio.

Si è detto prima che beni personali, definiti dall'articolo 179, non costituiscono oggetto di comunione legale.

ART.179

Non costituiscono oggetto della comunione e sono beni personali del coniuge:
a) i beni di cui, prima del matrimonio, il coniuge era proprietario o rispetto ai quali era titolare di un diritto reale di godimento;
b) i beni acquisiti successivamente al matrimonio per effetto di donazione o successione, quando nell'atto di liberalità o nel testamento non è specificato che essi sono attribuiti alla comunione;
c) i beni di uso strettamente personale di ciascun coniuge ed i loro accessori;

Bellandi Giuffrida

d) i beni che servono all'esercizio della professione del coniuge, tranne quelli destinati alla conduzione di una azienda facente parte della comunione;
e) i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno nonché la pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa;
f) i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopraelencati o col loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto.
L'acquisto di beni immobili, o di beni mobili elencati nell'articolo 2683, effettuato dopo il matrimonio, è escluso dalla comunione, ai sensi delle lettere c), d) ed f) del precedente comma, quando tale esclusione risulti dall'atto di acquisto se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge..

Alla lettera b si stabilisce che se uno dei due coniugi durante il matrimonio dovesse ricevere una quota ereditaria o una donazione, questa rimarrebbe nella **sfera personale del beneficiario** dacché donazione e successione *mortis causa* sono caratterizzate dalla **personalizzazione dei diritti**. Nondimeno, se il donante o il *de cuius* dovesse destinare espressamente i beni nella comunione legale, questi andrebbero a finire nella comunione stessa.
Sulla lettera c) in sede di separazione si litiga sempre moltissimo, per i motivi che possiamo immaginare: quali, infatti, siano da intendersi come beni personali è qualcosa di assai arduo da stabilire a priori.
La lettera f) in sede giurisprudenziale ha dato luogo a molti conflitti: immaginiamo che il coniuge proprietario di un bene personale decida di alienare il bene stesso; dalla vendita riceve una somma, che se si ragionasse per logica, essendo frutto derivante dal godimento pieno del diritto reale, dovrebbe essere considerata tra i beni personale; ma la norma dice che fermo restando che tale frutto sia bene personale, il coniuge deve dichiarare nell'atto di vendita che esso è un suo bene personale; senza questa dichiarazione, tale frutto finisce nel patrimonio comune.
L'amministrazione dei beni è congiunta e a pari livello tra i coniugi, fermo restando che gli atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti anche dai singoli.

LA GESTIONE DEL PATRIMONIO FAMIGLIARE

Come si è detto, nel regime di comunione legale ciascun coniuge è contitolare del patrimonio famigliare per il 50%. È lecito allora chiedersi se lo stesso tipo di ripartizione valga anche per la gestione del patrimonio: in realtà, questo è vero soltanto in parte. L'atto di ordinaria amministrazione, necessario per la gestione della vita ordinaria della famiglia, non necessita di essere un atto congiunto, ovvero della prestazione del consenso unanime dei due titolari (es. la spesa giornaliera). **La regola per gli atti ordinari è dunque quella dell'amministrazione disgiunta**. Viceversa **per gli atti di straordinaria amministrazione è necessario che entrambi i coniugi**

Bellanti Giuffrida

prestino il consenso (amministrazione congiunta), pena la invalidità dell'atto compiuto. Si deve precisare che sarà sempre l'interprete di fronte alla fattispecie concreta, a dover capire se si trova di fronte ad un atto di straordinaria amministrazione oppure ad uno di ordinaria amministrazione, anche valutando quale sia il patrimonio famigliare in questione. Negli atti di famiglia è sempre possibile l'intervento del giudice, qualora un coniuge rifiuti di dare il consenso a compiere un atto. Per la straordinaria amministrazione, dunque, i coniugi hanno l'onere di prestare entrambi il consenso e di compiere entrambi la dichiarazione e soltanto *pro quota* (ciascuno per la propria parte).
Sarà poi cura del notaio verificare che ci sia stato il consenso all'atto straordinario. Se dall'accertamento dovesse derivare che il bene oggetto dell'atto è personale di un coniuge non è necessario il consenso di entrambi, se questo però abbia dichiarato trattarsi di un bene suo proprio, da prima che contraesse matrimonio o per le altre cause viste sopra. Inoltre qualora il coniuge si trovi nell'impossibilità di prestare il consenso ad un atto di straordinaria amministrazione che tuttavia è necessario o utile alla famiglia (si pensi ai casi di un coniuge all'estero, che non ha lasciato procura) la soluzione della norma è quella di far intervenire il giudice, il quale verificata l'opportunità e l'utilità, assume un provvedimento autorizzando comunque l'atto pur in assenza dell'altro coniuge.

ART.181

Se uno dei coniugi rifiuta il consenso per la stipulazione di un atto di straordinaria amministrazione o per gli altri atti per cui il consenso è richiesto, l'altro coniuge può rivolgersi al giudice per ottenere l'autorizzazione nel caso in cui la stipulazione dell'atto è necessaria nell'interesse della famiglia o dell'azienda che a norma della lettera d) dell'articolo 177 fa parte della comunione

Il giudizio e la richiesta non sono fini a loro stessi. In base a quella il giudice concede o meno l'autorizzazione. Vi può essere il caso in cui il coniuge compia un atto di straordinaria amministrazione senza il consenso dell'altro: ciò è impossibile di fronte al pubblico ufficiale, ma può capitare che un atto di straordinaria amministrazione sia redatto in forma di **scrittura privata** (cosa d'altronde non impedita dal sistema, benché offra minori tutele alle parti). Per esempio, se Tizio aliena a Caio la casa di famiglia, dichiarando che essa è bene personale c'è stato un atto di straordinaria amministrazione senza il giusto consenso e la volontà è priva di requisiti. **L'azione di annullamento, a cura del coniuge che avrebbe potuto prestare il consenso, può essere esperita entro un anno e le conseguenze dipendono dal fatto che il bene sia immobile o mobile**. Ferma restando l'invalidità dell'atto, se si tratta di un bene immobile con la nullità dell'atto si ottiene di conseguenza anche il

Bellandi Giuffrida

ripristino della situazione patrimoniale anteriore alla stipulazione; se si tratta invece di beni mobili usciti dal patrimonio di famiglia, se non si riesce a farli reintegrare nel patrimonio di famiglia, allora il coniuge che ha alienato inopinatamente e illegittimamente deve reintegrare la comunione con l'attribuzione di una somma di denaro di pari valore al bene (art. 184 cod civ).

ART.184

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.

Se l'atto non è stato trascritto l'azione non può essere proposta oltre un anno dallo scioglimento stesso. L'**anno decorre dal momento in cui chi avrebbe dovuto prestare il consenso viene a conoscenza dell'atto**. Un anno è termine breve, se pensiamo che la prescrizione dell'annullamento è quella di cinque anni. La ricostituzione della comunione, che dovrebbe avvenire mediante la restituzione dei beni, in alternativa avviene con la reintegrazione del valore. Certo è che la comunione deve essere reintegrata. Uno stato di comunione resta solitamente come regime famigliare a vita, salvo che la stessa famiglia non opti per regimi convenzionali, ovvero che non si verificano cause dovute a fattori naturali della famiglia (es. morte di uno dei due, dichiarazione di morte presunta, separazione personale tra i coniugi, cessazione degli effetti civili, incapacità dei due coniugi, anche *ex lege*).

ART.191

La comunione si scioglie per la dichiarazione di assenza o di morte presunta di uno dei coniugi, per l'annullamento, per lo scioglimento o per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, per la separazione personale, per la separazione giudiziale dei beni, per mutamento convenzionale del regime patrimoniale, per il fallimento di uno dei coniugi.

Nel caso di separazione personale, la comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di

Bellandi Giuffrida

sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purché omologato. L'ordinanza con la quale i coniugi sono autorizzati a vivere separati è comunicata all'ufficiale dello stato civile ai fini dell'annotazione dello scioglimento della comunione.
Nel caso di azienda di cui alla lettera d) dell'articolo 177, lo scioglimento della comunione può essere deciso, per accordo dei coniugi, osservata la forma prevista dall'articolo 162.

Con la divisione la contitolarità la comunione cessa e diventa ***pro quota*** **al 50% (c.d. quota parte)**.

LE CONVENZIONI MATRIMONIALI

I coniugi possono optare per un regime convenzionale qualora vogliano che non sia la legge a dettare regole sul loro patrimonio, oppure vogliano che in parte il patrimonio sia rimesso agli atti che essi mettono in pratica e in parte alla legge, oppure vogliono che una parte sola del patrimonio sia sottoposta ad un determinato regime. In questo caso i coniugi devono dichiarare la loro intenzione all'atto di matrimonio espressamente e solennemente. È, infatti, importante che i terzi siano a conoscenza di quale regime patrimoniale governi la famiglia con cui eventualmente negoziano. I coniugi possono:

a) continuare a praticare il regime di **separazione di beni** dopo il matrimonio (con l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio); qualora gli stessi decidano nel corso degli anni di matrimonio di trasformare il regime da comunione legale a separazione dei beni devono stipulare un nuovo accordo con atto pubblico dinnanzi ad un pubblico ufficiale e a due testimoni: si avrà allora la **divisione dei beni**
b) praticare le c.d. **comunioni convenzionali**
c) creare **un fondo patrimoniale**, che ha una peculiarità atteggiandosi come un patrimonio separato dal patrimonio di base della famiglia.

Bellandi Giuffrida

I regimi convenzionali sono diversi ma tutti accomunati nella disciplina **anzitutto da un onere di forma** (l'art 162 cod civ li accomuna sotto forma di convenzioni matrimoniali). Nell'ambito della famiglia (art. 162) senza riferirsi specificatamente, prescrive un onere di forma, che se non osservato determina la nullità dell'atto. **Tali convenzioni devono essere stipulate sotto forma di atto pubblico alla presenza di due testimoni.** Ogniqualvolta dunque i coniugi che non lo abbiano fatto già al momento del matrimonio, la forma della convenzione dovendo essere quella dell'atto pubblico deve essere raggiunta dinnanzi al pubblico ufficiale.

ART.162

Le convenzioni matrimoniali debbono essere stipulate per atto pubblico sotto pena di nullità.

La scelta del regime di separazione può anche essere dichiarata nell'atto di celebrazione del matrimonio.
Le convenzioni possono essere stipulate in ogni tempo, ferme restando le disposizioni dell'articolo 194.
Le convenzioni matrimoniali non possono essere opposte ai terzi quando a margine dell'atto di matrimonio non risultano annotati la data del contratto, il notaio rogante e le generalità dei contraenti, ovvero la scelta di cui al secondo comma.

La precisione di impossibilità di opporre queste convenzioni ai terzi se non sono pubbliche attiene all'esigenza di **tutelare l'affidamento dei terzi**; e così come se i terzi non hanno modo di verificare che i due coniugi sono uniti in regime di comunione ovvero di separazione dei beni devono essere tutelati, allo stesso modo la pubblicità di questi atti consente di ritenerli non in buona fede ma in mala fede. La precisazione che fa il III coma attiene alla pubblicità, un onere che va oltre la forma solenne.

I CREDITI

Il regime del patrimonio deve essere reso noto ai terzi, i quali se creditori hanno bisogno di sapere se i coniugi hanno i beni in comune o separati. L'onere di pubblicità è stabilito dal momento che **il patrimonio di famiglia costituisce la garanzia patrimoniale per tutti gli atti compiuti verso i terzi**.
Se si contrae un debito per interesse di famiglia è il patrimonio comune quello da aggredire (es. se c'è mutuo che i coniugi non pagano, la banca si rivolge al patrimonio di famiglia per riscuoterlo).
Se il patrimonio è gestito sotto forma di convenzione per la separazione dei beni, per il creditore dei coniugi che stanno acquistando un bene per la residenza famigliare è più complicato soddisfarsi qualora i coniugi non adempiano al pagamento del mutuo: in primo luogo perché i patrimoni sono divisi; in secondo luogo perché aggredendo solo un patrimonio significherebbe soddisfarsi per il 50%.
Ancora, se ciascuno dei coniugi ha degli altri **creditori personali** che magari hanno avuto dei crediti sorti pure prima del credito famigliare, i coniugi avranno una serie di soggetti terzi da soddisfare prima di loro. Come si vede i regimi hanno bisogno di pubblicità e onere di forma perché i terzi creditori sappiano prima di concedere credito la situazione dei coniugi per regolarsi in caso di non adempimento delle obbligazioni.

ART.186

I beni della comunione rispondono:
a) di tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi al momento dell'acquisto;

Bellanti Giuffrida

b) di tutti i carichi dell'amministrazione;
c) 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;
d) di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi.

ART.189

I beni della comunione, fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato, rispondono, quando i creditori non possono soddisfarsi sui beni personali, delle obbligazioni contratte, dopo il matrimonio, da uno dei coniugi per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza il necessario consenso dell'altro.
I creditori particolari di uno dei coniugi, anche se il credito è sorto anteriormente al matrimonio, possono soddisfarsi in via sussidiaria sui beni della comunione, fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato. Ad essi, se chirografari, sono preferiti i creditori della comunione.

I beni nel regime di comunione restano esposti entro i limiti del 50% e rispondono se i creditori personali non si possono soddisfare per il valore corrispondente su beni personali del coniuge obbligato.
Si propone di seguito un esempio: Tizio e Caia sono sposati in regime di comunione dei beni. Ciascuno di essi ha dei creditori personali: Tizio è avvocato e deve pagare il fornitore di carta. Caia ha obblighi verso il suo dentista. Il fornitore e il dentista sono **creditori personali di ciascuno dei coniugi**: la norma dice che se questi debiti sono stati contratti senza il consenso dell'altro coniuge, come è normale che sia essendo personali, i creditori di ciascuno dei coniugi non possono aggredire la comunione dei beni ma dovranno rivolgersi al patrimonio **personale** di ciascuno di essi; quando i beni personali del coniuge non bastino la norma stabilisce che, se l'atto è stato compiuto secondo l'ordinaria amministrazione ed è riconducibile all'attività di un coniuge, senza consenso dell'altro coniuge, non essendo un bene necessario alla famiglia seguirà la sorte del soddisfacimento dovuto dal patrimonio personale del coniuge; se invece l'atto è di straordinaria amministrazione ma è stato compiuto per il bisogno della famiglia e senza il consenso di entrambi i coniugi, la comunione risponde della quota parte di chi si è impegnato privo del consenso dell'altro. Nell'esempio, se i due bisogni sono stati personali i creditori dei coniugi potranno soddisfarsi sui beni personali di ciascun coniuge fin che ve n'è capienza; se invece i due bisogni della famiglia sono effetto di atto di straordinaria o di ordinaria amministrazione i terzi insoddisfatti potranno sempre rivolgersi al patrimonio della famiglia, anche e soprattutto quando sono atti senza consenso dell'altro coniuge.
La comunione risponde fino al limite della quota che spetta a ciascun coniuge. Ragionando a contrario desumiamo che per i debiti contratti a titolo personale e rimasti per la soddisfazione di bisogni personali, i coniugi rispondono solo per la quota personale di beni, non venendo toccata la

Bellandi Giuffrida

comunione. Se invece l'atto risponde ad un bisogno della famiglia ed ha ecceduto la straordinaria amministrazione, con il consenso di solo uno dei coniugi (atto potenzialmente annullabile), le esposizioni di colui che si è reso partecipe dell'atto senza consenso possono toccare la quota parte sempre nei limiti della quota che spetta a chi ha agito senza consenso. I creditori particolari di uno dei due coniugi (terzi già creditori dei coniugi per un debito sorto prima del matrimonio) possono soddisfarsi ***in via sussidiaria*** dei beni della comunione, sempre entro la quota del coniuge obbligato e sempre dopo essersi prima rivolti ai beni personali dello stesso. Questa possibilità è stata estesa anche ai creditori che hanno un credito nato prima del matrimonio: assai spesso, infatti, il regime convenzionale della famiglia è stato utilizzato artatamente e fraudolentemente per aggirare le ragioni dei creditori: molti soggetti per la forte esposizione debitoria pur partendo come coppia in regime legale di comunione strada facendo con l'andar male delle attività stipulavano convenzioni sotto forma di fondo patrimoniale per proteggere alcuni beni dalle possibili aggressioni dei creditori terzi, in ragione dell'esistenza delle regole sopracitate. L'uso strumentale e fraudolento di questi strumenti ha fatto sì che da parte della giurisprudenza ci fosse un atteggiamento di grande disfavore verso queste convenzioni e che quindi fossero richiesti alcuni requisiti per la stipula delle condizioni: di forma, di pubblicità e di esposizione verso i terzi.

a) LA DIVISIONE DEI BENI

Si tratta del caso in cui i coniugi non hanno optato al momento del matrimonio per la divisone dei beni (in tal caso il regime partirebbe già in separazione dei beni) ma hanno avviato una convivenza in comunione legale e strada facendo hanno deciso di separare il patrimonio. Dunque, i beni acquistati e prodotti durante il matrimonio si separano; la convenzione ha come effetto quello di **dividere, separare *pro quota* e costituire due patrimoni autonomi**. Il patrimonio, dunque, si divide per il 50% e i coniugi condividono soltanto quello che serve alla gestione quotidiana della famiglia. I terzi estranei sapranno (essendo la convenzione affidata ad un atto pubblico, reso noto attraverso la trascrizione) che quella famiglia ha un regime patrimoniale di separazione dei beni e che per le obbligazioni assunte, ciascuno dei coniugi può rispondere solo per il 50%.

b) LE COMUNIONI CONVENZIONALI

La comunione convenzionale (così detta per distinguersi da quella legale) si ha allorquando i due coniugi, dopo il matrimonio, desiderano che taluni beni particolari, i quali idealmente potrebbero rimanere fuori dalla comunione,

Bellandi Giuffrida

siano invece costituiti nella stessa. Si ponga il caso che un coniuge sia chiamato a succedere *mortis causa* ad una persona: i beni ricevuti in eredità resterebbero fuori dalla comunione se non diversamente dichiarato dal *de cuius*, ma i coniugi con la comunione convenzionale possono chiedere invece di includerli in condivisione. In sostanza, **la comunione convenzionale permette ai coniugi di far entrare in comunione dei beni che normalmente resterebbero fuori**. La comunione è convenzionale in quanto voluta tale dai coniugi.

c) IL FONDO PATRIMONIALE

Il fondo patrimoniale costituisce un **patrimonio separato** sicché la famiglia sottoposta ad un regime di comunione legale ovvero ad un regime in deroga ad esso, può costituire tale fondo, il quale avrà una vita sua propria. Essendo il fondo un patrimonio **vincolato** e **separato**, esso beneficerà di alcuni vantaggi presso i terzi, tanto che la forma si è prestata negli anni a numerosi abusi. Il fondo è costituito

- per convenzione tra coniugi;
- per atto di un terzo che può beneficiare la famiglia dichiarando che un determinato bene che è suo proprio sia dato alla famiglia, ma che su di esso sia costituito il vincolo, che sarà allora quello di soddisfare un bisogno della famiglia stessa.

