

VINCENZO ROPPO

DIRITTO PRIVATO

Sesta edizione

In copertina:

CLAUDIO FRANCESCO BEAUMONT (Torino, 1694-1766), *Allegoria della storia con il tempo*, olio su tela, 1740 circa.



G. Giappichelli Editore

IL DIRITTO PRIVATO NEL SISTEMA GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Di cosa si occupa il diritto privato. – 2. La funzione del diritto privato: interessi e conflitti. – 3. Diritto oggettivo e diritti soggettivi. – 4. Le norme giuridiche. – 5. L'applicazione delle norme giuridiche: la «fatispecie». – 6. L'interpretazione delle norme giuridiche. – 7. Criteri, limiti e spazi dell'interpretazione. – 8. Le lacune del diritto, e l'analogia. – 9. L'argomentazione giuridica. – 10. Gli interpreti delle norme, e la giurisprudenza.

1. Di cosa si occupa il diritto privato

Il diritto privato si occupa di aspetti e fenomeni importanti della vita economico-sociale.

Si occupa delle **organizzazioni** create per obiettivi generali o comuni a più persone, che il singolo individuo non sarebbe in grado di realizzare agendo in modo isolato. Considera sia i rapporti interni all'organizzazione, fra coloro che ne fanno parte; sia i rapporti fra l'organizzazione e il mondo esterno. Parole chiave: associazioni, fondazioni, società, assemblea, amministratori.

Si occupa dei **beni**, cioè delle entità capaci di soddisfare interessi e bisogni umani. Più precisamente si occupa dell'**uso dei beni**: stabilendo chi può usarli e chi no; in che modi e in che limiti possono essere usati. Parole chiave: proprietà, diritti reali, mobili, immobili, comunione, possesso.

Si occupa di **debiti e crediti**, cioè dei rapporti fra chi è debitore, obbligato a dare o fare qualcosa nell'interesse di un altro, e quest'altro (il creditore), che può pretendere quel qualcosa da lui. Parole chiave: obbligazione, parti e terzi, prestazione, adempimento, inadempimento, garanzia.

Si occupa di **contratti**: il principale strumento legale per movimentare risorse e realizzare operazioni economiche. Hanno a che fare con i fenomeni appena considerati: infatti incidono sulla proprietà e sull'uso dei beni; creano debiti e crediti (il contratto di vendita sposta la proprietà della cosa venduta

dal venditore al compratore; crea il debito del compratore per il pagamento del prezzo al venditore, che ha il relativo credito). Parole chiave: volontà, accordo, formazione, forma, rappresentanza, prestazione e controprestazione, onerosità e gratuità, esecuzione, effetti, rimedi, validità e invalidità, risoluzione.

Si occupa dei **danni**: quando qualcuno subisce l'aggressione di un suo bene (una lesione fisica, una sofferenza morale, la distruzione di una cosa, la necessità di sostenere spese, l'andata in fumo di un possibile guadagno) il diritto privato stabilisce se questa perdita rimane a carico del danneggiato o se invece il danneggiato la può ribaltare su qualcun altro, pretendendo da lui l'equivalente in denaro del danno sofferto. Parole chiave: responsabilità civile, risarcimento, responsabilità contrattuale o extracontrattuale, nesso di causalità, dolo, colpa.

Si occupa delle **attività economiche organizzate**, svolte da operatori economici professionali che producono beni e servizi e li scambiano sul mercato. Parole chiave: impresa, azienda, società, concorrenza, consumatori, lavoro, fallimento.

Si occupa della **famiglia**, cioè fondamentalmente delle relazioni fra marito e moglie, e fra genitori e figli: negli aspetti sia personali sia economici; e anche con riferimento all'eventuale crisi del rapporto di coppia. Parole chiave: matrimonio, convivenza extramatrimoniale, comunione e separazione dei beni, figli legittimi e naturali, potestà, adozione, separazione, divorzio.

Si occupa infine delle **successioni per causa di morte**: cioè di quello che accade ai beni, ai debiti e ai crediti di una persona, quando questa muore. Parole chiave: eredità, legato, testamento, legittima.

2. La funzione del diritto privato: interessi e conflitti

Dei fenomeni elencati sopra, il diritto privato si occupa allo scopo di regolarli: e cioè di indirizzare i comportamenti degli uomini, coinvolti in quei fenomeni, in un senso che sia socialmente desiderabile; o comunque di far corrispondere ai comportamenti umani le conseguenze socialmente più appropriate.

Questa funzione si comprende meglio, partendo dal concetto di **interesse**, che è la *tensione dell'uomo verso qualcosa che serve a soddisfare suoi bisogni*. Facciamo un esempio. Il signor X ha, fra i tanti suoi bisogni, quello di un luogo dove abitare; tale bisogno può essere ben soddisfatto da una certa casa; perciò egli ha un interesse verso quella casa, che intende usare come propria abitazione. Il diritto privato prende in considerazione tale interesse, dandogli una sistemazione. Questa può essere favorevole a X, stabilendo che egli ha la possibilità di abitare in quella casa perché ne ha la proprietà o l'usufrutto, oppure perché l'ha presa in locazione o in comodato (cioè in prestito gratuito)

dal proprietario. O viceversa la sistemazione può essere sfavorevole a X, stabilendo che egli non ha la possibilità di abitarci perché questa possibilità spetta a un altro.