Come si capisce i bisogni per cui si costituisce un fondo devono essere **espressamente dichiarati nell'atto costitutivo**. Si propongo degli esempi: la famiglia deve mandare figli all'università e acquista un appartamento che può destinare al fondo patrimoniale vincolandolo allo scopo prescelto; o ancora, un terzo può mettere nel testamento o donare un bene vincolandolo a favore di una famiglia, creando così fondo patrimoniale.

Il fondo patrimoniale segue un regime suo proprio: di esso possono formare oggetto solo **i beni immobili ovvero i beni mobili registrati (che abbiano quindi un regime di pubblicità) e le rendite derivanti da titoli di credito**. Come si capisce **la parte più importante è la destinazione e il vincolo creato sul bene**. Data la costituzione del vincolo, il fondo beneficia di una protezione, entro certi vincoli. Sotto il profilo degli effetti la costituzione di un vicolo su patrimonio separato si esplica con il fatto che **i coniugi limitano la loro discrezionalità ed il loro potere di disposizione sullo stesso**: per compiere atti di disposizione su beni destinati al fondo, il limite consiste nella funzione allo scopo dichiarato nell'atto di costituzione e laddove occorra proprio, previa richiesta, sarà il giudice, a valutare che l'atto di disposizione sia o meno ammissibile sulla base del bisogno a cui il fondo patrimoniale è preordinato. Senza autorizzazione del giudice i coniugi sono impediti.

Bellandi Giulinda

ART.169

Se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità od utilità evidente

L'inizio della norma permette ai privati di derogarvi. È sempre opportuno il vaglio da parte del giudice: in particolare esso è dovuto se il figlio è minore di età, ma anche quando sia in altra posizione di dipendenza anche dal punto di vista economico. La precisazione è infatti operata dalla stessa norma, che precisa che il provvedimento del giudice è emesso in camera di consiglio (*inaudita altera parte*). L'articolo 171 cod civ disciplina la cessazione eventuale del fondo patrimoniale

ART.171

La destinazione del fondo termina a seguito dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio.
Se vi sono figli minori il fondo dura fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio. In tale caso il giudice può dettare, su istanza di chi vi abbia interesse, norme per l'amministrazione del fondo.
Considerate le condizioni economiche dei genitori e dei figli ed ogni altra circostanza, il giudice può altresì attribuire ai figli, in godimento o in proprietà, una quota dei beni del fondo.
Se non vi sono figli, si applicano le disposizioni sullo scioglimento della comunione legale.

In forza del terzo comma, il giudice può attribuire ai figli una parte del fondo, fermo restando comunque il vincolo di cui si è detto sopra. La causa di scioglimento del matrimonio non determina la cessazione del rispetto del bisogno famigliare se lo ritiene il giudice o se esistono figli minori a cui quei bisogni erano preordinati. Per il resto nella vita del fondo patrimoniale vigono le stesse regole di disciplina della comunione. Costituito il fondo, i coniugi si trovano su di esso in **amministrazione congiunta** per gli atti di straordinaria amministrazione e di **amministrazione disgiunta** per gli atti di ordinaria amministrazione. Se il bene è produttivo di frutti, essi devono **essere finalizzati allo scopo per cui il fondo è creato**. Il vincolo di destinazione genera verso i terzi una protezione di questi beni; infatti, i terzi anche se creditori prima di poter aggredire con azioni esecutive i beni del fondo devono **rispettarne il vincolo**.

ART.170

Bellandi Giuffrida

La esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia

Argomentando a contrario, ricaviamo che il fondo patrimoniale risponde verso i terzi solo ed esclusivamente per debiti che il creditore sapeva già essere stati contratti per la famiglia; se i debiti contratti dai coniugi sono stati volti a scopi diversi, il fondo patrimoniale **è totalmente protetto**. Nella comunione ordinaria, invece, per i debiti personali se non sono sufficienti le quote di ciascuno i creditori aggrediscono la comunione. Per questa ragione molto spesso i coniugi che si trovavano in difficoltà economiche dovute a debiti si affrettavano a costituire fondi patrimoniali a che i beni della famiglia venissero protetti: dato questo abuso, una norma contenuta in una **legge speciale sulla procedura fallimentare** ha provveduto a disciplinare in maniera diversa tali situazioni. Tale norma stabilisce che quando il coniuge che ha contratto i debiti è un imprenditore e quindi anche ammissibile al fallimento, i fondi patrimoniali costituiti in anni appena precedenti al fallimento ovvero in uno stato di consapevole crisi economica possano essere revocati.

Bellandi Giuffrida

LA DIVISIONE GIUDIZIALE DEI BENI

La divisione giudiziale dei beni in comunione avviene ad opera del giudice, quando uno dei coniugi si trovi in uno stato di impossibilità o di gestire o di mantenere la contitolarità della comunione, ovvero quando muoia.

IL REGIME PATRIMONIALE NELLE UNIONI CIVILI E NELLE CONVIVENZE MORE UXORIO

Nelle unioni civili e nelle convivenze *more uxorio* c'è una diversa strutturazione del regime patrimoniale. Non possiamo non rilevare discrasie e antinomie tra leggi speciali e regime generale. Da un lato si può desumere come le unioni civili e le convivenze vengano ricondotte al rapporto tra coniugi. Cambia invece l'atto costitutivo che è un semplice accordo senza il formalismo e il procedimento del matrimonio. **Tale atto è assimilabile più ad un contratto che ad un matrimonio**. **Sotto il profilo patrimoniale, si osserva che nulla dice la norma speciale in ordine alle unioni civili, laddove lascia libere le parti (ossia le persone dello stesso sesso) di stabilire con un accordo liberamente il regime che dovrà governare i loro rapporti patrimoniali**. È ancora presto per sapere cosa la prassi giurisprudenziale ci riserverà. Una indicazione di massima è data dallo stesso legislatore, che dice che se i contraenti nulla stabiliscono si dovrà presumere che siano governati da una forma di comunione legale. È ovvio

che in assenza di disciplina *ad hoc* **il giudice chiamato a decidere dovrà ricorrere all'analogia con la comunione legale**, fermo restando che i due contraenti non abbiano optato per un assetto analitico diversamente specificato e indicato nell'accordo. **Sulle convivenze *more uxorio* c'è una indicazione più precisa: in ordine al regime patrimoniale il legislatore ha previsto al comma 50 la stipulazione di un contratto di convivenza con una disciplina analiticamente descritta sia sotto il profilo della forma sia sotto il profilo del contenuto**: vengono descritte le condizioni e la forma (tendenzialmente quella solenne). Anche in questo caso possiamo dire in linea di massima che ferma restando l'autonoma delle parti di scegliere il regime patrimoniale che meglio si conforma ai loro interessi, **c'è sempre una via di fuga residuale offerta all'interprete in modo tale che in caso di incertezza e di dubbio ci si ispiri al principio della comunione**. Tutte le altre criticità le vedremo strada facendo: il legislatore avrebbe fatto meglio a vagliare le ricadute con più attenzione.

LO SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO

QUALCHE CENNO STORICO

Il rapporto di coniugio, così come si crea, può anche affrontare una fase patologica e infine terminare. La prassi ci dice che attualmente le percentuali di coppie che si sciolgono sono maggiori di quelle che restano unite. Del fenomeno dello scioglimento del vincolo non possiamo non ripercorrere le ragioni storiche. Socialmente non vi è dubbio che la patologia del rapporto può colpire o meno la società a seconda dell'ordinamento: prima del 1975 il codice civile non conosceva alcuna forma giuridica di separazione: venivano tuttalpiù riconosciuti solo la c.d. **separazione di fatto** imposta al coniuge più debole (solitamente ai danni della donna), ovvero **l'annullamento del vincolo dinnanzi alla Sacra Rota** nel caso di matrimonio religioso. Il referendum del 1970, che si caratterizzò per una grande partecipazione ed una vittoria schiacciante del risultato, diede luogo alla legge sul divorzio. Per la prima volta in Italia, si arrivò a costruire una serie di **norme che davano luogo alla cessazione del matrimonio per effetto di una sentenza**. Perché si potesse addivenire a questa forma si dovette prima arrivare ad un **compromesso**: a salvaguardia della natura fondamentale del matrimonio si stabilì che qualora esso fosse stato celebrato con rito concordatario in caso di divorzio, **solo gli effetti civili cessassero mentre per la Chiesa la coppia**

Bellandi Giuffrida

risultasse spostata e che solo con l'intervento della scarsa Rota si ottenesse anche il cessazione degli effetti religiosi. C'è dunque questa particolare situazione sotto il profilo ontologico: se siamo di fronte ad un matrimonio celebrato dal diritto civile, vi può essere una cessazione degli effetti civili del matrimonio e le persone prima unite si considerano svincolate. Per quanto riguarda il concordatario, lo scioglimento è solo per gli effetti civili e non per quelli religiosi. Lo scioglimento del vincolo,anche sotto il profilo del codice civile attraversa **un procedimento per fasi**: anche ciò rappresenta una sorta di compromesso accogliente le istanze cattoliche degli anni in cui fu elaborata la legge. Prima di arrivare al divorzio, per la cessazione del matrimonio, occorre infatti passare per la c.d. **fase di separazione**, in cui gli effetti del matrimonio si sospendono in orizzontale (quindi soltanto tra le parti e non verso i figli)e si affievoliscono i doveri coniugali. Dapprima la fase di separazione durava cinque anni, poi successivamente si passò tre: la *ratio* di questa fase è **vedere se vi possa essere una riconciliazione tra le parti**. La cessazione del vincolo e della possibilità di proseguire la convivenza armoniosa è il presupposto per arrivare alla separazione. Un tempo, prima che si riscontrasse il venir meno dell*'affectio maritalis* passava molto tempo ed erano richiesti atti illeciti da parte di uno dei coniugi; oggi si riconosce anche semplicemente per un disagio psicologico. Sulla base di questo presupposto arrivare alla separazione oggi non è difficile.

LA SEPARAZIONE

L'ordinamento italiano riconosceva fino a pochi anni fa soltanto due tipi di separazione.

- **Separazione consensuale,** nella quale i coniugi decidono consensualmente le condizioni di mantenimento, le decisioni comuni, i rapporti con i figli, ecc. Normalmente in questa fase i coniugi sono **assistiti dai legali**. Infatti, la separazione consensuale, benché origini dalla volontà dei coniugi, **deve comunque sottoporsi ad un giudizio di *omologazione* da parte del tribunale**. Fissato l'accordo, i coniugi presentano lo stesso al tribunale del luogo in cui è stato trascritto il matrimonio; il tribunale anzitutto prende in considerazione l'accordo e a pena di di improcedibilità **fissa un'udienza per un tentativo di conciliazione**, nella quale il giudice tenta di riconciliare la coppia Se tale tentativo riesce il tribunale non omologa l'accordo di separazione, ma fa rivivere in pieno il matrimonio —peraltro le statistiche ci dicono che tali tentativi rarissimamente siano riusciti—; diversamente, superata questa fase, il giudice del tribunale ne prende atto e dopodiché procede all'omologazione dell'atto di separazione, che è un giudizio di controllo sulle singole condizioni consensuale, mirato a valutare se esse siano

Bellandi Giuffrida

assunte in conformità della legge, non in deroga a norme imperative e nel rispetto dei principi a tutela della parte debole e della prole. Se il tribunale dovesse reputare che alcune clausole ledano i diritti di qualcuno o non siano conformi a delle prerogative che il legislatore considera superiori in termini di tutela, non omologa l'accordo di separazione. Se la verifica è superata, il tribunale con decreto omologa l'accordo, che così assume il crisma di un procedimento giudiziale. Il decreto è provvedimento con cui ha inizio la fase di separazione e deve essere annotato a margine dell'atto di matrimonio.

- **Separazione giudiziale**, la quale non presuppone un accordo tra i coniugi, ma **un intervento del giudice *ab initio***. Quando i coniugi sono in aperto conflitto, o l'uno o l'altro oppure congiuntamente possono adire il giudice sin dall'inizio: in tal caso l'atto introduttivo del giudizio **è un ricorso, ricevuto il quale il giudice fissa la data dell'udienza di conciliazione, autorizzando la parte ricorrente a notificare il ricorso all'altro coniuge.** Il ricorrente formula nel ricorso tutte le richieste consequenziali alla separazione. Dopo l'udienza di conciliazione, se fallita, si avvia la procedura giudiziale della separazione: in questo contesto cominciano le "lotte" tra le parti, che in giudizio sono assistiti dagli avvocati. Non acconsentendo le parti a tutte le richieste reciproche (anche se questo può avvenire dopo anni di discussione), si **arriva ad una sentenza nella quale sono dettate le regole a cui dovranno sottostare i coniugi per la fase di separazione**. Tali regole sono spesso create e stabilite *ad hoc* dal giudice: la sentenza andrà trasmessa all'ufficiale dello stato che la annoterà a margine dell'atto di matrimonio affinché i terzi sappiano della sentenza.

LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E IL DIVORZIO BREVE

Prima dell'intervento delle ultime leggi speciali, emanate in maniera perlopiù rocambolesca, bisognava attendere dapprima un quinquennio, poi un triennio, tra separazione e divorzio. Oggi, **se la separazione è stata consensuale bastano sei mesi per la domanda di divorzio; se la separazione è stata giudiziale bastano dodici mesi**. L'accorciamento del lasso di tempo è stata una battaglia portata avanti dalla società civile, ma che veniva richiesta anche in virtù di un adeguamento agli altri paesi europei che non avevano lassi di tempo così distanti. Nella fase di procedura e di sistemazione di numerose questioni attinenti al diritto civile, nel 2014 con un decreto legge 132/2014 nell'azione del governo volta ad alleggerire il carico della giustizia, **si è stabilito che i privati procedano alla separazione ovvero al divorzio (qualora sussistano alcuni dati presupposti) non già**

Bellandi Giuffrida

mediante le procedure prima descritte, ma mediante negoziazione assistita. Se i coniugi sono concordi nel separasi e conoscono le condizioni a cui vogliono separarsi, anziché ricorrere al giudice possono procedere con la negoziazione assistita, procedendo all'accordo con l'assistenza di almeno un avvocato per parte: tale accordo deve poi essere sottoposto al Pubblico Ministero per essere autorizzato. Se i coniugi hanno figli maggiori di età non incapaci possono tranquillamente accedere al tipo di procedura; il Pubblico Ministero valuta la bontà e la congruità dell'accordo e se conforme lo autorizza. Nondimeno se in famiglia esistono figli minori ovvero maggiori ma incapaci, in una prima versione della norma non c'era possibilità di negoziazione assistita, ma poi si stabilì che anche in questo caso i coniugi possano comunque procedere, fermo restando che il vaglio del Pubblico Ministero non sarà allora di mero raffronto, quanto invece mirato alle singole condizioni per verificare che i figli minori siano state opportunamente tutelati. Se il pm ritiene che ciò non sia avvenuto non autorizza la negoziazione e rinvia all'accordo mediante procedura ordinaria.
Quando nel nucleo famigliare non vi sono figli minori, non vi sono persone incapaci, non vi sono figli affetti di un grave handicap, l'accordo di separazione tra coniugi può essere raggiunto addirittura dinnanzi all'ufficiale di stato, senza nemmeno consultare il Pubblico ministero.
Queste due forme di procedimentalizzazione più snelle, affidate a degli avvocati che hanno formalità da seguire, possono essere seguite anche dopo che ottenuta la separazione i coniugi vogliano arrivare al divorzio (c.d. **divorzio breve**). Tra i presupposti necessari, ovviamente, l'assenza di minori o persone incapaci nel nucleo famigliare. Al di là di questa procedura, qui descritta in maniera pur sommaria, gli effetti da questi provvedimenti condizionano la vita dell'intero nucleo famigliare

I PROVVEDIMENTI RIGURARDO AI FIGLI

Gli effetti conseguenti alle crisi di coppia nei rapporti verticali erano stati già oggetto di una legge speciale del 2006, la quale aveva introdotto una serie di norme all'interno del codice civile (art.155 *bis* e segg.), che con la successiva **riforma dello *status filiationis*** (L. 10 dicembre 2012) sono stati spostati nel 337 *bis* e segg. La legge speciale del 2006 era intervenuta a seguito di un fenomeno sociale esasperante, che aveva costretto alcuni genitori a costituire dei veri e propri comitati, che si assumevano una lotta sociale per alcuni abusi nel rapporto tra genitori e figli. Prima del 2006 nelle separazioni giudiziali i figli (in 9 casi su 10) venivano affidati alla madre, poste le condizioni con cui padre potesse visitare figli: il coniuge affidatario tuttavia abusava spesso del suo diritto, non consultando il figlio e in ipotesi estreme portandolo all'estero. Le situazioni erano talmente patologiche che in molti

Bellandi Giuffrida

casi alcuni padri non vedevano i figli da anni: è vero che le condizioni sono sempre state rivedibili, ma è anche vero che per questo bisognava sempre adire il giudice. Le nuove norme stabiliscono che **non si debba più procedere dopo la separazione all'affido dei figli a carico di uno solo dei genitori ma prevedono il c.d. affidamento condiviso**. Entrambi i genitori sono affidatari dei figli. Per effetto di un recepimento giurisprudenziale le norme hanno anche previsto **il diritto dei figli di continuare a vivere nella loro residenza famigliare, a prescindere dalla proprietà di essa, per ovvi motivi**. I minori di anni 14 hanno anche il diritto di essere ascoltati qualora sorgano problemi di convivenza; i figli maggiori di età ma non economicamente indipendenti hanno diritto di ricevere direttamente l'assegno di mantenimento senza passare per il genitore con cui stanno vivendo in quel momento. Tutte queste norme sono state espressione del recepimento da parte della giurisprudenza delle istanze che provenivano dalle situazioni di separazione.
Si deve peraltro precisare che l'affido condiviso è spesso impraticabile. Con le nuove norme il principio della condizione della filiazione dei separati garantisce un po' di più la possibilità per il coniuge di ricorrere alla autorità giudiziarie e stabilire accordi con il coniuge con cui di fatto convivono i figli circa gli orari di visita, gli orari di incontro. Questo avviene nel bene e nel male, perché se i rapporti non sono buoni il coniuge con cui vivono i figli farà di tutto per impedirlo, ma oggi il principio ha alzato la soglia di sensibilità nei genitori. **L'affido condiviso non è inderogabile**: in alcune occasioni si può procedere all'affido congiunto (si pensi al caso in cui un genitore abbia comportamenti illeciti o abusi con mezzi violenti dei mezzi educativi).

LA FILIAZIONE

L'APPARTENENZA AL NUCLEO FAMIGLIARE

Quando si guarda alla famiglia in senso lato, quindi con riguardo alle discendenze e alle ascendenze occorre avere bene chiaro il concetto giuridico di parentela. Dal punto di vista sociale oggi siamo portati a considerare parenti tutti i componenti del nucleo famigliare, senza particolari distinzioni. Viceversa, la linea ed il grado di parentela sono estremamente precisi e definiti per il diritto, tanto da condizionare i rapporti che conseguono successivamente alle vicende patologiche e successivamente alla morte. Il diritto contempla **tre concetti di appartenenza al nucleo famigliare**:

1) discendenza
2) parentela
3) affinità

Bellandi Giuffrida

Le norme più precise sono agli artt. 74-78 del codice civile. Nonostante la promiscuità del termini, d'ora in avanti il concetto di parentela e affinità si useranno in senso giuridico, come richiesto dagli articoli menzionati. Peraltro, il titolo V del codice civile è stato modificato con la legge speciale in materia di filiazione (l. 10 dicembre 2012 n. 219, integrata e attuata dal decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 54).

ART.74 PARENTELA

La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti.

In una famiglia i parenti sono coloro che discendono da uno stesso stipite, ossia dal "pater familias" che fa discendere la propria stirpe. La madre in questo senso non è parente del figlio, non discendendo entrambi da uno stipite comune. La parentela per la legge è individuata dalla **discendenza**, la quale viene dal padre. L'inciso che segue la prima frase («sia nel caso in cui… adottivo») è stato inserito ad opera dell'articolo 1 della legge 10 dicembre 2012 n.219. I figli nati fuori dal matrimonio prima erano lasciati fuori dalla discendenza, così come i figli adottivi, estranei al nucleo ideologico famigliare. Questo è già il primo esempio della grande rivoluzione che hanno completato le ultime leggi speciali circa la c.d. ***unicità dello status di figlio***. Dal 2013 il diritto stabilisce che i figli sono solo di un tipo; non tollerano attributi vicini; il loro status è unico e come tale deve essere trattato (**l'art. 315 nella sua lapidarietà ci dà concetto di status giuridico della filiazione:** "***tutti i figli hanno lo stesso status giuridico***"). Il vincolo di parentela non sorge per gli adottati che siano stati chiamati ad adottarsi in maggiore età; ragionando a contrario, lo stesso *status* di figlio è riservato ai figli adottivi di minore età (esistono infatti figli che possono essere adottati dopo la maggiore età e figli che possono essere adottati entro la maggiore età).

ART.75 LINEE DI PARENTELA

Sono parenti in linea retta le persone di cui l'una discende dall'altra; in linea collaterale quelle che, pur avendo uno stipite comune, non discendono l'una dall'altra.

L'articolo 75 introduce una nuova particolarità. La parentela può essere o **in linea retta** o **in linea collaterale**. In linea retta se corrisponde alla discendenza dallo stipite al figlio, ovvero collaterale quando si crea da persone che non discendono direttamente dallo stipite che hanno in comune (i nipoti ed il nonno). Nella linea retta si possono computare anche i gradi:

ART.76 COMPUTO DEI GRADI

Bellanti Giuffrida

Nella linea retta si computano altrettanti gradi quante sono le generazioni, escluso lo stipite. Nella linea collaterale i gradi si computano dalle generazioni, salendo da uno dei parenti fino allo stipite comune e da questo discendendo all'altro parente, sempre restando escluso lo stipite.

Il legislatore pone un limite di rilevanza nel grado VI della parentela.

ART.77 LIMITE DELLA PARENTELA

Nella linea retta si computano altrettanti gradi quante sono le generazioni, escluso lo stipite. Nella linea collaterale i gradi si computano dalle generazioni, salendo da uno dei parenti fino allo stipite comune e da questo discendendo all'altro parente, sempre restando escluso lo stipite.

Diversa è la concezione di un altro rapporto di famiglia, tra persone che giuridicamente non possono essere definiti parenti: l'affinità. L'affinità tra le persone è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge (cognati, suoceri, figli dei cognati).

ART.78 AFFINITÀ

L'affinità è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge.
Nella linea e nel grado in cui taluno è parente d'uno dei due coniugi, egli è affine dell'altro coniuge.
L'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge da cui deriva, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati. Cessa se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all'articolo 87, n. 4.

LA FILIAZIONE DAL CODICE DEL 1942 ALLA LEGGE SPECIALE DEL 2012

Prima della riforma del 1975 la condizione giuridica dei figli era caratterizzata da forti e gravi discriminazioni dovute al modo con cui questi erano nati. Il codice civile era fortemente improntato alla riconoscimento dello *status* di figlio solo a colui che fosse nato all'interno del matrimonio. In contrasto con l'articolo 3 Cost., fino a prima della riforma sul diritto di famiglia del 1975, chi fosse nato al di fuori del matrimonio non era nemmeno considerato un figlio naturale e qualora non fosse stato riconosciuto veniva indicato con la sigla n.n. (*nomen nescio*). La Corte costituzionale interveniva ogni tanto a censurare le norme nei rapporti in orizzontale che costituivano delle violazioni e discriminazioni, ma anche nei rapporti in verticali nei casi in cui c'erano disparità di trattamento tra figli. Nel 1975 la grande riforma del diritto di famiglia, sotto il profilo dei rapporti di filiazione portò al riconoscimento ufficiale, normativo e dunque civilistico di tutte le categorie dei figli immaginabili, le quali tuttavia rimanevano diversificate. Il sostantivo figlio aveva accanto a sé degli attributi particolari: il figlio legittimo era *solo ed esclusivamente* quello nato all'interno del matrimonio. Si era poi costituita la

Bollandi Giuffrida

categoria dei figli naturali, coloro i quali nascevano al di fuori dal matrimonio o per una relazione extraconiugale da parte dei genitori ovvero perché i genitori erano una coppia di fatto. La terza categoria era quella dei figli adottati, estranei a qualunque forma di discendenza o parentela, che a seconda del caso prima della legge speciale del 1983 n.184 dovevano aver raggiunto la maggiore età per poter diventare figli adottivi, dacché il codice civile disciplinava solo la maggiore età.
Si è detto che con la riforma del diritto di famiglia del 1975 vi è stato il riconoscimento delle diverse categorie di figli e la parificazione del trattamento legale da riservare ad essi: diversamente da quanto accadeva prima, anche i figli naturali dovevano essere trattati come se fossero stati concepiti in costanza di matrimonio. Nondimeno, la particolarità della permanenza di queste categorie si ripercuoteva tuttavia all'interno dei rapporti non tanto sotto il profilo del diritto ad essere cresciuti e assistiti allo stesso modo di come venivano assistiti i figli legittimi (era comune e assodato che questo dovesse accadere) ma **in ordine all'assunzione dello stato parentale verso lo stipite e quindi alla capacità di succedere *mortis causa* in relazione ad alcune linee di discendenza**. I figli naturali, infatti, per quanto avessero diritto di essere cresciuti ed assistiti in vita fino alla loro maturità economico-patrimoniale, non potevano assumere rapporti di parentela con tutti i membri della famiglia: potevano succedere *mortis causa* soltanto al proprio genitore e non, ad esempio, al nonno. C'era una sorta di **interruzione non solo spirituale ma anche materiale tra figlio naturale e altri membri di famiglia**, sia in linea retta sia in linea collaterale. Il rapporto di famiglia che si creava fra il figlio naturale e il genitore era esclusivamente riservato a questi due e solo se il figlio era riconosciuto. Questa differenza di trattamento era una differenza discriminatoria che è rimasta in piedi fino a pochi anni fa, nonostante il lavorio di commissioni di studio e proposte di legge. Con la **legge 10 dicembre 2012 n.219,** il nuovo articolo 315 stabilisce che **tutti i figli hanno lo stesso status giuridico**; in forza del decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 54, **sono stati tolti tutti gli attributi accanto alla parola figlio nelle norme del codice civile e nelle leggi speciali**. Quando si tratta di un figlio non di una coppia sposata ma di una coppia convivente si parla semplicemente figlio nato fuori dal matrimonio. Si tratta di una conquista di civiltà e di eguaglianza: **lo *status filiationis* è tale senza che sia necessaria ulteriore specificazione**.

I FIGLI NATI NEL MATRIMONIO

Nonostante la riconduzione ad unità dello status di figlio il modello del codice civile è ancora attestato sul figlio nato nel matrimonio e non poteva essere diversamente. Nondimeno il legislatore ha avuto l'accortezza di eliminare le

Bellandi Giuffrida

caratterizzazioni particolari. La modalità con cui nasce e si costituisce lo status di figlio non ha agevolato tutta la vicenda giuridica legata alla filiazione. Quando nasce un figlio lo *status* si considera acquisito per due elementi: la **nascita** (intesa in senso biologico come l'espulsione dal ventre materno) e la **dichiarazione di coloro che hanno generato il figlio**. Peraltro, come già avvertivano i latini *mater semper certa est, pater numquam*. Se per la madre non c'è incertezza proprio per uno degli elementi costitutivi dell'acquisto dello status, diversamente il concepimento non è sicuro che sia quello paterno. Allora, poiché questi status non tollerano incertezze, **opera una presunzione**. La prima presunzione è che del figlio nato dalla donna che ha assunto la qualità di moglie, il padre si presume il marito.

ART.232

Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio.
La presunzione non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale o dalla omologazione di separazione consensuale ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente.

I trecento giorni sono corrispondenti ai nove mesi coprenti il periodo della gravidanza. La presunzione di paternità è forte ed era ancora più forte quando non era stato ancora scoperto il DNA per la prova ematogenetica. Se anche poi con delle azioni che menzioneremo si può arrivare a destituire di fondamento questa presunzione, tuttavia non sempre un tempo si riusciva a raggiungere la prova. Le *rationes legis* della presunzione erano volte a tutelare in maniera più ampia il figlio. Qualora il padre abbia qualche sospetto e ritenga di non doversi assumere la paternità può esperire **una azione di disconoscimento di paternità** davanti al giudice, con cui dovrà dimostrare l'eventuale infondatezza dello status mediante, anche attraverso la prova del DNA. Anche dal lato del figlio vi è la possibilità di esperire un'azione, qualora il padre si disinteressasse di essere riconosciuto come tale**: lo *status* può anche essere reclamato ed è previsto dall'articolo 237**.

ART.237

Il possesso di stato risulta da una serie di fatti che nel loro complesso valgono a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela fra una persona e la famiglia a cui essa pretende di appartenere.
In ogni caso devono concorrere i seguenti fatti:
che il genitore abbia trattato la persona come figlio ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, all'educazione e al collocamento di essa;
che la persona sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali;
che sia stata riconosciuta in detta qualità dalla famiglia.

Bellandi Giuffrida

Sia da parte dei genitori sia da parte dei figli vi sono azioni c.d. di status, attraverso cui si può chiedere il riconoscimento dello status di figlio (si tratta di un'azione imprescrittibile) ovvero, dal lato del genitore, disconoscere la paternità con limiti di decadenza (oltretutto abbastanza stretti). La posizione del figlio che nasca all'interno del matrimonio è ben tutelata dalle norme di legge: da un lato ad opera di una presunzione di status filiationis; dall'altro per il fatto che ha un'azione di reclamo, che è imprescrittibile. D'altro canto il padre può disconoscere il figlio di cui non sia certo e sicuro, con l'azione di disconoscimento, sottoposta ad un regime probatorio oggi agevolato dalla prova biologica che si può addurre attraverso DNA.

I FIGLI NATI FUORI DAL MATRIMONIO

Già dal 1975 erano riconosciuti anche come figli naturali i figli nati **fuori dal matrimonio**. Qualunque figlio nato fuori dal matrimonio, ovvero nato da persone che non hanno mai contratto matrimonio, **godono dello stesso regime e dello stesso tipo di trattamento dei figli nati in un rapporto coniugale**. Il loro *status filiationis* si acquisisce al momento della nascita con il riconoscimento. La madre o i genitori di solito devono compiere il **riconoscimento**, un atto formale che nel matrimonio non necessita, ossia una dichiarazione unilaterale dinnanzi all'Ufficiale dello Stato Civile. L'evento naturale della nascita, unitamente all'assunzione della naturalità dei genitori biologici crea riconoscimento da parte dello stato civile. **Potrebbe però darsi che a riconoscere il figlio nato fuori dal matrimonio sia solo la madre e non invece il padre**. In questo caso il riconoscimento avverrebbe ad opera di un solo genitore, e se successivamente il padre volesse riconoscere il figlio successivamente potrà fare una dichiarazione *ad hoc* dinnanzi ad un Pubblico Ufficiale, chiedendo prima il consenso del coniuge che per primo ha riconosciuto il figlio. Il consenso dell'altro coniuge è una discrezione dello stesso ma non è ad oltranza: **se il riconoscimento si palesa come corrispondente al miglior interesse per il figlio, l'altro coniuge non può opporsi.** Questa procedura, disciplinata dall'art. 150 ed emendata dalle recenti leggi speciali è stata molto riformata, anche sotto il profilo procedurale. Oggi la procedura è molto più spedita e l'intervento del giudice si ha solo se uno dei due genitori rifiuti il consenso da parte del secondo. Prima della riforma delle due ultime leggi accadeva anche che il figlio riconosciuto espressamente dai genitori acquisisse lo status di figlio legittimato, qualora i due conviventi contraessero il matrimonio dopo aver avuto il figlio. Oggi la disciplina della legittimazione è stata completamente abrogata. L'equiparazione è data dall'inciso contenuto dall'articolo 74 cod civ ("sia che la filiazione sia avvenuta...") che prima non c'era.

Bellandi Giuffrida

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E LA MATERNITÀ SURROGATA

Ci sono delle questioni che rimangono. Anzitutto oggi sappiamo che non esiste più solo la nascita e la filiazione naturale. Esiste anche una filiazione artificiale, a seguito di **procreazione medicalmente assistita** (d'ora in poi PMA), disciplinata dalla famigerata legge 40/2004 che sta crollando sotto i colpi della Corte costituzionale in diversi punti. Le domande che si pongono sono: siamo sicuri che dal punto di vista della costituzione dello *status filiationis* questo sia direttamente collegato alla madre, anche nel caso di fecondazione artificiale perché *mater semper certa est* nonostante chi partorisce lo stia facendo non in virtù di un proprio ovulo o di una propria cellula, ma per effetto di una inseminazione artificiale? O ancora, quando la coppia ha i presupposti stabiliti dalla legge per accedere alla PMA contrae con una donna un compenso con cui la stessa fa figlio su incarico della coppia (*surrogazione di maternità*), tale figlio è un figlio di quella coppia? In Italia **la surrogazione di maternità mediante contratto è un reato perseguito penalmente con la reclusione** ma ciò non esclude tuttavia che se questa pratica dovesse risultare fattibile all'estero dove è considerata lecita, i genitori «sociali» del bambino saranno i genitori committenti i quali una volta in Italia potrebbero chiedere all'Ufficiale dello Stato civile l'atto di nascita del bambino sulla base del certificato ottenuto all'estero. La giurisprudenza dice che anche se fatta all'estero **la maternità surrogata non è tutelata dal nostro sistema, ma sarebbe una violazione di ordine pubblico nazionale e internazionale**; dunque la soluzione è considerare inammissibile la procedura di trascrizione tantomeno la genitorialità dei committenti: il nato, dunque, che nelle more è anche cresciuto viene dichiarato in stato di abbandono e portato via dalla coppia per essere dato in adozione ad un'altra coppia che non sia quella che ha costituto la genitorialità sociale (vedi Cass. civ. Sez I 24001, 11 novembre 2014[2]). È una soluzione ineccepibile dal punto di vista legislativo.

Tornando alla famigerata legge 40/2004, non si può non notare che essa sia **nata su presupposti errati**. L'ideologia di fondo che ha caratterizzato norme di questo tipo fino al 2004 ha sempre visto la PMA come pratica da sfavorire, in forza dell'esistenza della pratica dell'adozione. Infatti, le coppie sterili o

---

[2] Si riporta di seguito la massima della sentenza sopracitata: «Il certificato di nascita formato all'estero nel quale cittadini italiani sono indicati come genitori del bambino nato a seguito di surrogazione della maternità è privo di effetti nel nostro ordinamento. Pertanto di uno status del minore quale figlio della coppia non può, nel nostro Paese, parlarsi perché ne difetta in radice l'attribuzione, ossia il titolo, che dunque non occorre sia contestato mediante le apposite azioni giudiziarie previste dalla legge. Non risultando la presenza di altri parenti del minore stesso, si impone l'accertamento dello stato di abbandono del minore, ai sensi dell'art. 8 della L. n. 184/1983.»

Bellandi Gruttrida

infertili, secondo un'opinione comune che il legislatore ha in parte recepito, possono ricorrere all'adozione qualora vogliano formare una famiglia. Invero, l'adozione è una procedura dilatata nel tempo.
D'altra parte, la prassi già conosceva il fenomeno della fecondazione artificiale, che da tempo veniva praticata all'interno degli ambulatori (vi fu la c.d. *stagione del bambino in provetta*). La ratio ispiratrice della legge 40 è da individuarsi non tanto nella regolazione del fenomeno di PMA, quanto nella **circoscrizione al massimo di esso:** da qui una serie di presupposti molto rigidi e stretti perché una coppia ricorra alla PMA. Deve anzitutto trattarsi della coppia di un uomo e una donna che abbiano raggiunto la maggiore età;, ove entrambi i coniugi non siano capaci di generare; la fecondazione eterologa era vietata; la maternità surrogata è parimenti vietata. Il primo principio a cadere sotto i colpi della Corte Costituzionale fu la previsione in forza della quale nella donna non dovevano essere impiantati più di tre ovuli fecondati; inoltre venne a cadere il divieto inerente all'indagine sulla struttura e sullo stato di salute del nascituro, ossia la valutazione mediante apposite analisi al fine di verificare se il nascituro fosse malato di malattia ereditaria dei genitori (nella fattispecie che diede luogo al conflitto innanzi alla Corte, i genitori volevano verificare che il nascituro non fosse affetto da *anemia mediterranea*).
Da ultimo cade anche il divieto di fecondazione eterologa (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 e Corte cost. 5 giugno 2015 n.96), fermo restando che le persone concedenti il materiale genetico rimangono estranee dal punto di vista parentale con i genitori biologici e con il nascituro. La legge impone **l'anonimato della madre biologica** e il **divieto di disconoscimento di paternità sociale**: chi dell'uomo o della donna che vogliano accedere a PMA vi acceda sa di non poter disconoscere il figlio *ex lege*. Nondimeno, rimangono altre questioni attualmente irrisolte, ma che è doveroso porsi: perché il nato deve ignorare le proprie origini ideologiche? Non è anche questo un diritto personalissimo? Ancora, supponiamo che sia nato da una donna che presentava malattie ereditarie: il figlio non ha diritto di sapere se malattia è stata ereditata? Come ci si deve regolare in merito agli embrioni che vengano (in contrasto con la legge stessa, ma sicuramente prassi comune stando anche alle cronache quotidiane) crioconservati? Questa legge è ancora foriera di questioni e non si sa come mai il legislatore la tenga in piedi. Il fatto che le coppie debbano essere di sesso diverso, tra l'altro è caduto sotto i colpi della Corte di Giustizia e sotto i colpi della Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto ammissibile in una coppia di due donne che la partner potesse riconoscere come proprio il figlio generato con donazione di un ovulo (di donazione ignota) dall'altra donna. Questa sentenza della ha visto l'accoglimento di merito di questi fatti alla luce del ragionamento dei

Bellandi Giuffrida

giudici fatto non già applicando le norme quanto fondandosi sull'orientamento delle corti sovranazionali. La Cassazione ha ritenuto che la donna della coppia omosessuale avrebbe potuto adottare una volta nata la figlia generata dalla propria compagna, rientrando quel tipo di fattispecie in una filiazione che avrebbe consentito lo stato di adozione *in caso particolare* (vedi manuale). Ma in caso di scioglimento del legame che fine fa il bambino? Se si acquista lo *status* di figlio adottivo e muore la donna che lo ha adottato questo bambino è suo erede pur non avendolo essa generato? Come si conciliano i rapporti con eventuali figli naturali già avuti dalla donna? Il panorama è abbastanza vario.