E infatti spesso *l'interesse di uno può risultare incompatibile con l'interesse di un altro*: in questo caso nasce, o può nascere, un **conflitto** fra i portatori degli interessi in contrasto. Funzione del diritto privato è risolvere tali conflitti, e se possibile prevenirli. Se X e Y vorrebbero entrambi usare per sé la stessa casa, il diritto privato risolve il conflitto stabilendo che nel conflitto prevale X, per qualche ragione: o perché la proprietà della casa spetta a lui e non a Y; oppure perché anche se il proprietario è Y, X ha preso la casa in locazione da lui. Ma se, in quest'ultima situazione, risultasse che X non paga regolarmente l'affitto al proprietario Y, allora il diritto privato stabilirebbe che – nel conflitto – prevale Y, al quale si dà la possibilità di recuperare l'uso della casa mandando via X.

Tale *funzione di risoluzione dei conflitti* è molto importante, perché evita che i cittadini si facciano giustizia da sé, e così assicura la pace sociale. Se non ci fosse il diritto a stabilire che X deve lasciare libera la casa di Y, e a fare sì che ciò effettivamente si verifichi, di fronte a X che rifiuta di sgombrare Y cercherebbe di recuperare casa sua con l'uso della forza; e X a sua volta resisterebbe con la forza. Con la conseguenza che la società umana sarebbe intollerabilmente disordinata e violenta.

Oltre a evitare che i conflitti si risolvano con l'uso della forza, il diritto ha pure la *funzione di prevenire i conflitti*: se X sa che, in base al diritto, egli deve lasciare la casa a Y, e che se non lo farà i meccanismi del diritto lo costringeranno a farlo, è probabile che egli si adegui spontaneamente alla pretesa di Y, così che fra i due neppure nasce il conflitto.

Gli interessi di cui si occupa il diritto privato non sono solo quelli di tipo economico-materiale, come nell'esempio fatto. Possono essere anche *interessi di tipo morale*, e pure in relazione a questi spesso sorgono conflitti. Il pubblico amministratore A ci tiene molto al suo onore, e quindi ha interesse a non essere offeso pubblicamente con accuse infamanti; ma il giornalista B ha invece interesse a scrivere per il suo giornale articoli dove si afferma o si lascia intendere che A è un amministratore disonesto e corrotto. Anche qui, il diritto privato si incarica di stabilire se prevale l'interesse di A o quello di B (in concreto: se B può pubblicare o meno quegli articoli; e, ammesso che li abbia già pubblicati, se A ha o meno la pretesa a qualche riparazione per la pubblicazione offensiva).

di limiti dei diritti soggettivi in nome di esigenze sociali. Essa nasce, ai primi del novecento, nell'ambito di movimenti di pensiero attenti alle esigenze sociali, e critici verso l'individualismo e l'«egoismo» dei vecchi principi liberali (il solidarismo cattolico francese, il «socialismo giuridico» tedesco). Incontra subito le *critiche dei giuristi liberali*: i quali obiettano che un diritto o si ha o non si ha; e quando lo si ha si può esercitare in tutta la sua estensione, anche se ciò contrasta con l'interesse sociale; diversamente, si finirebbe per vincolare il diritto soggettivo a una *funzione* esterna (la funzione di realizzare l'interesse sociale), e quindi per contraddire l'essenza del diritto stesso, che è l'*autonomia* del titolare.

Oggi che le norme pongono tanti limiti ai diritti soggettivi, il dibattito sull'abuso del diritto ha perso molta della sua importanza, o meglio ha preso un senso diverso da quello che aveva agli inizi del XX secolo. Non si tratta più del contrasto fra principio di *autonomia* e principio di *socialità* nella concezione dei diritti soggettivi; bensì dell'alternativa fra **ruolo delle norme e ruolo del giudice** nella delimitazione dei poteri dei titolari di diritti. Sostenere la teoria dell'abuso del diritto significa ammettere che un comportamento riconducibile al contenuto di un diritto possa essere vietato e colpito, anche se non è esplicitamente vietato da una norma precisa, ma risulta (sulla base di una valutazione più o meno discrezionale del giudice) in contrasto con qualche norma elastica o qualche principio generale presenti nell'ordinamento. Chi oggi si oppone a questa teoria, lo fa per lo più in nome della **certezza del diritto**, che si ritiene meglio garantita dal criterio per cui i limiti dei diritti soggettivi sono solo quelli fissati con chiarezza e precisione dalle norme (1.7).

7

I BENI E IL PATRIMONIO

SOMMARIO: 1. Diritti, interessi, beni. – 2. La definizione di bene: i beni come «oggetto di diritti». – 3. Beni e cose. – 4. Beni materiali e immateriali. – 5. Beni mobili e immobili. – 6. I beni mobili registrati. – 7. Le universalità di mobili. – 8. Beni divisibili e indivisibili. – 9. Beni consumabili e inconsumabili. – 10. Beni fungibili e infungibili. – 11. Le pertinenze. – 12. I frutti. – 13. Beni privati e pubblici. – 14. I «nuovi beni». – 15. Beni e diritti. – 16. Il patrimonio.

1. Diritti, interessi, beni

C'è relazione fra diritti e interessi: il diritto soggettivo serve a realizzare l'interesse del titolare. C'è relazione fra interesse e bene: l'interesse è la tensione verso un bene (un'entità capace di soddisfare bisogni umani). Chiudendo il cerchio, si registra la necessaria *relazione fra diritto e bene*: chi ha un diritto ce l'ha su qualche bene, strumentale all'interesse cui il diritto è dedicato.

Questa relazione viene comunemente espressa con la formula per cui *il bene è l'oggetto del diritto*: se A è proprietario di un'automobile, quell'automobile è il bene che forma oggetto del diritto di proprietà di A.