ADOZIONE DI MINORE

L'adozione come ricorso alla presa in carico di una persona all'interno della famiglia, mediante l'instaurazione di legami famigliari veri e propri **nel codice del 1942 era esclusivamente riservata ai maggiori di età**: solo i maggiorenni potevano essere adottati da una coppia sposata priva di figli ovvero da una singola persona, almeno cinquantenne, priva di figli. La *ratio* di questa norma è da individuarsi non tanto nel sostentamento materiale per i bisogni cui era altrimenti destinato l'adottando, quanto nel fatto che la coppia adottante ovvero la singola persona **necessitasse di un discendente succedesse loro**.

Diversamente, ad esigenze ed ad una *ratio* da individuarsi nel sostentamento della persona adottata è ispirata la disciplina speciale (**L. 4 maggio 1983 n°184**) dedicata **all'adozione dei minori di età e all'adozione internazionale**. L'adozione di un minore di età, infatti, non arriva *ex abrupto* ma passa per fasi diverse e piuttosto complesse; la ragione di questa normativa è volta al sostegno di un bambino che e si trovi in uno stato materiale e spirituale di grave deficit all'interno della propria famiglia biologica. A tal fine, prima di dichiarare lo stato di adottabilità, avendo il bambino una famiglia naturale, occorre il passaggio per diversi momenti, il prima dei quali, l'*affidamento preadottivo*, rappresenta una sorta di banco di prova per l'adozione stessa. Il periodo in questione è ben studiato dai servizi sociali, e può essere prorogato fino a quando si arrivi ad un bivio: o la famiglia di provenienza risana il suo momento di crisi, tale da consentire il ritorno della persona affidata in famiglia di origine, ovvero permanendo le medesime difficoltà, previa valutazione dello stato di benessere in cui minore si è trovato in nuova famiglia durante l'affidamento, si procede all'adozione per via giudiziale. Nell'adozione non si perdono mai completamente i rapporti con la famiglia di provenienza: certo è che nella famiglia di destinazione l'adottato **ha lo stesso *status* di figlio legittimo e naturale e le stesse**

Bellandi Giuffrida

prerogative ai fini successori con la precisazione che essi restano eredi a titolo universale solo della famiglia che adotta e non degli altri gradi della parentela.

Bellandi Giuffrida

LIBRO II. DELLE SUCCESSIONI

Bellandi Giuffrida

IL CONTENUTO DEL LIBRO

La famiglia come legame ci porta a pensare alla sorte del patrimonio di una persona, quando essa cessi di vivere. Il libro II del codice civile è dedicato alle **successioni *mortis causa***; nella parte finale invero si trova disciplinato un contratto (particolarissimo, altrimenti sarebbe contenuto nel libro IV) quale è **la donazione**: ciò perché nello spirito della legge esso è un istituto affine alla successione *mortis causa*. Prima di proseguire è necessario però definire in modo completo cosa si intenda per patrimonio e cosa si intenda per successione.

IL PATRIMONIO

Il patrimonio non è solo insieme dei beni a cui si pensa empiricamente. Da un punto di vista giuridico il patrimonio è **l'insieme delle relazioni giuridicamente rilevanti che fanno capo ad una persona e si compone sia di situazioni giuridiche soggettive attive sia di situazioni giuridiche soggettive passive**. Il patrimonio in senso giuridico comprende in sé i diritti e gli obblighi facenti capo ad un soggetto.

SUCCESSIONE

Quando parliamo di successione istintivamente pensiamo al fenomeno del subentro di una persona ad un'altra che non esiste più o ha cessato una carica. In realtà, quando parliamo di successione nei rapporti tra privati ci riferiamo **ad un fenomeno di mutamento della titolarità del diritto assoluto o relativo**. Astraendo il concetto si dovrà riconoscere l'esistenza di

- **successione *mortis causa*** (di cui si occupa il libro del codice civile ora in analisi), ovvero di
- **successione *inter vivos*** (si pensi a questo esempio: Tizio acquista un bene da Caio; così facendo Tizio succede a Caio nella titolarità del suo diritto soggettivo).

La *ratio* della successione è molto semplice: **il nostro ordinamento non contempla la possibilità che un patrimonio rimanga senza titolare**. Una tale distinzione non è ancora sufficiente.

La successione dei diritti può avvenire:

- **a titolo universale**: quando si succede in posizione *indefinita* e *indeterminata* per *quota parte* del patrimonio sui rapporti *attivi* e *passivi* in capo al titolare del precedente;
- **a titolo particolare**: quando si succede subentrando in una posizione giuridica ben *definita* e *determinata*.

Bellandi Giuffrida

LA SUCCESSIONE *MORTIS CAUSA*

PREMESSE GENERALI

La successione *mortis causa* è una successione a titolo universale: chi può subentrare al *de cuius* è chiamato a succedere alla situazione giuridica di questi, che si trovava nei suoi confronti in una determinata posizione parentale. **Eccezionalmente** e ben specificamente **vi può essere anche una successione *mortis causa* a titolo particolare** ma solo e *in quanto voluto dal de cuius*. Colui che succede non lo fa solo nelle situazioni giuridiche soggettive attive ma anche in quelle passive: succede in diritti e in obblighi al *de cuius*. Alla morte della persona fisica il soggetto si estingue è opera il fenomeno della *vacatio* del patrimonio: l'ordinamento trova meccanismi per ovviare a questa situazione. Si conoscono tre forme di successione *mortis causa* a ciascuna delle quali corrisponde una determinata disciplina.

- **successione legittima**: si è chiamati a succedere con s.l. quando il *de cuius* non ha fatto testamento
- **successione testamentaria**: si è chiamati a succedere con s.t. quando il *de cuius* ha fatto testamento
- **successione necessaria**: si ha s.n. sia che il *de cuius* abbia redatto un testamento sia che non lo abbia fatto. La disciplina della successione necessaria è affidata a norme **imperative**. Tale successione tutela una cerchia *ristrettissima* di famigliari del *de cuius* che come tali devono succedere sia che egli lo avesse voluto sia che non lo avesse voluto. In breve, sia che il *de cuius* non abbia fatto testamento, sia che lo abbia fatto la categoria degli **eredi necessari** è sempre chiamata ad assumere una posizione sull'asse ereditario che si costituisce.

Bellandi Giuffrida

APERTURA DELLA SUCCESSIONE

In apertura del secondo libro ci viene detto quando si ritiene aperta la successione.

ART.456

La successione si apre al momento della morte, nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto.

La successione si apre con la morte e nell'ultimo domicilio del *de cuius*. Il *locus successionis* non è la residenza anagrafica del de cuius ma il domicilio, ossia **il luogo degli affari della persona**. La cosa non è del tutto ovvia: in primis perché residenza e domicilio possono essere diversificati; in secundis perché l'apertura della successione deve avvenire laddove il *de cuius* aveva la maggior parte delle sue attività giuridiche: tutti coloro che avevano a che

fare con il *de cuius* in vita, infatti, dovranno sapere dell'apertura della successione. **Per apertura della successione si intende il *dies a quo* il patrimonio X non ha più un titolare e deve trovarne un altro**: l'interprete sa che da quel giorno il patrimonio non è più imputabile alla persona che non esiste più. Con tale atto, il fatto naturale della morte diviene un fatto giuridico. Aperta la successione il primo compito dell'interprete è verificare che tipo di soluzione applicare: se non si trovasse un testamento si deve guardare alla successione legittima, e (naturalmente) necessaria.
Individuato il tipo di successione occorre esaminare tra il nucleo famigliare e **a seconda dei gradi di parentela chi dovrà essere chiamato a succedere**: in questa fase (*vocatio ad hereditatem*) i soggetti papabili non sono eredi ma solamente ***chiamati***. Il chiamato non è obbligato a succedere: **ha l'onere di verificare il patrimonio e la sua quota parte** e può anche rifiutarsi (cosa che capita spesso qualora il patrimonio sia in passivo). Qualora accetti, il chiamato diventa erede. Tra la chiamata e l'accettazione può decorrere un periodo abbastanza lungo: infatti, il chiamato ha tempo per accettare **fino a 10 anni**; nella mora si parla di ***eredità giacente.*** Dichiarata la giacenza dell'eredità **il giudice può nominare un curatore, che non succede nel patrimonio ma gestisce e amministra affinché il patrimonio giacente non si depauperi**.

L'EREDITÀ GIACENTE

Tra l'apertura della successione e la *vocatio ad hereditatem* può passare un periodo di tempo più o meno lungo, fatto salvo che il diritto del chiamato ad accettare la qualità di erede e con essa l'acquisto dell'eredità **si prescrive in 10 anni** se non in casi particolari. Nel tempo che intercorre, appunto, il patrimonio è vacante e poiché è inammissibile che resti senza un titolare che lo gestisca, il nostro ordinamento prevede il subentro dell'istituto della eredità giacente. Esso determina la nomina di un **rappresentante curatore** a cui vengono conferiti i poteri di compiere atti di ordinaria amministrazione, di gestione e di conservazione a che il patrimonio non si depauperi per inerzia o inattività.
La disciplina dell'eredita giacente si trova negli artt. 528-532 del codice civile, laddove è prevista una serie di compiti e di obblighi a cui il curatore è tenuto per una sana amministrazione dell'asse ereditario; solitamente i curatori sono scelti tra gli stessi che saranno i futuri eredi. Il curatore può chiedere al giudice di compiere un atto di straordinaria amministrazione, la cui autorizzazione deve essere valutata in base all'utilità dell'atto stesso. Peraltro al termine della gestione dell'eredità giacente il curatore deve presentare al giudice un **rendiconto** con il quale dimostra di aver gestito il patrimonio **nel rispetto dello scopo a cui la sua funzione era destinata**. Le norme e il codice civile si premurano di stabilire alcuni principi cardine entro i quali interprete deve muoversi nel mentre i chiamati attendono di sciogliere la loro riserva circa l'accettazione o meno dell'eredità.

Bellandi Giulinda

IL DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI

Abbiamo detto dei vari tipi di successione e dell'inderogabilità delle norme sulla successione necessaria che *necessariamente* concorrono a quelle della successione legittima e testamentaria. Un secondo principio cardine è quello del **divieto dei patti successori**. È fatto divieto a chiunque di *stipulare in vita accordi* che pianifichino una successione *mortis causa* per il futuro: il patto successorio, infatti, è quell'accordo che una persona prende con un'altra affinché dopo la sua morte alcuni beni o il suo patrimonio sia diviso in un certo modo. La *ratio* di questo divieto ha da individuarsi nel fatto che già l'intero libro II disciplina le successioni e la legge provvede alla ripartizione *post mortem* del patrimonio di una persona. L'eventuale accordo che qualcuno dovesse assumere per la destinazione del suo patrimonio dopo la morte sarebbe affetto da invalidità assoluta. Questo principio era assoluto e non ammetteva alcuna eccezione **fino al 2007**, anno in cui una legge speciale ha introdotto nella disciplina delle successioni *mortis causa* una deroga.

ART.458

Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi.

L'inciso iniziale è stata aggiunto dalla legge che ha introdotto il c.d. *patto di famiglia*, unica ipotesi che deroga al principio generale ed assoluto del divieto dei patti successori.

IL CHIAMATO ALL'EREDITÀ CHE SIA GIÀ IN POSSESSO DEI BENI

I destinatari del fenomeno della chiamata per successione *mortis causa,* se non vi sono disposizioni diverse ad opera del *de cuius,* sono tutti i parenti fino al VI grado. Questi tra l'altro potrebbero avere già la **disponibilità materiale** dei beni dell'asse ereditario: si pensi ad una famiglia in cui viene a mancare un genitore: i chiamati a succedere quasi sicuramente disporranno già della casa, pur non essendo ancora eredi. Nondimeno, non avendo ancora essi accettato l'eredità, **non possiamo dire che abbiano assunto la titolarità della proprietà sul bene**: il diritto di quella *quota parte* (dacché solitamente la casa è di proprietà per il 50% di entrambi i coniugi) è ancora giacente, senza un titolare. I chiamati sono invero in **una situazione di fatto**: hanno il possesso, ma non hanno la proprietà. Infatti, una cosa è la titolarità di una situazione giuridica soggettiva, altra cosa è la materialità di una forma espressione di appartenenza. Applicando il criterio della

Bellandi Giuffrida

conservazione istintivamente siamo portati a pensare che i chiamati anche da semplici possessori devono preservare i beni.

ART.460

Il chiamato all'eredità può esercitare le azioni possessorie a tutela dei beni ereditari, senza bisogno di materiale apprensione.
Egli inoltre può compiere atti conservativi, di vigilanza e di amministrazione temporanea, e può farsi autorizzare dall'autorità giudiziaria a vendere i beni che non si possono conservare o la cui conservazione importa grave dispendio.
Non può il chiamato compiere gli atti indicati nei commi precedenti, quando si è provveduto alla nomina di un curatore dell'eredità a norma dell'articolo 528.

L'articolo definisce la situazione di coloro che siano chiamati a succedere ma non abbiano ancora accettato. Gli atti conservativi permettono di tutelare il bene da un creditore esterno. La *ratio* sottostante a questa norma è di forte similitudine allo spirito del legislatore che mira a **conservare l'integrità dell'asse ereditario**. Così, ad esempio, quei figli che perdendo uno dei genitori si trovano ad essere chiamati a succedere, in attesa di accettare o rinunciare all'eredita non possono decidere di abbattere i muri della casa e farne altro uso perché si trovano solo nel possesso del bene e quindi *ex art 460* hanno il dovere di amministrare e vigilare lo stesso.

LA CAPACITÀ GIURIDICA COME REQUISITO PER LA SUCCESSIONE

È anche preoccupazione del legislatore, dato che si tratta di conferire un patrimonio in tutto o in quote parti ai chiamati, verificare che i chiamati a succedere abbiano per succedere **la capacità giuridica**. Si tratta di capacità giuridica (e non d'agire) perché ci stiamo domandando chi sarà titolare di quei diritti sulla quota, tanto che anche anche il nascituro è chiamato a succedere. Di conseguenza la distinzione attiene essenzialmente ad un fatto naturale che è già fatto giuridico per l'articolo 1 del codice, ossia la nascita.

ART.462

Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione.
Salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell'apertura della successione chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta.

Il concepito acquista i suoi diritti *subordinatamente* all'evento della nascita. Torna la rilevanza del fatto naturale della nascita. Il comma non a caso specifica *persone fisiche:* le persone giuridiche possono succedere *mortis causa* solo con delle particolarità. Per evitare ogni forma di abuso circa il concepito, il legislatore introduce la **presunzione di concepimento** nel secondo comma dell'articolo sopra riportato.

Bellardi Giuffrida

Allorquando il *de cuius* lo voglia, potrebbe in un testamento chiamare a succedere una persona non ancora concepita ma del cui concepimento auspica che avvenga a seguito del matrimonio di due persone viventi al momento della sua morte. Questa è una questione dibattuta: la persona destinataria di una disposizione del genere deve avere solo la capacità di concepire un figlio o deve anche essere sposata e vincolata giuridicamente? La Cassazione, presumendo che una prescrizione simile possa incidere sulla libertà personale del soggetto, in alcuni casi ha ritenuto nulla una simile disposizione. Stante ormai l'equiparazione dei figli naturali e legittimi il problema non si pone più, almeno fino a quando non sarà recepita in legge la *stepchild adoption*. La capacità di succedere *mortis causa* essendo parametrata al criterio della capacità giuridica è molto favorita dal legislatore. La discendenza e l'appartenenza e la parentela servono sostanzialmente perché il patrimonio resti il più possibile nella famiglia.

L'INDEGNITÀ A SUCCEDERE

Un'altra preoccupazione del legislatore è verificare che coloro che sono destinatari della chiamata non siano in una condizione di indegnità. I casi e le cause di indegnità sono espressamente indicate nell'art.463

ART.463

E' escluso dalla successione come indegno:
1) chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o il coniuge, o un discendente, o un ascendente della medesima, purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale;
2) chi ha commesso, in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio;
3) chi ha denunziato una di tali persone per reato punibile con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni, se la denunzia è stata dichiarata calunniosa in giudizio penale; ovvero ha testimoniato contro le persone medesime imputate dei predetti reati, se la testimonianza è stata dichiarata, nei confronti di lui, falsa in giudizio penale; 3-bis) Chi, essendo decaduto dalla podestà genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'articolo 330, non è stato reintegrato nella podestà alla data di apertura della successione della medesima.
4) chi ha indotto con dolo o violenza la persona, della cui successione si tratta, a fare, revocare o mutare il testamento, o ne l'ha impedita;
5) chi ha soppresso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata;
6) chi ha formato un testamento falso o ne ha fatto scientemente uso.

Si tratta di cause legate al rapporto tra il *de cuius* e il chiamato (il tentato omicidio, le disposizione che provocano la morte,chi ha perso la potestà genitoriale, ecc). Gli indegni possono invero riabilitarsi benché solo in casi eccezionali.

Bellandi Giuffrida

RAPPRESENTAZIONE E SOSTITUZIONE

Può accadere che il chiamato non possa o non voglia accettare. Se c'è una impossibilità ovvero una scelta di non accettare ha luogo un fenomeno molto strano nel modo di definirsi: la **rappresentazione** (da non confondersi con la rappresentanza). Per il fenomeno della rappresentazione, **possono essere indicati a succedere nella stessa identica posizione di chi non ha potuto o voluto i suoi ascendenti in linea retta**.

ART.467

La rappresentazione fa subentrare i discendenti nel luogo e nel grado del loro ascendente, in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità o il legato.
Si ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'istituito non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato, e sempre che non si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di natura personale.

I nipoti, dunque, subentrano nel grado e nel luogo del loro padre che era stato chiamato dal nonno a succedere e non ha potuto/voluto accettare l'eredità.
L'istituto della rappresentazione non sempre si applica automaticamente: può darsi che lo stesso *de cuius* abbia previsto che il suo chiamato non possa/ voglia accettare e abbia nominato un sostituto. In tal caso si è di fronte all'istituto della c.d. **sostituzione**. Viene così fatto salvo il principio del *favor testamenti* che regola tutta la successione.

L'ACQUISTO DELL'EREDITÀ

ACCETTAZIONE PURA E SEMPLICE

L'acquisto della eredità opera solo con la accettazione. L'accettazione implica *sempre* la **successione a titolo universale**. Nel caso in cui ci sia l'**accettazione c.d. *pura e semplice***, **l'erede risponde verso i terzi *ultra vires***, ossia si espone verso i creditori del *de cuius* anche oltre il valore della quota che sta ricevendo, con i propri beni personali.
Per l'accettazione è richiesta una forma solenne ovvero degli atti che lascino presupporre che il chiamato abbia accettato (*facta concludentia*). Immaginiamo che gli eredi presentino la dichiarazione di successione ai fini fiscali e seguano il pagamento di un debito del *de cuius*: in questo caso c'è l'accettazione **tacita** dell'eredità. Senza ulteriori specificazioni da parte del chiamato si presume che l'acquisto dell'eredità sia avvenuto in modo puro e semplice.