2. La definizione di bene: i beni come «oggetto di diritti»

In senso generico, bene è qualsiasi *entità capace di soddisfare bisogni (e quindi realizzare interessi) umani*. Ma un uso appropriato del linguaggio giuridico richiede maggiore precisione, tanto più che il codice offre una *definizione normativa* di bene: l'art. 810 dice che «Sono beni *le cose che possono formare oggetto di diritti*». Approfondiremo nel prossimo paragrafo il concetto giuridico di «cosa». Sofferamoci ora sul secondo elemento della definizione: *l'attitudine a formare oggetto di diritti*.

Può formare oggetto di diritti *solo ciò, su cui sia immaginabile un conflitto di interessi* (conflitto che si risolve proprio attribuendo il diritto a uno e ne-

gandolo all'altro). Perciò non sono beni in senso giuridico le entità, pure molto utili all'uomo, su cui non si creano conflitti di interessi a causa della loro sovrabbondanza, che le rende accessibili a tutti in modo tendenzialmente illimitato: sono le c.d. «*cose comuni a tutti*», come l'aria e l'acqua del mare. Neppure lo sono le entità, in teoria utili, su cui non sorge conflitto per la loro appropriazione in quanto sono *praticamente non appropriabili* a causa della loro inaccessibilità: come i minerali che si trovano nel ventre della terra, a profondità irraggiungibili.

E la stessa logica in base alla quale le *energie naturali* si considerano beni solo se «hanno *valore economico*» (art. 814). Se hanno valore economico (perché limitate in natura, come le energie geotermiche o l'energia radioelettrica che dà luogo alle frequenze radiotelevisive) possono dare luogo a conflitti di interessi, e dunque sono beni. In caso contrario (come accade con l'energia solare, sempre a disposizione di tutti) non sono giuridicamente beni.

3. Beni e cose

Per l'art. 810, possono essere beni solo le «cose».

Le **cose** sono *porzioni di materia*. In una fase più arretrata delle conoscenze scientifiche, si tendeva a identificare la materia con le *entità percepibili mediante l'uso dei sensi* (in particolare vista e tatto): ciò che non si vede e non si tocca non si concepiva come «cosa». Ma con il progresso delle scienze naturali si è imparato che esiste materia anche non tangibile né visibile. In coerenza con ciò l'art. 814, come si è visto, ricomprende nel concetto anche le energie naturali (che non sempre si vedono e si toccano).

In questo modo, la legge sembra accogliere una *concezione restrittiva* di bene, che si identifica con l'idea di **bene materiale**. Non sarebbero invece beni veri e propri, beni in senso giuridico, i c.d. *beni immateriali*, cioè quelle entità utili all'uomo, pure suscettibili di aprire conflitti di interessi e quindi di formare oggetto di diritti, ma che non sono porzioni di materia: una creazione o una performance artistica, un'invenzione industriale, un know-how organizzativo o commerciale.

Forzando un tantino questa visione restrittiva dell'art. 810, i giuristi preferiscono allargare la nozione di bene, includendovi *qualsiasi entità utile all'uomo, materiale o immateriale, purché suscettibile di aprire conflitti di interessi regolabili dal diritto*. Questa più ampia definizione permette di considerare beni in senso giuridico – secondo un uso oramai consolidato nel linguaggio dei giuristi – anche i *beni immateriali*. E quindi di dire che i beni si dividono in due categorie: beni materiali (cose) e beni immateriali (diversi dalle cose).

4. Beni materiali e immateriali

I beni **materiali** sono le *cose capaci di formare oggetto di diritti* (nel senso visto sopra).

Sono invece beni **immateriali** quelle *entità diverse dalle cose, utili all'uomo e suscettibili di aprire conflitti di interessi regolabili dal diritto*. È bene immateriale il brevetto per invenzione industriale, che permette di fabbricare e vendere in esclusiva un determinato prodotto (57.3); il marchio di fabbrica o di commercio, che contrassegna un prodotto e lo valorizza agli occhi dei consumatori (56.4); la creazione o l'esecuzione artistica che forma oggetto del diritto d'autore (57.8). Può considerarsi bene immateriale anche il credito, che assicura al titolare una prestazione del debitore la quale può non implicare cose materiali e consistere semplicemente in un servizio: infatti nei bilanci delle società calcistiche la disponibilità dei giocatori – che corrisponde a un credito della società nei loro confronti – figura come un valore dell'attivo. (Contrariamente a come si esprime il linguaggio comune, la società calcistica non ha la «proprietà» del giocatore, che in quanto persona umana non è oggetto di diritti, ma soggetto del diritto; bensì ha solo un credito alle sue prestazioni sportive).

Tutti questi beni immateriali hanno un *valore economico* (che può essere elevatissimo), e dunque sono ricchezza per il titolare. Anzi, con gli sviluppi dei moderni sistemi produttivi, che valorizzano sempre più le tecnologie e accanto alla produzione di beni danno sempre più spazio ai servizi del settore terziario, essi tendono ad accrescere la loro importanza economica. La quale si lega anche al fatto che i beni immateriali *possono circolare* (cioè essere trasferiti) al pari delle cose materiali: il brevetto può essere ceduto dall'inventore a un'impresa interessata a sfruttarlo; l'autore normalmente cede il suo diritto a un editore che pubblica e vende l'opera; un credito può essere venduto o dato in garanzia.

Tornando ai beni materiali, si deve osservare che esistono *diverse categorie di cose*, distinte fra loro in ragione dei diversi caratteri che le varie cose possono presentare. E a ciascuna categoria corrispondono particolari e differenti regole giuridiche, che tengono conto di tali caratteristiche. Le principali **classificazioni dei beni materiali**, elaborate per lo più sulla base di coppie di categorie contrapposte, sono le seguenti.

5. Beni mobili e immobili

Questa è la distinzione che ha maggiore importanza pratica:

☞ i beni **immobili** sono individuati attraverso due criteri, cui corrispondono due classi di immobili: ♦ beni immobili **in natura**, che sono il *suolo*, le

LA DEFINIZIONE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il contratto nel sistema del diritto privato. – 2. La definizione del contratto. – 3. Il contratto come atto negoziale: il valore della volontà. – 4. Il contratto come atto bilaterale: il valore dell'accordo. – 5. Gli atti unilaterali. – 6. Il contratto come atto patrimoniale. – 7. Il contratto come atto (fattispecie) e come rapporto (effetti). – 8. Classificazioni dei contratti: rinvio. – 9. Contratti bilaterali e plurilaterali. Contratti con comunione di scopo. – 10. La disciplina del contratto, e i suoi ambiti di applicazione. – 11. I contratti delle pubbliche amministrazioni.

1. Il contratto nel sistema del diritto privato

Il contratto è forse l'istituto più importante dell'intero diritto privato. Di certo è quello a cui il legislatore dedica il maggior numero di norme, contenute sia nel codice (prevalentemente nel quarto libro, ma non solo), sia in leggi speciali. Ma soprattutto si collega con tutti i principali istituti della nostra materia: di qui la sua importanza per capire il diritto privato come «sistema».

Il contratto si collega con l'*obbligazione*: è la principale fonte di obbligazioni (art. 1173) e dei corrispondenti *diritti di credito* (22.14). Si collega poi con la *proprietà* e l'*uso dei beni*: per essere valorizzata, la proprietà ha bisogno di circolare fra chi la cede e chi l'acquista; e il contratto è il mezzo più usato per l'acquisto della proprietà (art. 922: 16.10), come pure per creare altri modi di uso dei beni (i diritti sulle cose nascono per lo più da contratti). Il contratto si collega perciò con la *circolazione giuridica* (8.16). E si collega con il tema dell'*attività giuridica* (5.10): il contratto è l'esemplare più importante degli *atti giuridici*, e più precisamente dei *negozi giuridici* (5.3); un collegamento che illumina il nesso fra il contratto e l'*autonomia privata* (5.10), di cui il contratto costituisce la principale manifestazione. Vedremo più avanti, ancora, gli stretti collegamenti fra il contratto e quell'altro istituto centrale del diritto privato, che è l'*impresa* (51.2, 55, 60.4). E segnaleremo infine che il contratto gioca qualche ruolo anche rispetto alla *famiglia* (63.10; 63.14) e alle *successioni* (69.17).

2. La definizione del contratto

La legge (art. 1321) definisce il contratto come «l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

Se ne ricavano tre dati utili per capire cos'è il contratto. Il contratto è:
 ☞ un atto negoziale; ☞ un atto bilaterale; ☞ un atto patrimoniale.

3. Il contratto come atto negoziale: il valore della volontà

Sappiamo che un atto giuridico è un negozio, quando *la volontà dell'autore è diretta proprio a produrre gli effetti giuridici* che deriveranno dall'atto (5.3). La definizione dell'art. 1321 colloca chiaramente il contratto in questa categoria, parlando di «accordo ... per costituire ecc.»: l'«accordo» non è altro che la volontà (concorde) delle parti contraenti; questa volontà è specificamente finalizzata (come indica la preposizione di scopo «per») a incidere su un «rapporto giuridico», e dunque a produrre effetti giuridici.

Il contratto si distingue così da altri atti o fatti (fattispecie) che hanno in comune con esso la capacità di produrre effetti giuridici, ma se ne differenziano per la *manca di quel particolare atteggiamento della volontà*, che impedisce di qualificarli negozi giuridici: come il contratto, i *fatti illeciti* producono obbligazioni, ma non sono negozi; come il contratto, l'*accessione* o la *specificazione* o l'*usucapione* producono l'acquisto della proprietà, ma non sono negozi. E si consideri la situazione in cui l'autostoppista chiede un passaggio, e l'automobilista accetta di darglielo: questo accordo non dà luogo a un contratto, perché *manca la volontà di creare un rapporto giuridico*, e in particolare un'obbligazione (si crea tutt'al più un *rapporto di cortesia*, nel cui ambito l'automobilista rende una prestazione di cortesia: 22.6). Ovviamente, se l'automobilista causa un incidente e il passeggero resta ferito, un effetto giuridico nasce, e cioè l'obbligo di risarcire il danno: ma questo effetto non è voluto, dunque non nasce da un negozio (un contratto), bensì è *extracontrattuale* (42).

Nel contratto l'elemento della volontà ha dunque un *valore fondamentale e centrale*, come vedremo studiando la sua disciplina (in particolare i «vizi della volontà»: 35.11). È la volontà, del resto, l'elemento che raccorda il contratto al principio dell'autonomia privata, facendone il principale strumento di questa. Per intendere bene il senso della «volontà contrattuale» – *volontà di fare il contratto, e di produrne gli effetti* – conviene però chiarire tre dati:

☞ la formula *va intesa in senso lato*. Quando uno fa un contratto di vendita, è sufficiente che sappia che, con quell'atto, la proprietà della cosa passa al compratore, in cambio del prezzo, e voglia questo (è il c.d. *intento empirico*, cioè la rappresentazione per grandi linee del risultato giuridico-economico del

contratto); non è necessario che si rappresenti e persegua con assoluta precisione tutti gli specifici effetti giuridici che ne derivano (ad es., tutte le garanzie legali che impegnano il venditore in relazione a eventuali difetti della cosa);

☞ la «volontà» qui *non va intesa in senso esasperatamente psichico e soggettivo*: rispettare la volontà contrattuale non significa legare il contratto alle rappresentazioni mentali dei singoli contraenti;

☞ la volontà contrattuale può essere *messa fuori gioco dalla legge*, che può regolare il rapporto contrattuale in modo contrastante con quanto voluto dalle parti; e lo fa quando la volontà contrattuale punta a risultati che la legge considera indesiderabili nell'*interesse generale*.