Pellanda Giuffrida

ACCETTAZIONE CON BENEFICIO DI INVENTARIO

Qualora l'erede non volesse rischiare di rispondere coi propri beni, potrebbe optare per la c.d. **accettazione dell'eredità con beneficio di inventario**. In questo caso l'erede risponderà non *ultra vires* ma **solo per la *quota* che ha ricevuto in eredità** (*intra vires*). Giova ripetere che sia in caso di accettazione semplice sia con beneficio di inventario la successione è sempre a titolo universale. L'accettazione con beneficio di inventario deve avvenire necessariamente in forma dichiarata, richiede sempre l'atto pubblico, la pubblicità presso il registro delle successioni ed una serie di formalità da seguire scrupolosamente (anche l'inosservanza di una o di un termine determina l'accettazione pura e semplice).

ART.484

L'accettazione col beneficio di inventario si fa mediante dichiarazione, ricevuta da un notaio o dal cancelliere del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione, e inserita nel registro delle successioni conservato nello stesso tribunale.
Entro un mese dall'inserzione, la dichiarazione deve essere trascritta, a cura del cancelliere, presso l'ufficio dei registri immobiliari del luogo in cui si è aperta la successione.
La dichiarazione deve essere preceduta o seguita dall'inventario, nelle forme prescritte dal codice di procedura civile.
Se l'inventario è fatto prima della dichiarazione, nel registro deve pure menzionarsi la data in cui esso è stato compiuto.
Se l'inventario è fatto dopo la dichiarazione, l'ufficiale pubblico che lo ha redatto deve, nel termine di un mese, far inserire nel registro l'annotazione della data in cui esso è stato compiuto.

Il chiamato prima di andare dal notaio deve **redigere l'elenco di tutte le poste attive e passive dell'asse ereditario** nelle forme previste dal codice di procedura penale. Il compito è **assai gravoso**: si pensi a cosa può accadere in una famiglia con patrimonio cospicuo. È importante la data dell'inventario: il patrimonio infatti non è statico e potrebbe aumentare nel momento in cui un debitore insolvente decida finalmente di sciogliere la propria obbligazione dopo la redazione dell'inventario.

ART.485

Il chiamato all'eredità, quando a qualsiasi titolo è nel possesso di beni ereditari, deve fare l'inventario entro tre mesi dal giorno dell'apertura della successione o della notizia della devoluta eredità. Se entro questo termine lo ha cominciato ma non è stato in grado di completarlo, può ottenere dal tribunale del luogo in cui si è aperta la successione una proroga che, salvo gravi circostanze, non deve eccedere i tre mesi.
Trascorso tale termine senza che l'inventario sia stato compiuto, il chiamato all'eredità è considerato erede puro e semplice.
Compiuto l'inventario, il chiamato che non abbia ancora fatto la dichiarazione a norma dell'articolo 484 ha un termine di quaranta giorni da quello del compimento dell'inventario medesimo, per deliberare se accetta o rinunzia all'eredità. Trascorso questo termine senza che abbia deliberato, è considerato erede puro e semplice.

Bellandi Giuffrida

Se il chiamato all'eredità è già in possesso dei beni e voglia il beneficio di inventario, egli ha un tempo massimo di 3 mesi per concludere le procedure, al termine dei quali, se non le ha portate a termine, viene considerato erede puro e semplice. Colui che procedesse prima a fare l'inventario addirittura ha solo 40 giorni per fare tutte le dichiarazioni.

ART.487

Il chiamato all'eredità che non è nel possesso di beni ereditari, può fare la dichiarazione di accettare col beneficio d'inventario, fino a che il diritto di accettare non è prescritto.
Quando ha fatto la dichiarazione, deve compiere l'inventario nel termine di tre mesi dalla dichiarazione, salva la proroga accordata dall'autorità giudiziaria a norma dell'articolo 485; in mancanza, è considerato erede puro e semplice.
Quando ha fatto l'inventario non preceduto da dichiarazione d'accettazione, questa deve essere fatta nei quaranta giorni successivi al compimento dell'inventario; in mancanza il chiamato perde il diritto di accettare l'eredità.

Se il chiamato all'eredità non è già in possesso dei beni, egli ha tempo 10 anni per dichiarare di voler accettare con beneficio di inventario. Nondimeno, dopo la dichiarazione ha tempo fino ad un massimo di 3 mesi per fare inventario e concludere le procedure ulteriori.
Generalmente il beneficio di inventario appartiene alla scelta discrezionale del chiamato, ma in due casi è obbligatorio:

1) qualora il chiamato a succedere sia **non capace di agire**
2) qualora siano chiamati a succedere delle persone giuridiche ovvero degli enti privati

LA RINUNCIA ALL'EREDITÀ

LA FORMA DELLA RINUNCIA

Così come può accettare l'eredità, il chiamato può anche rinunciarvi. La rinuncia deve altresì rivestire una forma pubblica ed essere ricevuta da un pubblico ufficiale, affinché tutti i terzi sappiano e siano al corrente del fatto che colui che sarebbe chiamato a succedere a titolo universale ha rinunciato al diritto. Ecco che intervengono la rappresentazione e la sostituzione. Tutte queste caratteristiche della parte generale sulle successioni si incroceranno e si applicheranno a seconda della situazione che si crea. La rinuncia opera senz'altro l'effetto di non considerare il chiamato successore a titolo universale, ma di lasciarlo appunto estraneo al fenomeno della successione *mortis causa*.

Bellandi Giuffrida

IL PRINCIPIO DELL'ACCRESCIMENTO

Nel rinunciare, la quota che in linea di principio sarebbe spettata al rinunciatario opera una sorta di **accrescimento** a favore degli altri chiamati a succedere. Se dunque il chiamato rinunzia alla successione opera l'accrescimento. Tale istituto trova la sua *ratio legis* ne mantenere il patrimonio del *de cuius* il più possibile all'interno della famiglia.

LA REVOCA DELLA RINUNCIA

La rinuncia all'eredità è **revocabile,** a condizione che nessuno degli altri chiamati abbia già accettato l'eredità e che terzi facendo affidamento non abbiano conseguito delle situazioni giuridiche soggettive sui beni facenti parte della quota.

Infatti, se coloro tra i quali subentrano al rinunciante accrescendo la loro quota ovvero acquistandola *ex novo* hanno generato nei terzi loro creditori la possibilità di soddisfarsi anche su quella parte del patrimonio oppure hanno a loro volta alienato beni conseguiti che terzi hanno acquisito in buona fede, questi non subiscono alcun pregiudizio. Si propone un esempio pratico: Tizio, chiamato a succedere, rinuncia alla sua quota parte, rappresentata da un appartamento; rinunciando acquistano l'eredità coloro che subentrano nel grado o per rappresentazione o per sostituzione o per accrescimento: se questi vendono l'appartamento dopo 15 giorni, il terzo acquirente non può essere pregiudicato da una eventuale revoca della rinuncia del primo erede. Tale principio è ben stabilito dall'art. 525

ART.525

Fino a che il diritto di accettare l'eredità non è prescritto contro i chiamati che vi hanno rinunziato, questi possono sempre accettarla, se non è già stata acquistata da altro dei chiamati, senza pregiudizio delle ragioni acquistate da terzi sopra i beni dell'eredità.

Da un lato si prevede la tutela dell'acquirente e la tutela di coloro i quali subentrano purché abbiano accettato. La regola che desumiamo è che la revoca produce gli effetti di far acquistare l'eredità al primo chiamato se coloro i quali subentrano a lui non abbiano ancora accettato l'eredità ed eventuali terzi subacquirenti non abbiano ricevuto diritti sulla quota.

Bellandi Giulia

SUCCESSIONE NECESSARIA

GLI EREDI LEGITTIMARI

La chiamata può avvenire o per legge o per volontà del *de cuius* mediante testamento. Nella forma della successione legittima la fonte della *vocatio* è la legge; nella forma della testamentaria è la fonte del de cuius. La successone *necessaria* è comunque inderogabile (affidata a norme imperative) anche se il *de cuius* volesse ignorarla. Con la successione necessaria sia le norme di legge sia le norme testamentarie devono misurarsi.
La successione necessaria è una forma di chiamata all'eredità **che conosce solo il sistema italiano** ed ha una *ratio* piuttosto controversa dacché limita le libertà del soggetto. La successione necessaria trova la sua ispirazione di fondo nella tutela molto forte che deve ricevere per il momento successivo alla morte della persona fisica il nucleo famigliare, ossia un cerchia ristretta di persone le quali secondo l'intenzione del legislatore non posso restare fuori. Tali persone sono **eredi legittimari (o necessari)**: il coniuge e i discendenti (figli legittimi, naturali, adottivi). I conviventi *more uxorio* non sono tra loro eredi legittimari benché abbiano una particolare disciplina. In mancanza di discendenti *e solo in mancanza di discendenza* gli eredi necessari sono anche gli **ascendenti legittimi** (genitori del *de cuius*).

LA QUOTA DI LEGITTIMA

La legge stabilisce che gli eredi legittimari (o necessari) hanno un **diritto irrinunciabile e inviolabile** ad una parte del patrimonio del *de cuius* (la c.d. **quota di legittima**). Di questo la disciplina tiene conto per previsione della legittima. Le norme sulla successione testamentaria presuppongono già che il testatore conosca la successione necessaria. Per conoscere a quanto ammonti nel caso particolare la quota di legittima si effettua la c.d. ***riunione fittizia***. Nella riunione fittizia si prende l'intero patrimonio del *de cuius*, si aggiungono le donazioni (perché si presume che se il *de cuius* mentre era in vita ha fatto donazioni abbia voluto beneficiare qualcuno a scapito di un erede necessario), si detraggono debiti e si calcola la quota di legittima attribuendo ad essa un valore che varia col variare del numero degli eredi necessari. Se il *de cuius* lascia solo il coniuge la quota di legittima sarà pari alla metà della riunonie fittizzia; se invece lascia il coniuge ed un figlio la quota di legittima sarà di 2/3 e 1/3. Immaginiamo che un patrimonio sia pari a 1000: il calcolo complessivo è fatto sulla base di una valutazione dell'intero patrimonio, sia passivo che attivo. Per stabilire la quota di legittima occorre procedere alla riunione fittizia: si ponga il caso che nel patrimonio già valutato il *de cuius* abbia donato 200 e abbia contratto 100 di debito: resterebbe un patrimonio di 900; la quota di riserva idealmente è pari a 450 deve essere

Bellandi Giuffrida

ripartita tra gli eredi necessari a seconda di quanti essi sono: se c'è solo coniuge a lui vanno tutti i 450; se c'è figlio la quota è ripartita a 2/3 1/3. Le porzioni sono sempre stabilite dalla legge: sui 450 il *de cuius* non potrebbe disporre nulla. Gli eredi necessari, lo sappiano o meno, non possono non essere chiamati a succedere.

IL CONCORSO TRA S. NECESSARIA E S. TESTAMENTARIA

Se il *de cuius* muore senza testamento sulla quota parte ha già disposto la norma. Sulla restante parte si applicheranno le norme della **successione legittima**. La successione legittima prevede una chiamata all'eredità per tutti i parenti del *de cuius* estesa **fino ai parenti del VI grado.** In questo caso gli eredi legittimari *concorreranno anche con il computo della successione a titolo di* ***eredi legittimi*** *sulla parte restante*. Se il concorso che si ha tra successione necessaria e successione legittima in linea di principio non pone un problema di conflitto stanti le precise norme in merito, viceversa il concorso che si ha tra la successione necessaria e la successione testamentaria (tra l'altro caso più frequente) crea diverse questioni. Accade molto spesso, infatti, che il testatore che rediga un testamento segreto ignori la successione necessaria violando quindi la quota di legittima. **Anche in questo caso la successione necessaria non è derogabile alla volontà del *de cuius*.**

L'AZIONE DI RIDUZIONE

Se la donazione fatta dal *de cuius* in vita ha leso la quota di legittima del patrimonio (si ricorda che nel computo fittizio finale eventuali donazioni sono comunque incluse nel patrimonio), gli necessari possono esperire un'azione di riduzione: agendo in giudizio, previo accertamento da parte del giudice, chiedono che con la stessa azione la loro quota venga reintegrata.
Se accolta dal giudice l'azione di riduzione andrà ad operare una **riduzione delle disposizioni lesive della quota di riserva**. L'azione di riduzione si prescrive in 20 anni e può essere esperita da chiunque degli eredi legittimari.
L'azione produce come effetto la conseguenza di cominciare a ridurre *in primis* le donazioni fatte in vita dal *de cuius* (in particolare quelle in prossimità della sua morte); successivamente si analizzano anche i legati che potrebbero ledere la quota parte. La sentenza emanata dal giudice dovrà ridurre tutte le disposizioni che in qualche modo abbiano provocato una lesione, comprese le donazioni anche se queste essendo state fatte in vita dal de cuius dovrebbero rimanere fuori dalle successioni *mortis causa*.
Le donazioni oggetto di riduzione sono in senso cronologico quelle più vicine alla morte fino alla meno recente (fatto salvo che non sia

Bellandi Giuffrida

intervenuta usucapione nel donatario) fino a quando la quota sia compensata.
A tal proposito giova chiarire che prima della stipula di un contratto di donazione, il notaio chiede sempre al donatore se è consapevole del fatto che tale donazione potrebbe essere oggetto di azione di riduzione e verifica che il resto del patrimonio del donatario sia sufficiente a integrare la quota di riserva in caso di morte dello stesso.
L'unica possibilità di donazione che non potrà mai essere oggetto di azione di riduzione si ha quando il bene viene donato **vent'anni prima della morte del *de cuius*** e sia quindi intervenuta su di esso la **usucapione (**addirittura con usucapione abbreviata basta che la donazione sia stata fatta almeno dieci anni prima della morte).

SUCCESSIONE TESTAMENTARIA

IL TESTAMENTO

Il testamento è un atto di volontà riservato e sconosciuto, a meno che non sia redatto in forma pubblica. Per non incorrere nel conflitto tra successione testamentaria e successione necessaria di cui si è detto sopra è bene che il testatore opti per la forma di testamento pubblico più solenne.
Infatti, il testamento come atto di ultima volontà del *de cuius* può prevedere disposizioni patrimoniali e anche non patrimoniali, che sono altrettanto tutelate in forza del principio del *favor testamenti*. Il *de cuius* ha la libertà di operare e decidere autonomamente **nel rispetto delle norme della quota di riserva**. Con il testamento la *vocatio ad hereditatem* potrebbe riguardare anche terzi estranei alla parentela col *de cuius.*

LE FORME DI TESTAMENTO

Ci sono tre forme di testamento:

- **Testamento olografo** (o privato), così detto perché scritto di proprio pugno dal testatore a mano, senza l'ausilio di mezzi elettronici (*autografo*), datato con giorno mese ed anno e sottoscritto. Il testamento olografo è conosciuto e conservato soltanto dal *de cuius*, con il rischio che alla sua morte non si trovi o sia perduto ovvero distrutto.
- **Testamento segreto**, che è già una forma di atto pubblico. Esso consta di tre fasi distinte: **redazione dell'atto** (che può anche essere fatta con mezzi elettronici), **sigillo della scheda testamentaria** e **consegna ad un notaio**. Il pubblico ufficiale dopo la consegna redige un verbale in cui attesta di aver ricevuto una scheda sigillata, descrivendone anche

Bellanti Giuffrida

l'apparenza. La data del testamento è quella **indicata nel verbale di consegna**.

- **Testamento pubblico,** che è la forma più solenne di testamento. Esso è *interamente* redatto dal pubblico ufficiale da cui il testatore si è recato dinnanzi a due testimoni (quattro nel caso il *de cuius* sia non vedente). Il notaio, ricevute le dichiarazioni di volontà, le rende in modo che siano **giuridicamente valide**: ne deriva che con il testamento pubblico difficilmente si possa verificare una lesione delle quote di legittima. Redatto il testamento l'atto viene sottoscritto dal notaio rogante, dai testimoni presenti e dal testatore. Diversamente da altri tipi di testamento esso contiene anche l'**ora** di redazione.

TESTAMENTI SPECIALI

Esistono invero anche alcuni tipi particolari di testamento, che non sono tuttavia comuni. Si tratta, infatti, dei testamenti che si fanno in occasioni di guerra ovvero su una nave e sono disciplinati in maniera a sé stante.

LA REVOCA DEL TESTAMENTO

Il testamento di qualunque tipo può essere *sempre revocato*: si segue il principio in forza del quale il testamento redatto per ultimo revoca quello precedente. **L'unica disposizione irrevocabile è quella relativa al riconoscimento di un figlio naturale:** se il *de cuius* riconosce un figlio nato fuori dal matrimonio e lo chiama come tale a succedere come erede necessario, un testamento successivo non potrebbe mai revocare tale riconoscimento.

Bellandi Giuffrida

LIBRO III. DELLA PROPRIETÀ

Bellandi Giuffrida

ALCUNE PREMESSE

IL PRINCIPIO CONSENSUALISTICO

Si è detto che il nostro sistema giuridico si basa sul principio consensualistico, in forza del quale per il semplice effetto del consenso tra le parti un diritto circola da un patrimonio all'altro, ovvero nasce *ex novo* nel patrimonio dell'acquirente. Dunque, se Tizio acquista da Caio un immobile, il diritto di proprietà già in capo a Tizio si circola e si trasferisce nel patrimonio di Caio; allo stesso modo, se Tizio proprietario di un'auto rimessa ha bisogno di passare in uno spazio non suo per entrarvi, stipulerà un accordo con il proprietario di tale spazio e così costituirà un nuovo diritto *ex novo*. Trasferimento e costituzione sono comunque ***effetti di un consenso manifestato***

Nell'articolo **1376** è sancito questo principio.

ART.1376

Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato.

Il fenomeno del consenso con effetti traslativi o costitutivi è tipico del nostro sistema e di alcuni altri. Peraltro, nella regione del Trentino Alto-Adige, e nelle province di Trieste e Gorizia vige un sistema differente, di cui per la ragione di trovarci nella zona interessata dovremo per forza dire.

IL PRINCIPIO TAVOLARE

Il regime del principio tavolare è contenuto in una legge speciale abbastanza risalente. In forza del principio tavolare **l'accordo raggiunto dalle parti non produce effetti traslativi o costitutivi, ma al contrario *produce solo obblighi per le stesse***. L'effetto traslativo, invero, sarà prodotto dall'istituto della pubblicità, ossia dal momento in cui le parti si recano presso l'ufficiale addetto alla compilazione del libro fondiario a comunicare il proprio intento (c.d. *intavolazione*).

LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI BENI MOBILI E I RELATIVI PROBLEMI

Come già ampiamente ribadito, il discorso fino a qui svolto è valido solo se applicato al trasferimento di diritti relativi ai beni immobili. Infatti, per i beni mobili si crea invece una ***voragine di problemi,*** dal momento che a prezzo di un mercato meno gessato il legislatore ha anteposto correre il rischio della

Bellandi Giuffrida

loro **libera circolazione**. I beni mobili infatti ***circolano liberamente***. A fronte del bilanciamento degli interessi in giuoco tra un regime bloccato dalla forma e uno invece svincolato da qualsiasi tipo di formalismo ancorché rischioso il legislatore ha scelto il secondo sistema, relegando agli interpreti la risoluzione degli invero numerosi problemi da questo derivante.
Nel libro III ciò che ci riguarda in maniera pregnante è questo modo di rinvenire le regole con cui districarsi in questo doppio regime. Faremo già delle incursioni del libro VI del codice, parlando dell'istituto della trascrizione e della intavolazione. Il libro III pur essendo dedicato alla proprietà disciplina anche i **diritti reali minori** e del **possesso**, una situazione di fatto abbastanza particolare.

DIRITTI REALI

LE CARATTERISTICHE DEI DIRITTI REALI

I diritti reali riguardano la sfera patrimoniale del soggetto, ossia quella serie di situazioni tutelate in capo al soggetto quando questi ha nel proprio patrimonio dei beni. Reali deriva da RES. Nel nostro sistema tali diritti sono tutti contemplati nel libro III del Codice civile, ma come struttura giuridica sono **situazioni giuridiche soggettive assolute**. Si tratta, in sostanza, di una categoria di diritti che ci deriva dal diritto romano quasi intatta nella sua disciplina, e che è caratterizzata da alcune prerogative che ne distinguono le peculiarità. Tali prerogative, tradizionalmente, sono:

a) **assolutezza**, in quanto opponibili *erga omnes*;
b) **tipicità**, in quanto costituiscono un numero chiuso e sono previsti esclusivamente dal legislatore. Non si possono creare diverse categorie rispetto a quelle diverse del legislatore, **nemmeno per via estensiva o interpretazione analogica**;
c) **inerenza** ossia, quel rapporto peculiare tra il diritto e il bene oggetto del diritto stesso; se non esistesse il bene non potrebbe esistere quel diritto; ogni diritto reale ha un rapporto di inerenza, quasi di osmosi con il bene su cui insiste;
d) **sequela**, in quanto il diritto reale su un bene segue il bene in qualunque patrimonio il bene vada a finire).

TIPICITÀ

Nell'ambito dei diritti reali si è soliti distinguere tra diritti di:

1) proprietà (*ius in rem propriam*), che comprendono anche l'elasticità del dominio;

Bellandi Giuffrida

2) godimento, caratterizzati per essere costituiti sulla proprietà altrui. Essi presuppongono che sul bene del proprietario qualcun altro eserciti un godimento e sono precisamente: **usufrutto, enfiteusi, servitù, superficie, uso, abitazione**.
3) garanzia, disciplinati nel VI libro, e sono **pegno** ed **ipoteca**, in qualità di garanzia del credito.

I diritti reali di godimento e garanzia, in quanto destinati a gravare sulla proprietà altrui sono altresì detti *iura in re aliena*.

PRESCRITTIBILITÀ

Tra i diritti reali, **solo la proprietà è imprescrittibile**, fatti salvi gli effetti dell'usucapione e degli altri modi di acquisto a titolo originario il diritto. La durata della esistenza dei diritti reali è di 20 anni e non 10 come tutti gli altri diritti.

PROPRIETÀ E DIRITTI REALI MINORI

Il rapporto che lega proprietà e diritti reali minori non è di genere a specie, ma piuttosto **inclusivo** ossia di **necessaria coesistenza**. Su questa relazione si tornerà in seguito.

IL DIRITTO DI PROPRIETÀ

L'IMPOSSIBILITÀ DI UNA DEFINIZIONE

Volendo dare una definizione del diritto di proprietà dovremmo sforzarci di trovarla nei nostri pensieri e nelle nostre personali concezioni dacché il legislatore ha preferito non definire tale diritto. Piuttosto egli ha declinato il contenuto del diritto di proprietà nell'articolo 832, al quale da ora spesso ci riferiremo.

ART.832

Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

DA *SIGNORIA PIENA* AL LIMITE DELLA *FUNZIONE SOCIALE*

L'evoluzione storica del diritto di proprietà è grandemente rilevante per capirne il punto d'arrivo. Nello Statuto Albertino (1848) la proprietà era considerata come un **diritto personalissimo**, e come tale intoccabile, inviolabile, e che attribuiva al titolare una ***signoria piena ed esclusiva*** **rispetto a tutto il resto dei consociati**, da esercitarsi mediante anche un ***potere assoluto***: la definizione risentiva dello spirito dei tempi, che tendeva a distinguere nella società una classe borghese proprietaria di terre e una

Bellandi Giuffrida

classe sociale nullatenente. Oltretutto, il diritto di proprietà nel codice civile del 1865 era ancora visto come *signoria piena ed esclusiva* e in fondo ancora nel codice vigente rimane a suo proposito qualche notazione di diritto a sé stante e stigmatizzante una posizione socialmente di differenza.
Nondimeno, tra la concezione precodicistica e quella attuale si può dire che sia avvenuta una vera rivoluzione in merito a tale «terribile diritto»(come veniva da molti definito). Come si può intuire il principale evento che ha mutato le carte in tavola è stato l'avvento della Costituzione repubblicana, che ha individuato meglio i contorni del diritto di proprietà e della funzione che esso deve avere. A dire il vero, già il codice del 1942 prima della Costituzione, aveva fatto dei passi avanti perché aveva delineato dei **limiti all'esercizio del diritto di proprietà**, individuati nell'interesse dei privati ovvero nell'interesse pubblico (si pensi ai rapporti di vicinato, al limite della osservanza delle distanze, alla gestione dei diritti su cose mobili). Nella Costituzione, all'articolo 42 la vecchia concezione del diritto di proprietà si snatura ulteriormente. Si stabilisce che esso **debba essere rapportato alla funzione sociale**: dunque, se io sono proprietario di un terreno ed esso viene all'attenzione della Pubblica Amministrazione, perché in quel luogo è più opportuno passi una strada, in ragione di questa funzione sociale la stessa Pubblica Amministrazione può espropriarmi per realizzare il proprio scopo

ART.42 COSTITUZIONE

La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.
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
La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.
La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.

Al primo comma l'articolo stabilisce che possa esistere anche la proprietà pubblica.
Nel secondo comma il legislatore si preoccupa di dire che l'ordinamento può tutelate e proteggere il diritto determinandone i modi di acquisto e di godimento affinché nessuno abusi del proprio diritto, ma anche stabilendo dei limiti assicuranti una funzione sociale. Il costituente indica la *ratio* di tutte le norme ordinarie che si occupano dei limiti. Da diritto individuale e inviolabile c'è una sorta di capovolgimento concettuale. La funzione sociale della proprietà ha generato una produzione di leggi speciali attraverso cui si è potuto fare in modo che lo Stato e la Pubblica Amministrazione procedessero

Bellandi Giuffrida

ad espropri quando fosse sorto un pubblico interesse. Ovviamente il proprietario perde il diritto reale ma prende indennizzo al valore stabilito dalla stessa legge.

NEL CONTESTO EUROPEO

Le forme giuridiche di appartenenza, dunque, possono essere di diversi tipi e non solo implicanti la proprietà.
Il diritto di proprietà nei vari sistemi giuridici non sempre è concepito come da noi: i paesi anglosassoni ad esempio hanno una concezione molto diversa; nelle stesse Carte europee, modello di fonti interposte tra Costituzione e leggi ordinarie appare un'idea diversa, tanto che le Corti quando si tratta di vagliare i limiti dei poteri di godimento non sempre si riferiscono alla norma italiana. È sorto un dibattito a seguito di una recente sentenza della Corte di Giustizia a proposito di una controversia nata in Italia tra un cittadino espropriato e la Pubblica Amministrazione stessa, dove si è affermato un diritto del proprietario riecheggiante piuttosto il contenuto ormai abbandonato di inviolabilità assoluta (si veda quanto detto all'inizio in merito alla teoria dei controlimiti).

DIRITTO DI PROPRIETÀ E DIRITTI REALI DI GODIMENTO

Nel nostro discorrere si è lasciata prima irrisolta la questione del rapporto che intercorre fra diritto di proprietà e diritto reale minore. **In tanto esistono i *iura in re aliena* in quanto esiste il diritto di proprietà**: è, infatti, chiaro che non si può costituire un diritto di servitù su uno spazio se non c'è la proprietà su quello stesso spazio. I diritti reali di godimento, dunque, esprimono dal punto di vista contenutistico **solo una parte del contenuto completo del diritto di proprietà**. Se si guarda all'articolo 832 cod civ si vedrà che esso stabilisce che il proprietario ha il «potere di godere e di disporre»: non vi sono indicate le modalità con cui questo debba avvenire: si può pensare che una modalità di esercizio su un bene è anche quella di distruggere lo stesso. I diritti reali di godimento, che invece sono su cosa altrui, presuppongono la proprietà. Usufrutto, superficie, enfiteusi possono esistere se e in quanto qualcun altro ha un diritto di proprietà sul bene su cui gravano. Si propone un esempio con la servitù: Tizio ha un garage sotterraneo e l'unico modo per accedervi è passare per il cortile di proprietà di Caio; Tizio può chiedere a Caio ed ottenere la **costituzione di una servitù di passaggio**, ma perché ciò avvenga è evidente che il presupposto sia la proprietà di Caio. I diritti reali di godimento rappresentano e hanno come contenuto il **potere di comprimere o limitare in tutto o in parte il diritto di proprietà di altri**.

Bellanoi Giuffrida

L'ELASTICITÀ DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ

Il proprietario di una *res* può costituire un diritto reale di godimento, che comprime il diritto di proprietà stesso. Nel caso dell'usufrutto, addirittura, si parla di usufrutto da un lato e di **nuda proprietà** dall'altro. Il vantaggio di una situazione simile è che alienandosi non il diritto di proprietà ma solo il godimento l'acquirente paga molto di meno. L'interesse del proprietario che comprime il proprio diritto con usufrutto ovvero con altro diritto di godimento si ha perché **i diritti reali minori di godimento soltanto a tempo, ovvero durano quanto la vita dei loro titolari**. Per il principio dell'elasticità del diritto di proprietà, estinguendosi il diritto reale minore gravante su di essa, la proprietà torna ad espandersi nuovamente senza bisogno di alcuna azione giudiziale.

Se valutiamo il contenuto dei diversi diritti reali minori vedremo che essi hanno sempre come comune denominatore i**l potere di godere del bene**. Ciascuno poi si caratterizza per una particolarità sua propria: l'usufruttuario, ad esempio, assume l'obbligo di rispettare la destinazione economica del bene di cui usufruisce; il diritto di servitù concede il godimento a chi ne beneficia ma solo se è supportato dalla necessità della utilità di creare quel peso sul fondo del proprietario; per la superficie ci sarà la particolarità di avere una doppia configurazione del diritto stesso.

Diversamente da quanto avviene nell'ordinamento italiano nel sistema anglosassone in realtà il diritto di proprietà e quello di superficie quasi vengono a coincidere.

IMPRESCRITTIBILITÀ

Il diritto di proprietà non si prescrive mai; invero, anche il *non uso* si considera come una facoltà in capo al proprietario

Bellandi Giuffrida

IL POSSESSO

DEFINIZIONE

Diversamente da quanto accade per la proprietà, del possesso è data una **nozione normativa** all'articolo 1140 cod civ[3]

ART.1140

Il possesso è il potere 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.

---

[3] La prof.ssa Pasquino invita a imparare a memoria l'articolo in questione

Il possesso dunque ***NON È UN DIRITTO*** **ma una situazione di fatto**. Nell'interpretare l'articolo 1140 è bene ricordare che la locuzione «corrispondente all'esercizio di proprietà» non significa "identificantesi col diritto di proprietà". Il possesso, infatti, si compone di una manifestazione esteriore di potere corrispondente all'esercizio di proprietà o di un diritto reale minore. Possesso e proprietà **non necessariamente coincidono**. Il possesso non è una situazione giuridica attiva di tipo reale: può apparire come tale e quando ciò avviene situazione giuridica e situazione di fatto coincidono.
Il potere che si manifesta con un comportamento darà modo all'interprete di capire di che tipo di situazione soggettiva parliamo. Molto interessante è anche il secondo comma, che in due sole righe precisa una varietà di situazioni le quali saranno individuabili come le **diverse situazioni possessorie**. Bisogna perciò subito distinguere quelli che per il linguaggio comune sono termini sinonimi «.possesso» e «detenzione».

LE SITUAZIONI POSSESSORIE

Leggendo nell'insieme i due commi dell'articolo 1140 e volendo trarre un principio dovremmo dire che nel nostro sistema sono conosciute e tutelate delle situazioni di fatto corrispondenti a situazioni possessorie, le quali consistono proprio nel potere che si esercita su una cosa e che possono contemplare o una situazione di fatto pienamente possessoria ovvero una situazione di fatto per cui si ha la mera consapevolezza di possedere ovvero la mera materialità della cosa.

- **Possesso pieno** (*corpus* e *animus*), di cui ci dà nozione il primo comma: si tratta di un possesso che è composto sia dalla materiale detenzione della cosa (*corpus*) su cui si esercita il potere sia dal convincimento di volerlo esercitare (*animus possidendi*);
- **possesso virtuale** (solo *animus*): si tratta di un possesso, sia solo con *animus* e non col *corpus.* Si pensi al locatore che dà in affitto il proprio appartamento: egli non perde il suo possesso a favore del locatario, ma esso da pieno diviene virtuale, in quanto il locatore non ha la mera disponibilità della cosa.
- **detenzione** (solo *corpus*): si tratta di una situazione possessoria in cui si ha la mera disponibilità della cosa purtuttavia con la consapevolezza che la stessa appartiene ad un altra persona, la quale ne ha appunto il possesso virtuale. Nell'ambito della della detenzione si distingue tra **detenzione semplice** (occasionale e momentanea situazione di appartenenza) e **detenzione qualificata** (quando la materiale disponibilità deriva da un titolo ossia dal contratto).

Bellanti Giuffrida

LA DIFESA DEL POSSESSO

Il possesso è tutelato con delle situazioni specifiche. Il possessore infatti può esperire **l'azione di reintegrazione (o di spoglio)** ovvero **l'azione di manutenzione**.

- **L'azione di reintegrazione** (che si prescrive in un anno) è per certi versi più vantaggiosa dell'azione di rivendicazione (peraltro imprescrittibile): quando si instaura un giudizio di rivendicazione il proprietario ha su di sé l'onere di dimostrare il titolo da cui proviene il suo diritto (*probatio diabolica*), mentre n**ell'azione di reintegrazione il possessore non ha alcun onere probatorio (può limitarsi al «*possideo quia possideo*»)**. Il possessore che è stato spogliato del bene che possedeva si rivolge al giudice chiedendo la reintegrazione del bene: se chi l'ha spogliato era il legittimo proprietario, questi avrà l'onere di dimostrarlo con la probatio diabolica, altrimenti viene censurato dal sistema giuridico. Ad esperire la azione di reintegrazione può anche essere il detentore, purché qualificato.
- L'azione di manutenzione viene **concessa** al possessore di **bene immobile** che lo possieda da almeno un anno, qualora egli venga disturbato con molestie di fatto (ad esempio il vicino che comincia a tagliare i rami del suo albero).

Mentre il giudizio petitorio è affidato al rito ordinario, l'azione in possessorio si instaura seguendo un rito speciale, molto più veloce. Quando il proprietario è anche il possessore spesso sceglie di agire con il petitorio.

CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI SUI BENI

PREMESSA GENERALE

L'ottica con cui ci interessiamo alle diverse situazioni di appartenenza è volta alla comprensione del regime di circolazione dei beni. Fermo restando quanto detto, a seconda del tipo di bene, noi dobbiamo distinguere a seconda delle modalità di acquisto dei diritti sulle cose. Il principio del consenso si fonda su un accordo traslativo: nondimeno nel nostro sistema non si conoscono solo modi di acquisto dei diritti reali per effetto esclusivo del consenso: anzi in alcune realtà rurali e fino a qualche decennio fa il modo più antico di acquisto di un diritto prescindeva dall'elemento dell'accordo. Distingueremo allora tra **modi di acquisto della proprietà a titolo originario** e **modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo**.

Bellandi Giuffrida

MODI DI ACQUISTO DELLA PROPRIETÀ A TITOLO ORIGINARIO

Rimasti praticamente immutati dal diritto romano, i modi di acquisto della proprietà a titolo originario *ex art.* 992 cod. civ. sono:

a) occupazione
b) invenzione
c) accessione
d) specificazione
e) unione o commistione
f) usucapione
g) «possesso vale titolo» di beni mobili

MODI DI ACQUISTO DELLA PROPRIETÀ A TITOLO DERIVATIVO

I modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo, come si è detto sopra, comportano una *successione* di diritti che avviene *inter vivos*.
Anche nel l'acquisto di beni mobili può esserci l'accordo traslativo: in questo caso si è fatto un acquisto a titolo derivativo.
L'acquisto a titolo derivativo può essere:

a) **traslativo**, quando avviene con mera traslazione
b) **a titolo derivativo-costitutivo**, quando il diritto sorge nel patrimonio dell'acquirente nascendo *ex novo*.

L'USUCAPIONE

IL MODO PIÙ DIFFUSO

Il modo di acquisto a titolo originario più diffuso nonché consolidante è quello della usucapione, che si fonda sul **possesso pieno** e <u>mai sul possesso virtuale ovvero sulla detenzione</u>.

I REQUISITI

Sussistono precisi presupposti per l'acquisto tramite usucapione che è bene elencare:

a) **possesso pieno**, di cui si è già detto. Peraltro non rileva ai fini dell'acquisto se tale possesso sia in buona fede ovvero in mala fede
b) **decorso del tempo**: a seconda che si tratti di acquisto che venga fatto su bene mobile o immobile è necessario decorra un tempo che varia. L'**usucapione per i beni immobili** prevede che il possesso debba portarsi per almeno 20 anni L'usucapione per i beni mobili prevede che il

Bellandi Giuffrida

possesso debba variare tra i 5 e i 10 anni (in forza anche di alcune leggi speciali, che hanno costituito la c.d. *usucapione abbreviata*)

c) **non interruzione del possesso**: il legislatore vuole che il possesso pieno non sia solo una situazione di fatto disinvolta, meramente manifestata come esercizio di potere nella sua fenomenologia: nell'arco di tempo prescritto dalla norma per l'acquisto del diritto quel tipo di possesso pieno deve essere stato **ininterrotto** e **esercitato con il convincimento corrispondente all'*animus* di chi nei confronti del bene sarebbe stato proprietario**.

Sussistendo dunque questi presupposti si crea una situazione giuridica prima inesistente nel patrimonio del soggetto si costituisca *ex novo*.