Ma su tutto questo torneremo più avanti.

4. Il contratto come atto bilaterale: il valore dell'accordo

Secondo la definizione dell'art. 1321 il contratto è «accordo», e questo lo qualifica come atto bilaterale (o plurilaterale). Perché ci sia contratto, occorre cioè che all'atto partecipino (*almeno*) *due parti*, e che tutte le parti siano d'accordo sul contratto: cioè siano animate dalla *comune volontà di produrre gli effetti del contratto*. In questo modo il contratto si distingue da altri atti (anche negoziali), che anziché essere bilaterali sono *atti unilaterali*, che si formano e producono effetti giuridici in base alla volontà di una sola parte, e non richiedono l'accordo di nessun'altra parte (28.5).

Il valore dell'accordo, come elemento essenziale del contratto, si coglie alla luce del principio di autonomia, che contrappone il diritto privato al diritto pubblico (2.1): *i soggetti sono toccati nella propria sfera giuridica, e subiscono modificazioni delle proprie situazioni giuridiche, solo se lo vogliono*. Ovvero, rovesciando la prospettiva: nessuno può incidere nella sfera e nelle situazioni giuridiche di un altro, se questi non è d'accordo. E allora la legge stabilisce che gli atti i quali hanno questo tipo di effetti richiedono l'accordo di tutti coloro che sono toccati dagli effetti dell'atto; dunque sono atti bilaterali, cioè contratti.

Il principio si presenta con la massima evidenza in un contratto come la *vendita*, dove entrambi gli interessati subiscono pesanti modificazioni delle loro posizioni giuridiche: il venditore perde la proprietà, il compratore assume l'obbligo di pagare il prezzo: sarebbe assurdo se questi effetti si producessero ad es. solo per la volontà del compratore, con il venditore che la subisce anche se non è d'accordo: sarebbe un'espropriazione! Dunque la vendita non può non essere un contratto, fondato sulla concorde volontà delle parti.

Il principio sembra presentarsi con evidenza attenuata nel caso della *donazione*, dove apparentemente la sfera del donatario è toccata in senso tutto vantaggioso per lui, che si arricchisce a spese del donante senza dare o promettere

niente in cambio: e allora si potrebbe pensare che la donazione può costruirsi come atto unilaterale del donante, che non richiede l'accordo del donatario. Invece anche la donazione è un contratto. La ragione è che anche la donazione può incidere in modo svantaggioso nella sfera giuridica del donatario, creando pesi, rischi e obblighi a suo carico: ad es., la donazione di materiali inutili e ingombranti espone chi la riceve ai fastidi e alle spese per la loro collocazione; la donazione di un immobile pericolante può essere molto rischiosa per il donatario, che in caso di crollo è responsabile dei danni; ecc. Ecco perché la legge costruisce la donazione come contratto, fondato sull'accordo di entrambe le parti: occorre la volontà del donante di donare, e la volontà del donatario di ricevere la donazione (70.1-2).

Una certa attenuazione del principio si registra per altri atti, che incidono sulle situazioni giuridiche di qualcuno, ma con effetti che sono sicuramente ed esclusivamente vantaggiosi per lui, e non gli addossano nessun obbligo, nessun rischio, nessun peso neppure potenziale ed eventuale: si pensi alla *remissione del debito*, il cui unico effetto per il debitore è liberarlo dall'obbligazione. Ma perché escludere che il debitore, per qualche sua ragione (e fosse anche per orgoglio, capriccio, stravaganza) possa desiderare di non essere liberato? E in tal caso, perché consentire che sia liberato contro la sua volontà? Si giustifica quindi che anche qui occorra l'accordo di entrambi gli interessati, che anche la remissione sia un atto bilaterale, cioè un contratto. È vero però che quasi sempre questo accordo del debitore c'è: e allora la legge lo presume, ritenendo superfluo che esso venga manifestato con un'esplicita accettazione della remissione. Se per caso il debitore non è d'accordo, la legge gli dà la possibilità di impedire l'effetto liberatorio, manifestando il suo *rifiuto* (art. 1236); ma se non rifiuta, il mancato rifiuto indica che è d'accordo. Si tratta di un accordo «leggero»: ma è pur sempre un accordo.

5. Gli atti unilaterali

Fuori dal campo dei contratti stanno gli atti unilaterali, che *si formano e producono effetti giuridici in base alla volontà di una sola parte, e non richiedono l'accordo di nessun'altra parte* (sicché i loro effetti non possono essere bloccati dal rifiuto di un altro soggetto, anche se interessato). La ragione per cui un atto viene configurato dalla legge come unilaterale piuttosto che bilaterale, dipende da *se e come esso produce effetti verso soggetti diversi dall'autore*.

Sono unilaterali gli atti con **effetti che incidono esclusivamente su situazioni giuridiche dell'autore**. È il caso dell'abbandono di una cosa mobile da parte del proprietario (*derelizione*: art. 923), che gli fa perdere la proprietà senza che nessun altro l'acquisti; o dell'*accettazione dell'eredità* (69.4), che fa subentrare

l'accettante nel patrimonio del defunto. Può sembrare che siano toccati anche altri soggetti: la derelizione toglie ai futuri eredi del soggetto la possibilità di subentrare nella proprietà del bene abbandonato; l'accettazione dell'eredità taglia fuori chi potrebbe subentrare come erede al posto dell'accettante, se questi non accettasse. Ma giuridicamente non è così: ciò che viene toccato non sono situazioni giuridiche («diritti»), bensì semplici aspettative di fatto (4.6).