IL RICONOSCIMENTO

L'intervenuta usucapione si riconosce o mediante **azione del possessore** ovvero mediante **eccezione del possessore**, quando questi sia convenuto in un processo di rivendicazione. In entrambi i casi la sentenza di usucapione se si tratta di bene immobile può essere trascritta. Invero, se convenga riconoscerla da attori oppure attendendo di essere convenuti dipende dal caso specifico, posto che agire comporta comunque un costo: tendenzialmente se si tratta di un bene mobile di valore medio non è utile esperire un azione; diversamente si avrebbe tutto l'interesse a farlo qualora si tratti di un bene immobile: la scelta è rimessa comunque al possessore.

LA PUBBLICITÀ PER L'USUCAPIONE DI BENI IMMOBILI

Per l'usucapione i beni immobili deve considerare il caso in cui più persone acquistino il bene nello stesso momento. Si propone un esempio tratto da quello che successe assai spesso durante le grandi epoche di migrazioni: un fondo è di proprietà di Tizio, il quale emigra all'estero e non torna per molto tempo; il diritto di proprietà di un bene invero non si prescrive mai (anche il non uso è una facoltà del proprietario), tuttavia, su questo fondo Caio "amichevolmente" comincia a coltivare e man mano che passa il tempo a fronte dell'inerzia del l'esercizio del diritto da parte del titolare continuava ad usare e godere di quel bene come se fosse stato lui il proprietari con un possesso pieno, consapevoli nel fatto che nel frattempo avrebbero maturato usucapione; accade che di ritorno dopo trent'anni Tizio titolare del diritto di proprietà su quel bene lo rivendicava; in tal caso chi era stato possessore per più di venti anni, costituendosi in giudizio, eccepiva l'intervenuta usucapione per essersi comportato come proprietario. Questo faceva nascere nel patrimonio del possessore non più solo una situazione di fatto ma una situazione giuridica soggettiva. Nondimeno, la situazione quasi mai era tanto

Bellandi Giuffrida

semplice: spesso un terzo interveniva facendo presente di essersi comportato come proprietario ugualmente a Caio. Per evitare che ciò avvenga colui che intende vedersi riconosciuta l'usucapione meditante l'esercizio di fatto deve anzitutto assicurarsi (mediante azione ovvero eccezione) la sentenza di intervenuta usucapione, con la quale si precostituisce un titolo con cui andare presso il conservatore dei registri immobiliari e chiedere la **vicenda costitutiva del diritto**.
Per i beni mobili, stante l'uguaglianza dei requisiti visti sopra salvo per il diverso decorso del tempo, non si richiede un regime di pubblicità: usucapione si esercita di fatto: qualsiasi problematica avrà risoluzione giudiziale

POSSESSO VALE TITOLO

IL POSSESSO DI BUONA FEDE DI BENI MOBILI

Per i beni ***mobili*** il possesso produce un altro effetto ulteriore all'usucapione. Si tratta della cosiddetta regola del ***possesso vale titolo,*** che è alla base dell'acquisto del diritto di proprietà a titolo originario

ART.1153

Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà.
La proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell'acquirente.
Nello stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, di uso e di pegno.

Partiamo da un esempio: io alieno il libro che ho in mano ad un terzo, con un prezzo di 19€; l'acquirente dal suo canto non si preoccupa di verificare se il sottoscritto *tradens* era o meno proprietario della cosa; quando però il legittimo proprietario vede il libro in mano all'acquirente lo chiede indietro; il principio di 1153 stabilisce che **se chi *non* è proprietario di un bene mobile lo aliena ad altri con un titolo (contratto) astrattamente idoneo a trasferire la proprietà e l'altra parte in buona fede e ne prende il possesso, costui acquista la proprietà del bene.**

I REQUISITI

Perché operi questo principio è necessario che ricorrano alcuni presupposti:
a) alienazione *a non domino*
b) un bene mobile come oggetto
c) buona fede **soggettiva** dell'acquirente (ex art. 1147 cod civ)

Bellandi Giuffrida

d) conseguimento del possesso pieno dell'acquirente

L'ACQUISTO È A TITOLO ORIGINARIO

Se la questione stanti questi principi finisse davanti ad un giudice verrebbe il possesso vale titolo. Per questo difficilmente si sceglie la usucapione per beni mobili, se non quando i beni si sono occupati o materialmente presi. Per i beni mobili il privilegio per quel sistema di circolazione più snello e più dinamico può far prevalere una situazione di fatto su una situazione di giuridica appartenenza. Questo tipo di acquisto è a titolo originario perché come per l'usucapione si consegue solo per **effetto del possesso.** Il titolo idealmente valido a trasferire la cosa non rileva, dacché si tratterebbe di un contratto *a non domino*.

LA BUONA FEDE SOGGETTIVA

Si è detto sopra che l'acquisto per «possesso vale titolo» ha come requisito la buona fede dell'acquirente. La buona fede deve consistere nella **ignoranza di ledere un diritto altrui**.

ART.1147

E' possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave.
La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto.

Ora, se fossimo l'avvocato del legittimo proprietario potremmo eccepire la colpa grave dell'acquirente, che vuole riconoscere il possesso vale titolo per bloccare la sua pretesa. A sua volta, l'acquirente potrebbe dimostrare di aver commesso soltanto una colpa lieve (negligenza, imperizia, imprudenza).
La buona fede è **presunta** e deve esserci solo al momento dell'acquisto. Il vero proprietario ha l'**onere** di dimostrare o la malafede o la colpa grave.

UN CASO PARTICOLARE

Per «possesso vale titolo» può verificarsi una fattispecie invero assai particolare.

ART.1153

Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà.
La proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell'acquirente.
Nello stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, di uso e di pegno.

Bellandi Giuffrida

In linea di principio l'acquirente potrebbe anche acquistare da colui che illegittimamente ha preso la cosa (ossia dal ladro che fa ricettazione). Tale caso è tutt'altro che straordinario: si verifica con particolare frequenza nelle televendite, dove il materiale venduto spesso proviene da ricettazione.

DIRITTI REALI MINORI

La prof.ssa Pasquino assegna la parte relativa ai diritti minori all'autonomia degli studenti, delineando soltanto qualche linea guida.

CARATTERISTICHE GENERALI

I diritti reali di godimento sono tipici, a numero chiuso, strutturalmente sotto forma di diritti soggettivi assoluti. Anche loro sono caratterizzati da **assolutezza**, **realità** (stretto rapporto tra situazione giuridica soggettiva e il bene), **inerenza** (altra faccia della medaglia della realità, indicante un rapporto tra situazione giuridica disegnata dal legislatore in una fattispecie e il bene che costituisce l'oggetto del diritto, come se si prescindesse da chi ne è titolare).

LE SERVITÙ

DEFINIZIONE

Per capire bene il diritto di servitù bisogna dimenticarsi dei soggetti che alla fine ne beneficiano. La disciplina sulla servitù è tutta improntata al rapporto di utilità e servizio che esiste tra fondi: il beneficio dei titolari è solo un **effetto indiretto**.

ART.1027

La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario.

Uno dei principi di base delle servitù, dunque, è che i fondi appartengano a proprietari diversi (si parla appunto di ***doppia inerenza reale***). In merito alle servitù è utile ricordare il brocardo latino «praedia vicina debent esse» (*it.* i fondi devono essere vicini). Un esempio in cui è necessaria la costituzione di una servitù su fondo altrui potrebbe essere rappresentato da un pezzo di terra intercluso tra tanti altri fondi di proprietari diversi, che non ha un accesso libero alla strada.
Il legislatore definisce anche l'utilità.

Bellandi Giulfrida

ART.1028

L'utilità può consistere anche nella maggiore comodità o amenità del fondo dominante. Può del pari essere inerente alla destinazione industriale del fondo.

MODI DI COSTITUZIONE

Le servitù possono costituirsi:

a) per obbligo di legge (c.d. servitù coattive)
b) per volontà dell'uomo
c) per usucapione
d) per destinazione del padre di famiglia.

Vedremo di seguito quelli più interessanti, lasciando i rimanenti allo studio autonomo.

- **Servitù coattive:** per la posizione del fondo (anche se c'è un rifiuto del proprietario del fondo che dovrebbe diventare servente) ci si può rivolgere al giudice chiedendo **la costituzione di un diritto di servitù**. Le servitù coattive possono anche essere costituite, oltre che in via giudiziale, **dalla legge**: si pensi ai tralicci della luce messi sui fondi dei privati.
- **Usucapione**: possono costituirsi per usucapione solo le **servitù apparenti** (servitù di passaggio, servitù di non elevare un muro). Le altre non possono invece essere costituite per usucapione: è, infatti, difficile capire chi abbia il possesso delle servitù non apparenti
- **Destinazione del padre di famiglia**. Il *de cuius* può stabilire per testamento la costituzione di servitù. Si pensi al caso in cui un fondo lasciato in eredità sia da dividere *pro quota* tra i coeredi: se in una delle quote è presente un opera (ad es. un pozzo) che serve a tutti gli altri, viene su di essa costituita una servitù. In questo modo, dunque, si prevede il vantaggio di coloro i quali vengono ad essere penalizzati per la divisione. Qualora, ad esempio, il condividente dovesse in qualche modo impedire ovvero rendere più difficile l'accesso nella propria parte, gli altri hanno la possibilità di rivolgersi al giudice e senza dover dimostrare l'esistenza di un titolo, ma anche facendo solo riferimento alla destinazione del padre di famiglia, risultare vincitori. Si veda a tal proposito l'articolo 1062[4].

Bellandi Giuffrida

---

[4] ART. 1062. DESTINAZIONE DEL PADRE DI FAMIGLIA«La destinazione del padre di famiglia ha luogo quando consta mediante qualunque genere di prova, che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi ha posto o lasciato le cose nello stato dal quale risulta la servitù.
Se i due fondi cessarono di appartenere allo stesso proprietario, senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa si intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati»

LA SUPERFICIE

DEFINIZIONE

La superficie è un diritto reale di godimento invero assai particolare.

ART.952

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.

ALCUNI ESEMPI PRATICI

Si propongono alcuni esempi pratici per meglio comprendere il concetto del diritto di superficie.
Immaginiamoci un condominio: il suolo su esso cui sorge è di un proprietario, che ha costituito un diritto di superficie, attraverso il quale ha permesso una costruzione a favore di altri. Dunque, mentre il diritto di proprietà del suolo rimane al proprietario, ciascuno dei condomini è invece titolare al contempo sia del diritto di proprietà del proprio appartamento, sia di un diritto di superficie sul suolo, senza il quale l'appartamento non esisterebbe; diremo allora che i due diritti (di proprietà del suolo e di superficie) sono distinti.
Proponiamo un altro esempio: Tizio è proprietario di un terreno, sul quale l'imprenditore Caio vorrebbe costruire un capannone; se Tizio concede un diritto di superficie all'imprenditore, alla fine della costruzione, Caio avrà il diritto di proprietà sul capannone costruito e il diritto di superficie sul suolo di Tizio. Ci si potrebbe allora chiedere quali vantaggi abbia Tizio: invero, potrebbe ricevere un tot di soldi all'anno; ovvero l'interesse potrebbe essere costituito dal fatto che, cessato il diritto di superficie, per il principio dell'accessione Tizio proprietario del suolo acquisti anche il capannone.

DIRITTO DI SUPERFICIE E DIRITTO DI PROPRIETÀ

Da un solo bene vengono fuori due diritti. In altri ordinamenti questa cosa non può esistere. Lo schema del diritto di superficie è molto praticato quando si tratti di esercitare il diritto di costruire (*ius aedificandi*): per edificare c'è bisogno di suolo e quando il proprietario di materiali non lo ha può costituirsi un diritto di superficie su un suolo altrui anche tempo illimitato (*durata della*

Bellardi Giuffrida

stessa costruzione), e ciò assimila il diritto di superficie al diritto di proprietà. Al momento in cui si estingue il diritto di superficie la proprietà dell'edificio costruito può accedere al suolo; eventualmente la proprietà della costruzione può essere alienata.

Bellandi Giuffrida

LIBRO VI. DELLA TUTELA DEI DIRITTI

Bellandi Giuffrida

Del libro VI del Codice civile interessano il corso di Istituzioni di Diritto Privato I esclusivamente gli istituti della prescrizione, della decadenza (con i quali si misura il tempo che l'ordinamento concede a ciascuno prima che il diritto di cui è titolare si estingua) e della trascrizione.

LA PRESCRIZIONE

DEFINIZIONE E REQUISITI ESSENZIALI

Il termine p*rescrizione* equivale ad ***estinzione***. Il principio generale che sta alla base di tutta questa disciplina, caratterizzata da norme **di ordine pubblico dunque inderogabili e non disponibili,** si trova disciplinato nel libro VI del Codice civile alla tutela giurisdizionale dei diritti. Queste norme sono tutte preordinate alla tutela dei titolari dei diritti, affinché essi non perdano gli stessi. La prescrizione opera con il combinato disposto di due elementi:

- **inerzia del titolare di un diritto**,
- **decorso del tempo**

Questi due elementi, dunque, provocano l'estinzione del diritto stesso.

DIVERSI TIPI DI PRESCRIZIONE

Invero, vi sono alcuni diritti imprescrittibili, come i diritti di personalità, il diritto di proprietà, alcune azioni a tutela dello *status*, ecc. Il principio generale è che **in assenza di precise indicazioni del legislatore i diritti si prescrivono**. Il tempo della prescrizione **decorre dal momento in cui i diritti possono essere esercitati**. Circa i termini distinguiamo tra:

- **prescrizioni brevi:** caratterizzanti norme specifiche, come il diritto di ottenere risarcimenti per danno avvenuto per incidente in auto che si prescrive in due anni;
- **prescrizioni lunghe**: specifiche di particolari diritti reali di godimento e di garanzia;
- **prescrizioni ordinarie**: applicate laddove il legislatore non prevede nulla: in questo caso il diritto si prescrive in 10 anni.

L'ECCEZIONE DI PRESCRIZIONE

Si deve fare molta attenzione: quando si agisce per la tutela di un diritto eventualmente prescritto, in giudizio **la controparte potrebbe eccepire l'estinzione e ciò impedirebbe al giudice di entrare nel merito**. L'eccezione di prescrizione "taglia la testa al toro": il giudice non può che prenderne atto.

Bellandi Giuffrida

Nondimeno vi sono due istituti che, all'interno della prescrizione, operano in maniera tale da neutralizzare gli effetti estintivi della stessa: si tratta della ***sospensione*** e della ***interruzione***.

INTERRUZIONE DELLA PRESCRIZIONE

Immaginiamo che Tizio abbia un diritto di credito verso Caio: normalmente tale diritto segue prescrizione decennale ordinaria. Il *dies a quo* decorre dal giorno in cui il diritto poteva essere esercitato. Il decorso del tempo, grazie a sospensione o interruzione può essere però condizionato.
L'interruzione della prescrizione è una forma di condizionamento del termine prescrizionale in base alla quale, in forza di un atto di riconoscimento del diritto stesso, il titolare fa valere tale diritto al destinatario; facendo così il termine si interrompe e si crea una frattura al decorso del tempo già avviato. Nell'esempio sopra proposto, il nostro creditore dopo due anni farebbe bene a scrivere una lettera[5] al suo debitore in cui afferma di aspettare ancora i soldi: questo atto è il modo di far valere il diritto e sposta alla data della lettera il *dies a quo* decorre da capo la prescrizione.

SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE

Viceversa la sospensione non opera come l'interruzione. Avviene per **cause previste dalla legge**, indicate nei diversi punti dell'articolo **2941 cod civ**.

ART.2941

La prescrizione rimane sospesa:
1) tra i coniugi;
2) tra chi esercita la responsabilità genitoriale di cui all'articolo 316 o i poteri a essa inerenti e le persone che vi sono sottoposte;
3) tra il tutore e il minore o l'interdetto soggetti alla tutela, finché non sia stato reso e approvato il conto finale, salvo quanto è disposto dall'articolo 387 per le azioni relative alla tutela;
4) tra il curatore e il minore emancipato o l'inabilitato;
5) tra l'erede e l'eredità accettata con beneficio d'inventario;
6) tra le persone i cui beni sono sottoposti per legge o per provvedimento del giudice all'amministrazione altrui e quelle da cui l'amministrazione è esercitata, finché non sia stato reso e approvato definitivamente il conto;
7) tra le persone giuridiche e i loro amministratori finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di essi;
8) tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto.

Bellanti Giuffrida

[5] Si noti che è importante il mezzo, che deve essere scelto affinché poi risulti come prova dell'interruzione del termine.

Le cause hanno come comune denominatore i particolari rapporti nei quali dovrebbe farsi valere il diritto (marito e moglie, padre e figlio) che sono di natura famigliare, parafamigliare o personale e che comunque giustificano la sospensione. **Quando si verifica una causa di sospensione, il tempo eventualmente precedente decorso si somma a quello che decorre dopo che la causa di sospensione è venuta meno**. La sospensione, spesso, viene paragonata ad una **parentesi** tra il tempo già decorso e il momento in cui cessa la causa stessa della sospensione.

LA DECADENZA

Prescrizione e decadenza sono due istituti che pur servendosi dello stesso elemento (decorso del tempo) si distinguono tra di loro: la decadenza , infatti, prevede **termini perentori** che il legislatore stabilisce per formalità legate all'esercizio del diritto (es. se si acquista un bene che non presenta qualità promesse si possono far notare le difformità entro 8 gg, decorsi i quali si può soltanto servirsi della tutela ordinaria). Nella decadenza non operano né interruzione né sospensione, dato che è vista come ineludibile.

LA TRASCRIZIONE

IL PRINCIPIO DEL CONSENSO TRASLATIVO

Già più di una volta si è fatto riferimento alla trascrizione. Il connubio tra circolazione dei diritti e pubblicità è ineludibile ed è il motivo per cui studiamo questo istituto già da quest'anno. Qualche lezione indietro siamo partiti, per capire questo sistema, dal principio che governa la circolazione dei diritti, ossia **il principio del consenso traslativo** che chiaramente è definito al 1376 cod civ.

ART.1376

Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato.

Tale articolo, come si intuisce, è collocato nel libro IV del codice civile, dedicato alle obbligazioni, e segnatamente nella parte relativa dei contratti, in quanto proprio il contratto è lo strumento per eccellenza della circolazione dei diritti. Il contratto, infatti, è realizzato attraverso un accordo tra una parte A e

Bellandi Giuffrida

una parte B ovvero tra più soggetti (ad es. l'associazione). Spesso e volentieri, tranne in rari casi, nel diritto privato **laddove c'è accordo allora c'è anche un contratto**: il contratto è uno strumento utilissimo nel mercato dei traffici giuridici perché **mezzo attraverso cui i diritti circolano da un patrimonio all'altro**.
Peraltro il principio di consenso traslativo non è recepito in tutti i sistemi civilistici di **civil law**, tantomeno in tutta Italia: la peculiarità del Trentino e di altri territori (vedi sopra) è dovuta al fatto che in essi è stato mutuato un diverso regime di pubblicità. **Nel regime ordinario in tanto ha senso il principio consensualistico in quanto esiste un principio di pubblicità traslativa**; **nei territori particolari in tanto ha senso il principio dell'accordo obbligatorio in quanto esiste un principio di pubblicità costitutiva**.
Si propongono di seguito alcuni esempi per meglio comprendere la materia.
Tizio vuole acquistare un appartamento a Trento; si reca presso il proprietario che ha messo l'annuncio e i due stipulano il contratto di compravendita: l'accordo ha obbligato Tizio a pagare il prezzo e Caio a consegnare il bene; ma i soldi sono ancora nel patrimonio di Tizio e il bene nella titolarità di Caio anche se il contratto è stato già costituito.
Un altro esempio: Tizio vuole acquistare un appartamento a Verona; si reca presso il proprietario che ha messo l'annuncio e i due stipulano davanti al notaio l'atto di acquisto. Dal momento in cui i due escono dallo studio del notaio, Tizio ha acquisito la proprietà sul bene e Caio i soldi pagati.
Si capisce bene che altro è effetto reale quale è quello tipico del sistema ordinario (concluso l'accordo, io acquisto il diritto reale) altro è invece il diritto obbligatorio che nasce dall'accordo nel c.d. sistema tavolare.