Ci sono poi atti unilaterali con **effetti che incidono su situazioni giuridiche altrui, ma in modo non vincolante**, bensì lasciando agli interessati la possibilità di rendere quegli atti, e i loro effetti, del tutto indifferenti per sé. Ad es., la *procura* – atto unilaterale di chi la dà – tocca anche la posizione di chi la riceve, attribuendogli il potere di rappresentanza (30.3): ma se chi la riceve decide di non esercitarla, e non la esercita, per lui è come se la procura non esistesse. Anche il *testamento* – atto unilaterale del testatore – tocca la posizione di chi è designato erede, dandogli la possibilità legale di acquisire il patrimonio del testatore: ma, appunto, è solo una possibilità, che si può liberamente decidere se cogliere (con l'accettazione dell'eredità) oppure lasciar cadere (non accettando l'eredità, nel qual caso per il designato il testamento è come se non esistesse). Si noti la differenza con la remissione: se il debitore non si preoccupa di rifiutare, si crea nei suoi confronti, in modo irreversibile, una situazione giuridica diversa da quella precedente (prima era debitore, adesso non è più debitore).

Nelle situazioni di cui sopra, la configurazione dell'atto come unilaterale è perciò perfettamente compatibile col principio dell'accordo. Ma in qualche caso il principio conosce deroghe: perché esistono atti unilaterali con **effetti che incidono pesantemente su situazioni giuridiche altrui**. È il caso del *recesso unilaterale*, che ha l'effetto di sciogliere il contratto cancellando le situazioni giuridiche da esso create per entrambe le parti. Peraltro, come vedremo (33.10-11), ciò può accadere o perché il potere di liberarsi unilateralmente dal contratto, senza bisogno dell'accordo di controparte, è stato da questa *autorizzato*, in quanto previsto nel contratto stesso (e dunque si basa, in definitiva, sull'accordo di entrambe le parti); oppure perché è *giustificato*, agli occhi della legge, in relazione agli interessi coinvolti nel contratto (il dipendente che dà le dimissioni toglie al datore di lavoro il diritto alle sue prestazioni lavorative: ma di fronte a un contratto con così forti implicazioni esistenziali, è giusto permettere a chi vi è coinvolto di liberarsene per propria scelta unilaterale).

Qualche volta la qualificazione di un atto come bilaterale o unilaterale è incerta. Ad es. per gli *atti di rinuncia relativi a diritti reali minori*: la rinuncia dell'usufruttuario all'usufrutto, che incide sulla posizione del nudo proprietario attribuendogli la proprietà piena, è un atto unilaterale o richiede l'accordo del controinteressato? E qualcuno dubita che la remissione sia un contratto, preferendo pensarla come atto unilaterale.

FAMIGLIA E MATRIMONIO

SOMMARIO: 1. La famiglia e il diritto di famiglia. – 2. La famiglia nel codice civile e nella costituzione; l'evoluzione legislativa. – 3. Il matrimonio: atto e rapporto. – 4. Matrimonio civile e matrimonio religioso: i sistemi matrimoniali. – 5. Il matrimonio concordatario. – 6. Il matrimonio degli acattolici. – 7. Il matrimonio civile: formalità per la celebrazione. – 8. Gli impedimenti matrimoniali. – 9. L'invalidità del matrimonio: le cause. – 10. La disciplina delle invalidità matrimoniali. – 11. Il matrimonio putativo. – 12. La libertà matrimoniale, e la promessa di matrimonio. – 13. I rapporti familiari: coniugio, parentela, affinità. – 14. Le unioni civili omosessuali. – 15. Le convivenze di fatto. – 16. La solidarietà familiare: gli alimenti.

1. La famiglia e il diritto di famiglia

Il diritto si occupa sia dell'ipoteca, sia della famiglia. Ma è chiaro che fra le due materie c'è una profonda differenza: l'ipoteca è una creazione artificiale del diritto, ed «esiste» solo in quanto ci sono norme giuridiche che la prevedono e la regolano; la famiglia è *una realtà «pregiuridica», che esiste indipendentemente dal diritto*. A questo allude la costituzione, quando definisce la famiglia come «*società naturale*» (art. 29, c. 1, C.): cioè come un modo di organizzazione dell'esistenza umana non creato «artificialmente» dalle norme giuridiche, ma costruito e praticato dagli uomini nella effettività (nella «naturalità») della loro esperienza di vita sociale. La famiglia è un dato antropologico, che appartiene alla struttura profonda delle società umane; cosa che non può dirsi per l'ipoteca.

Questo segna un primo **limite del diritto di famiglia**: la forza regolatrice delle sue norme si esercita su una realtà preesistente e socialmente determinata, che *le norme giuridiche non sono in grado di plasmare a proprio arbitrio*. Ad es., una norma prevede il ricorso dei coniugi all'intervento conciliativo del giudice nel caso di conflitti su qualche aspetto della vita familiare (63.4); ma è rimasta lettera morta: segno che il costume sociale, per cui i problemi domestici si affrontano all'interno della coppia senza esibirli e affidarli a un'autorità ester-

na, è troppo radicato per essere scalfito da una norma giuridica. Ciò non significa che il diritto sia impotente di fronte alla famiglia. Ci sono zone dell'esperienza familiare su cui il diritto è in grado di incidere, e determinare trasformazioni effettive: ad es., prima della riforma del 1975 la grandissima parte delle famiglie italiane viveva in regime di separazione dei beni; dopo la riforma, e per effetto di questa l'assetto economico della grandissima parte delle famiglie si è orientato sul diverso modello della comunione (63.7).