IL SISTEMA CONSENSUALE E I RELATIVI PROBLEMI

Immaginiamo ulteriormente che l'acquisto di Tizio a Verona avvenga mediante una **scrittura privata** e non dinnanzi al notaio; uscendo dell'abitazione del venditore **si ha lo stesso identico effetto**: Tizio può annoverare un nuovo diritto di proprietà; Caio i soldi. Con una precisazione fondamentale: Caio nella stessa giornata potrebbe chiamare Sempronio e comunicargli l'intenzione di vendergli il medesimo appartamento: se questi accetta, si tratta di un acquisto *a non domino*: il problema si sposta proprio su Sempronio, che crede di aver acquistato un diritto di proprietà e che invece scopre che il bene non era più del suo dante causa. Sorge appunto la questione su chi abbia acquisito tale diritto di proprietà: se Tizio dopo aver acquistato l'immobile non ha provveduto a fare nulla, mentre invece Sempronio **ha trascritto** per primo l'acquisto, è Sempronio il proprietario per il principio della pubblicità traslativa. In un regime tavolare non si sarebbe

Bellandi Giuffrida

posta nemmeno la questione: il venditore poteva tranquillamente alienare ad un terzo il proprio appartamento, collocandosi il momento traslativo quando si mette sul libro fondiario l'acquisto. La pubblicità è momento in cui bene circola da patrimonio all'altro.
Intuitivamente possiamo immaginare **quanto sia più sicura e certa la modalità del sistema tavolare**, perché non affidando solo all'accordo la possibilità di fare circolare il diritto, rimette nelle mani dell'ufficiale l'atto stesso.

LA TRASCRIZIONE

La trascrizione è una forma di pubblicità dichiarativa e determina opponibilità di chiunque sul bene acquistato; essa assiste gli atti relativi ai beni immobili. Il codice civile disciplina la trascrizione negli artt.2643 e segg., aprendo con una norma in cui sono elencati gli atti che devono (si tratta di un onere per le parti) essere sottoposti a trascrizione. L'articolo successivo è il seguente.

ART.2644 primo comma

Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili i base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi

Come si intuisce, **conviene <u>sempre</u> andare a trascrivere**. La regola è ben espressa dal brocardo latino "p*rior in tempore potior in iure*". Il principio del consenso vale, ma deve essere supportato dall'onere della pubblicità dichiarativa sotto la forma della trascrizione.

secondo comma

Seguita la trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore

Nel secondo comma dell'art. 2644 viene ribadito il principio di cui sopra: se, nell'esempio fatto prima, tornato a Verona Tizio trova la trascrizione di Sempronio egli nulla può più fare: ha perso il diritto di proprietà e potrà eventualmente soltanto recuperare i soldi.
Non tutti gli atti sono ammessi a trascrizione: l'atto avente ad oggetto un diritto su un bene immobile rientra sicuramente negli atti di straordinaria amministrazione, e non beneficiano della regola del «possesso vale titolo». L'onere della trascrizione allora è tale perché è nell'interesse di chi acquista che questa venga fatta.
Il registratore degli immobiliari non riceve l'atto di compravendita se non compilato come atto pubblico del notaio ovvero sotto forma di scrittura privata. Tra l'altro, se si tratta di atto notarile, sarà il notaio stesso a prendersi

Bellardi Giuffrida

l'incarico ed il compito di eseguire le formalità pubblicitarie successive. Per essere assistiti dalla trascrizione nella scrittura privata, essa deve essere autenticata.
Nelle norme successive troviamo alcune inserzioni *ex novo*, aggiunte per effetto di leggi speciali. Il criterio comune denominatore per individuare gli atti da sottoporre a trascrizione è il loro oggetto: se si tratta di diritti reali su beni immobili qualunque atto trascrivibile è bene che sia trascritto.

I REGISTRI IMMOBILIARI

La trascrizione **è un atto su base personale**. Nella conservatoria dei beni immobiliari il conservatore procede a svolgere il suo incarico annotando sullo stesso registro l'indicazione del nome e del cognome delle parti, in modo tale che sulla pagina di ciascuna persona risulti ogni tipo di vicenda che vi è stata. Tizio, dunque, magari già proprietario di altri beni, ha già una sua pagina e il conservatore dovrà semplicemente **continuare a trascrivere su quella pagina**. È onere di ciascuno che voglia acquistare fare una visita dei registri immobiliari: è d'altronde l'operazione che svolge sempre il notaio. Questa misura preventiva rappresenta **un onere per tutti gli interessati, in quanto attraverso tale visualizzazione si capisce se il dante causa è libero di vendere e se il bene da acquistare è libero da ogni gravame**. Qualora gli atti non fossero presenti nei registri immobiliari (ad es. non c'è scritto che è gravato da usufrutto) il terzo che acquista il bene non può saperlo ed essendo in buona fede nulla potrà imputarglisi: sarà un problema per il dante causa. Infatti, **nel sistema consensuale si acquista il bene e nello stato di fatto e di diritto come esso si trova nei registri immobiliari**.

PRINCIPIO DI CONTINUITÀ DELLA TRASCRIZIONE

Si riporta l'articolo 2650 cod civ.

ART.2650 primo comma

Nei casi in cui, per le disposizioni precedenti, un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto.

Si tratta del principale motivo per cui chi acquista un bene fa bene ad andare subito ad iscriverlo presso la conservatoria: se Tizio vuole la sicurezza che Caio gli venda un bene a lui appartenente deve verificare presso il registro immobiliare che sia anche trascritto l'atto di acquisto con cui Caio ne ha assunto la titolarità. C'è, dunque, la necessità di verificare prima di acquistare un bene che il proprietario dello stesso lo ha acquistato regolarmente e ne ha trascritto l'acquisito. Se mancasse un anello a questa catena, la trascrizione del compratore non avrebbe efficacia: se per esempio il nostro dante causa

Bellandi Giuffrida

non ha trascritto a suo tempo, noi aventi causa, dinnanzi al conservatore, ci vedremmo eccepire il fatto dell'inesistenza dell'atto.

secondo comma

Quando l'atto anteriore di acquisto è stato trascritto, le successive trascrizioni o iscrizioni producono effetto secondo il loro ordine rispettivo, salvo il disposto dell'art. 2644.

L'acquirente di fronte ad una situazione come quella sopra ha **l'onere di sanare la lacuna, dimostrando di avere acquistato**. **Nel frattempo ha anche l'onere di "prenotarsi" con il conservatore, in attesa di colmare quella lacuna cui provvederà andando a reperire l'eventuale atto di acquisto del dante causa ovvero l'intervenuta usucapione** dello stesso. Nel fare questo l'acquirente si vede annotare dal conservatore il suo stato di attesa, in modo che tutti i terzi sappiano che l'acquirente ha acquistato e sta provvedendo a sanare la lacuna lasciata dal dante causa. Questo si giustifica con il fatto che sia onere dell'acquirente vedere lo stato del bene prima di comprarlo. Giova ripetere che quando ci si affida all'atto in forma pubblica è proprio il notaio che fa queste verifiche.
Supponiamo che all'avvocato venga richiesto dal cliente di procedere per ottenere sentenza di usucapione: sarà bene e più che diligente che il legale trascriva *prima della sentenza* **l'atto di citazione**. Infatti, la trascrizione dell'atto citazione su un bene rende pubblico ai terzi che c'è in corso giudizio a proposito del bene stesso. Il criterio nell'adottare le forme di pubblicità è andare a rendere pubblico ciò che si sta facendo. La diversa articolazione che troviamo nella disciplina della trascrizione ci dice molto sulla tipologia di tutti gli atti, che conosceremo meglio il prossimo anno allorquando vedremo i contratti.

ALCUNI CENNI SULLA PUBBLICITÀ NEL SISTEMA TAVOLARE

Nei regimi speciali fondamentalmente non si segue la base personale per la redazione e la tenuta del libro fondiario. Il sistema di pubblicità tavolare è **su base reale**: la pagina nel libro fondiario non è relativa alle vicende della persona, alle vicende del bene di cui si tratta.
Il sistema tavolare anche su questo aspetto risulta più sicuro: da un lato perché in alcune zone (si pensi ai grandi centri urbani) l'estensione degli immobili è enorme e il conservatore dei registri è arretrato nella trascrizione su base personale: nel sistema ordinario, infatti, i diritti circolano prima che si trascrivano. Diversamente nel sistema tavolare la configurazione e la raffigurazione **è sicuramente corrispondente alla realtà**.
La legge speciale che disciplina il regime tavolare in alcune regioni è il **Regio decreto 28 marzo 1929 n.499** ed è un residuo della dominazione austriaca.

Bellanti Giuffrida

La legge poi fu rivista con legge 1996. Comprendere l'intera legge meriterebbe un corso intero (e d'altronde la nostra università ne propone uno).

Bellandi Giuffrida

LIBRO IV. DELLE OBBLIGAZIONI

Gli appunti che seguono costituiscono una anticipazione del programma che più approfonditamente si tratterà nell'ambito del corso di Istituzioni di diritto privato II.

Bellandi Giuffrida

Riprendiamo ora il tema dell'attività negoziale quasi ad introduzione del prossimo anno. Abbiamo detto subito dopo aver trattato della capacità di agire come essa consista essenzialmente nell'esercizio dei diritti e nella assunzione di obblighi. Abbiamo visto in maniera molto elementare la struttura del l'esercizio del diritto avendo avuto a che fare con due categorie importanti quali i diritti della personalità e dei diritti reali il cui esercizio implica sostando la manifestazione del potere in cui consistano da parte del titolare: se qualcuno viola la mia privacy posso esercitare in sede giudiziale il mio potere di tutela. Il rapporto nei diritti reali e della personalità è tra il soggetto titolare del diritto e la generalità dei consociati indifferenziata (essendo opponibili *erga omnes*). La struttura è sostanzialmente elementare da capire e anche qui abbiamo visto che le modalità per esercitare questi diritti sono le stesse che troviamo per la tutela da fornire.
Abbiamo però incontrato strada facendo delle forme di agire che non sono state viste in maniera così elementare: abbiamo trovato una fase in cui l'attività giuridicamente rilevante di una persona e quindi esercizio della sua capacità di agire non consiste solo nell'esercizio di un potere, ma nel l'assunzione di ***obblighi*** e nella posizione giuridica passiva come centro di imputazione di situazioni sfavorevoli, per situazioni che non hanno a che fare con la sfera della realità o personalità: rapporti di famiglia, rapporti tra de cuius e chiamati a succedere; ogniqualvolta dalla sfera giuridica personale propria (sia la persona fisica o giuridica) ci si voglia rivolgere verso l'esterno e interagire con sfere giuridiche altrui è necessario svolgere concretizzare l'esercizio di questo potere attraverso **una dichiarazione di volontà: unilaterale, bilaterale, unilaterale in senso stretto** (es. riconoscimento di figlio naturale). La volontà di agire, ossia di entrare in relazione con sfera giuridica altrui deve tradursi in atti e non restare interiorizzata o affidata all'intento inespresso dell'autore. Da qui la necessità di costruire la teoria dell'atto giuridico.

L'ATTO GIURIDICO

DEFINIZIONE

L'atto giuridico è una <u>dichiarazione</u> di volontà di una persona che, mediante essa, vuole raggiungere determinati effetti nella consapevolezza che questi effetti sono o possono essere giuridicamente rilevanti perché conformi ai principi dell'ordinamento. Il

Bellandi Giuffrida

testamento è un atto che punta a sistemare il patrimonio del *de cuius* dopo la morte, con cui egli sa otterrà efficacia con le norme alcune imperstive e altre dispositive che tutelano quegli interessi.

CONTENUTO

Distinguiamo tra

- Atti giuridici a contenuto negoziale: si ha quando la dichiarazione dell'autore mira ad **ottenere non solo la tutela degli interessi perseguiti ma anche la tutela degli effetti che si producono a seguito della dichiarazione stessa, anche nella sfera giuridica di altri**. Il testamento costituisce sicuramente un esempio di atto unilaterale a contenuto negoziale, perché il *de cuius* sa che con esso gli effetti prodotto nella sfera di tutti i chiamati sono già contemplati; ma potrebbe decidere egli stesso quali effetti dovrà produrre una determinata disposizione testamentaria (avere un sepolcro di certo tipo, la previsione che siano celebrate *tot* messe in suo suffragio, predisporre una sostituzione). Questa possibilità per atto giuridico di avere un contenuto diversificato e di raggiungere effetti non solo tra quelli contemplati dalla legge ma anche quelli appartenenti solo alla sfera del dichiarante rappresenta l'atto giuridico per eccellenza nel nostro sistema, il quale si fondo sul principio della **autonomia negoziale che ha come limite l'illiceità**. Ogniqualvolta noi in una dichiarazione di volontà rinveniamo queste caratteristiche, allora lì troviamo atto giuridico negoziale.
- Atti giuridici in senso stretto: si tratta di atti che n**on lasciano al dichiarante la libertà di incidere sulla sfera degli effetti prodotti dell'atto.** Infatti, il legislatore per una determinata categoria di atti vuole che, se adottati, producano solo e solamente gli effetti dal legislatore previsti. Ad esempio, il riconoscimento del figlio fuori dal matrimonio non è atto giuridico negoziale ma un atto giuridico in senso stretto: se il genitore va dall'ufficiale di Stato civile e dichiara di voler riconoscere come figlio suo una persona, la legge ricollega alla dichiarazione solo l'acquisizione in capo al figlio dello stesso di figlio. Tali effetti sono riservati a determinate categorie giuridiche.

Terremo distinti poi distinti:

- atti a contenuto patrimoniale
- atti a contenuto non patrimoniale.

STRUTTURA

Sulla prima sottospecie di atto dobbiamo ancora operare distinzioni. Un atto giuridico negoziale infatti assume una struttura multiforme: può essere

Bellandi Giuffrida

unilaterale o **bilaterale** ovvero **plurilaterale**. Parliamo di lateralità per individuare dei centri di imputazione delle situazioni giuridiche attive e passive che nasceranno da questi accordi complessi.
Dobbiamo ulteriormente distinguere a seconda che la sfera dell'efficacia resti tra i partecipanti ovvero se in qualche modo incentra sulla sfera giuridica dei terzi. Invero, **il principio generale vuole che le disposizioni non vadano altre ai partecipanti stessi: solo eccezionalmente la dichiarazione giuridiche tra due ha a che fare con i terzi.**
Per esprimere in tutto la sua efficacia l'atto può essere:

- **recettizio** se per puntare all'effetto che vuole conseguire deve arrivare all'altro destinatario (es. atto di nomina della procura);
- non recettizio se per puntare agli effetti non deve arrivare al destinatario (es. testamento, che muove i suoi effetti anche se non espressamente destinato a tutti i chiamati)

L'atto giuridico è guardato sia sotto il profilo strutturale sia sotto il profilo contenutistico.

Bellandi Giuffrida

CONCLUSIONE DEL CICLO DELLE LEZIONI

Venendo al dunque, la prof.ssa Pasquino spera che sia stato un **corso fondativo di un metodo**. Un metodo che ci abbia fatto fare un salto tra quello che era una speculazione mentale tipica del libro del liceo ad un approccio certamente più complesso, onnicomprensivo, che ci faccia più che memorizzare invece **comprendere a come guardare al fenomeno giuridico del diritto dei privati**. Ci siamo resi conto della linearità dei manuali, che però non sono mai esaustivi senza il testo normativo. Ricordiamoci: **non c'è sintesi del manuale migliore del codice civile**, letto però in maniera sistematica. Il codice infatti è costruito sistematicamente nonostante la multiformità del sistema abbia reso meno granitico il centralismo del codice stesso rispetto ad altre fonti. Questo centralismo nonostante ne venga sbandierata la caducità ovvero l'inutilità spesso è usato dallo stesso legislatore che vorrebbe decentrare gli istituti codicistici. I manuali sono scritti sulla base della struttura del codice: nello studio sistematico dunque non è richiesto soltanto come è organizzato il sistema; bisogna altresì comprendere che ogni istituto è sempre concepito nei suoi **momenti fondativi**, nelle sue **vicende di esistenza** e nella sua **estinzione**. Tale struttura è ciclica e ripetitiva per ogni istituto, se ci facciamo caso. Nel metodo nuovo di studio dobbiamo aver ormai intuito come non si possa prescindere dall'osservazione dei fenomeni che ci girano intorno: ad un certo punto bisogna uscire dal codice da cui siamo partiti e guardare alla legge speciale, alla fonte sovraordinata, alla situazione corrispondente ad un interesse superiore. Avere un metodo significa anche far filtrare nelle proprie nozioni acquisite tutte le esperienze comuni che ci riguardano. Tutti questi saperi devono **entrare nel metodo senza scadere nel rischio di pensare che alcune norme o principi generali privi della fattispecie possano essere, come spesso vien detto, calati direttamente nella realtà**: i principi e le norme sovraordinate sono volte ad orientare l'interprete nella lettura del dato positivo: l'applicazione diretta deve mettere in allerta perché sarebbe troppo semplice. Non sempre l'interpretazione allargata e creativa è un bene per il diritto e per la collettività, perché ne va della certezza del diritto. Se esiste una norma, il principio deve essere filtrato e non surclassare la norma stessa. Ci è richiesto l'impegno di essere **complessi e non appiattiti** sulle singole norme (che per natura è impossibile ricordare in completo a memoria). Le norme sono un ausilio e non una cosa da imparare a memoria.

Bellandi Giulia

GLI ESAMI

Secondo l'esperienza della prof.ssa Pasquino gli appelli di gennaio e di febbraio sono i più affollati. Comunicherà immediatamente a tutti i prenotati eventuali cambiamenti. Se uno studente intende rinunciare dopo la prenotazione è pregato di cancellarsi. La Pasquino non ha preclusioni per far tornare all'appello successivo (non fa il c.d. *salto d'appello*) rimettendo invece alla nostra responsabilità la valutazione della preparazione personale. L'esame di diritti privato non è un esame che si prova.
L'esame si compone di due parti: la prima a cura della commissione e la seconda a cura del docente stesso. Non sempre peraltro questo è possibile. Il voto alto è sicuramente biglietto da visita e perciò deve essere qualificante.
L'esame è abbastanza tranquillo: la Pasquino ha troppi anni di esperienza per perdere la pazienza e per capire se un blocco è emotivo o di preparazione.

Bellandi Giuffrida