Ma di limiti del diritto di famiglia si può parlare anche in un altro senso: nella regolazione della vita familiare ci sono *confini che il diritto non solo non può, ma non deve superare*. Questo chiama in causa il valore dell'**autonomia della famiglia**, che riguarda i rapporti tra la famiglia e lo Stato. Schematizzando, esistono in proposito tre concezioni ideali e politiche: due concezioni estreme, l'una opposta all'altra; e una più equilibrata concezione intermedia.

La *concezione statalista* cancella l'autonomia della famiglia: per essa, la famiglia è un ingranaggio della macchina statale, sottoposto agli indirizzi e ai controlli dell'autorità pubblica. È una concezione coerente con la teoria e la prassi dello Stato totalitario o autoritario, nemico della libertà e del pluralismo: trovò seguaci, in Italia, nell'ambito della cultura politico-giuridica del fascismo. E si comprende che, sulla base di essa, si sia potuto sostenere che il diritto di famiglia appartiene più al diritto pubblico che al diritto privato. All'opposto, la *concezione giusnaturalistica* (cioè basata sulle dottrine del diritto naturale) esalta al massimo l'autonomia della famiglia, che vuole sottrarre a qualsiasi intervento regolatore dello Stato e del suo diritto: le norme del diritto statale non possono pretendere di regolare la famiglia, perché questa è regolata dalle superiori norme del diritto naturale, di origine divina.

Il nostro ordinamento rifiuta queste concezioni estreme, e segue una linea di giusto compromesso. La famiglia è un'importantissima realtà sociale; i suoi problemi toccano interessi generali: dunque *lo Stato può e deve occuparsene, disciplinandola con le norme del suo diritto*. Ma, nel farlo, non può superare certi confini, oltre i quali invaderebbe *campi riservati all'autonomia della famiglia*: cioè alla capacità della famiglia di autoregolarsi, di trovare e applicare e modificare liberamente i propri equilibri, i propri schemi di organizzazione e funzionamento, senza dover obbedire a modelli precostituiti, imposti dall'autorità pubblica. È questo il senso della formula per cui *«la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale»* (art. 29, c. 1, C.). Così, costituirebbe un'inammissibile violazione dell'autonomia della famiglia la pretesa del legislatore di fissare imperativamente una certa ripartizione dei ruoli familiari (ad es. al marito il lavoro extradomestico, alla moglie l'attività domestica e la cura dei figli), perché in questo e in analoghi campi spetta a ogni famiglia trovare le soluzioni appropriate alle esigenze, ai bisogni, ai gusti e agli interessi della famiglia stessa; cioè delle persone che la compongono.

E infatti, la formula costituzionale dei «*diritti della famiglia*» (o formule analoghe sparse nelle leggi, come «*bisogni della famiglia*», «*interesse della famiglia*») non deve far pensare che la famiglia sia un'entità staccata e sopraordinata – addirittura un soggetto giuridico separato e autonomo – rispetto alle persone fisiche che ne fanno parte: i «*diritti della famiglia*» sono i *diritti che le persone umane hanno, in quanto membri di una famiglia*. E quando si dice che il diritto disciplina la famiglia, bisogna intendere che ciò che esso disciplina sono in realtà gli interessi e le posizioni (i diritti e i doveri) di singole persone fisiche, considerate nelle loro situazioni e rapporti familiari.

Fin qui abbiamo parlato di famiglia in modo indifferenziato, come se si trattasse di un'entità omogenea. Non è così, perché esiste una **pluralità di forme e strutture familiari diverse**. Ce lo dice lo sviluppo storico: dove alla *famiglia estesa*, formata da un'ampia cerchia di parenti discendenti dal comune capostipite, e conviventi sotto il medesimo tetto, tende a sostituirsi la *famiglia nucleare*, limitata al nucleo ristretto dei coniugi e dei loro figli. Ce lo dice la realtà contemporanea, e lo stesso diritto vigente: dove alla *famiglia «tradizionale»*, fondata sull'unione dell'uomo e della donna formalizzata in un matrimonio, si affiancano le «*nuove famiglie*» costituite dalle «*unioni civili*» fra coppie omosessuali oppure dalle convivenze di fatto (62.14-15).

2. La famiglia nel codice civile e nella costituzione; l'evoluzione legislativa

Il *primo libro del codice* si intitola «*Delle persone e della famiglia*», ed è per la massima parte dedicato alla disciplina dei rapporti familiari. Ma il gran numero degli articoli che lo compongono hanno oggi un contenuto profondamente diverso da quello che avevano nel testo originario del 1942. Il diritto di famiglia codificato nel 1942 rifletteva *idee e principi arretrati*, poco lontani da quelli della tradizione ottocentesca: concepiva una famiglia fondata sulla subordinazione della moglie al marito, sia nei rapporti personali sia in quelli patrimoniali, sia nelle relazioni di coppia sia nei riguardi dei figli; e fondata sulla discriminazione dei figli nati fuori del matrimonio (o, come si diceva, «*illegittimi*»), cui riservava un trattamento giuridico peggiore rispetto ai figli legittimi.

Pochi anni dopo, la costituzione afferma principi opposti. I **principi costituzionali** in materia di famiglia sono i seguenti: ☞ il principio di *autonomia della famiglia*, già illustrato (art. 29, c. 1, C.); ☞ il principio di *uguaglianza fra marito e moglie*: «Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi», e le uniche deroghe ammissibili sono quelle necessarie «a garanzia dell'unità familiare» (art. 29, c. 2, C.); ☞ il principio di *tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, cui deve assicurarsi «ogni tutela giuridica e sociale,

compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima» (art. 30, c. 3, C.); ☞ il principio dell'*autonomia educativa* (una specificazione del principio di autonomia della famiglia), per cui «mantenere, istruire ed educare i figli» è compito primario dei genitori: al tempo stesso loro «dovere e diritto» (art. 30, c. 1, C.); ☞ il principio del *sostegno pubblico ai compiti educativi* della famiglia (art. 31, c. 1, C.); ☞ il principio dell'*intervento pubblico sussidiario*, per garantire l'adempimento della funzione educativa quando i genitori non siano in grado di provvedervi (art. 30, c. 2, C.).

Il contrasto fra il diritto di famiglia del codice e i principi costituzionali determina, a partire dagli anni '60 del XX secolo, ripetuti interventi della *Corte costituzionale*: numerosi articoli, specie in tema di rapporti fra coniugi e di trattamento dei figli naturali, vengono giudicati costituzionalmente illegittimi, e cancellati da sentenze della Corte. Ma per il pieno adeguamento del vecchio diritto di famiglia ai principi innovativi della costituzione, l'opera della Corte non poteva bastare: occorrevano ampi e profondi interventi del legislatore.

Si spiega così che, fra i vari settori del diritto privato, il diritto di famiglia sia quello più ampiamente e profondamente toccato dagli interventi innovatori della legislazione successiva al codice. La *riforma generale del diritto di famiglia* si attua con la l. 151/1975, che opera con la tecnica della *novellazione*: cioè non ponendosi come corpo legislativo separato dal codice, bensì sostituendo nuovi contenuti ai contenuti originari degli articoli del codice.

Ma l'evoluzione legislativa del diritto di famiglia si avvia già prima della riforma del 1975, e non si arresta con essa. Negli anni '60 vengono integrate le norme del codice in tema di adozione (l. 431/1967); e in seguito la materia viene ancora riformata, con una nuova disciplina dell'adozione (l. 184/1983). Nel 1970 viene introdotto il divorzio (l. 898/1970), la cui disciplina conosce successive modifiche (l. 74/1987). L'accordo del 1984 fra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, per la modifica del concordato del 1929, è reso esecutivo con la l. 121/1985, e così cambia la disciplina del matrimonio concordatario. Ancora: la l. 40/2004 regola la procreazione assistita; la l. 54/2006 innova la disciplina dell'affidamento dei figli nella crisi della coppia; la l. 219/2012 realizza la piena parificazione tra figli nati nel matrimonio e fuori del matrimonio; la l. 76/2016 regola le unioni civili e le convivenze di fatto.

3. Il matrimonio: atto e rapporto

Il matrimonio è, in primo luogo, *l'atto con cui un uomo e una donna costituiscono una famiglia*: questa è infatti definita, nella costituzione, come «*società naturale fondata sul matrimonio*» (art. 29, c. 1, C.).

Nella concezione accolta dal legislatore, conforme a una radicata tradizio-

ne, il matrimonio implica la *diversità dei sessi*. Da tempo questa concezione è contestata come ingiustamente discriminatoria, e si diffondono (sia in Italia sia in altri paesi) le voci e le iniziative in favore del *matrimonio omosessuale*: il legislatore ha dato una risposta, istituendo nel 2016 le «unioni civili tra persone dello stesso sesso» (62.14).

Il matrimonio, inteso come **atto**, è precisamente un *negozio giuridico*: infatti la volontà di chi lo compie è volontà di determinarne gli effetti giuridici. *Negozio bilaterale*, perché si fonda sulla volontà concorde (il consenso) degli sposi. E *negozio non patrimoniale*, per la sua prevalente incidenza su posizioni giuridiche di contenuto extraeconomico. Ma il matrimonio può intendersi anche in altro senso: oltre che come atto compiuto dai coniugi (fattispecie), come **rapporto**, cioè complesso di *effetti giuridici che l'atto fa nascere fra i coniugi stessi*. Il codice si occupa di entrambi gli aspetti, nel titolo VI del primo libro, che si intitola «Del matrimonio»: i capi I-III disciplinano i problemi del matrimonio come *atto di matrimonio*, che riguardano essenzialmente le modalità di celebrazione e la validità o invalidità dell'atto; i restanti capi IV-VI si occupano invece del matrimonio come *rapporto matrimoniale*, e quindi di diritti e doveri dei coniugi, rapporti patrimoniali fra essi, separazione personale e scioglimento del matrimonio (quest'ultimo più ampiamente affrontato nella legge sul divorzio).

La distinzione fra matrimonio come atto e come rapporto è essenziale per comprendere il funzionamento dei *sistemi matrimoniali*, e in particolare del sistema concordatario, vigente nel nostro ordinamento.

4. Matrimonio civile e matrimonio religioso: i sistemi matrimoniali

Il matrimonio è regolato dal *diritto*; nello stesso tempo appartiene (per i credenti) alla sfera della *religione*. Perciò è esposto all'influenza normativa di due ordinamenti: quello dello *Stato*, che prevede e disciplina con le sue norme il **matrimonio civile**; e quello della *Chiesa*, che con le sue norme (diritto canonico) prevede e disciplina il **matrimonio religioso**. Ne nasce il problema di regolare i rapporti, i confini, le *competenze rispettive dei due ordinamenti* nella disciplina del matrimonio. I diversi modi in cui il problema può risolversi, danno luogo a vari sistemi matrimoniali:

☞ il più semplice è il **sistema separatista**, basato sull'*assenza di collegamenti e interferenze fra i due tipi di matrimonio*: il matrimonio civile produce effetti esclusivamente nell'ordinamento dello Stato, il matrimonio religioso è efficace solo nell'ordinamento della Chiesa. Se un uomo e una donna vogliono risultare sposati per la legge dello Stato, devono necessariamente celebrare un matrimonio civile. Quell'uomo e quella donna possono celebrare anche, paral-