

Raffaele Caterina

# Elementi di diritto civile



TERZA EDIZIONE



**Giappichelli**

## Premessa

Questo manuale nasce dalla pluriennale esperienza di insegnamento di un modulo del corso di Elementi di diritto e procedura civile, nell'ambito del corso di laurea magistrale in Psicologia criminologica e forense dell'Università di Torino. Di tale stimolante esperienza, in un corso che ha goduto di ottimo successo, attraendo studenti da ogni parte del Paese, devo un ringraziamento ai cari colleghi Georgia Zara e Giuliano Carlo Geminiani, che si sono succeduti alla sua presidenza.

Insegnare il diritto privato in 18 ore, a studenti privi di qualsiasi formazione giuridica, ha costituito una sfida nuova, anche rispetto ai più consueti insegnamenti svolti fuori dai corsi in Giurisprudenza. Una sfida intorno all'identificazione di quei minimi contenuti che anche chi incontrerà solo incidentalmente gli istituti del nostro diritto privato non può ignorare, ma anche intorno al modo in cui si può far comprendere, per esempi più che per sintesi, i problemi che sono al centro dell'attenzione del giurista.

Al di là degli approfondimenti (del resto sommari) degli argomenti di più diretto interesse per i miei studenti, il testo si candida a primissima introduzione al diritto privato per tutti quei corsi che del diritto privato, appunto, non possono aspirare a fornire più che le nozioni fondamentali, nell'ambito ad esempio dei Dipartimenti di Psicologia, ma anche di Lettere, di Lingue e letterature straniere, e così via; ma anche, idealmente, per tutti i curiosi, che del diritto privato vogliono apprendere ciò che qualunque cittadino consapevole dovrebbe sapere.

Un'ultima annotazione. La trattazione manualistica sarà intercalata da qualche passaggio tratto da sentenze, evocate nel testo immediatamente precedente. I puristi del case law rabbrivideranno, vedendo brani di sentenze riportati spesso senza un'analitica descrizione del caso deciso. Indubbiamente qualunque sentenza riportata non integralmente è un tradimento; d'altra parte, biso-

gna rassegnarsi al fatto che nel nostro ordinamento la giurisprudenza funziona spesso come una super-dottrina, citata più per qualche passaggio particolarmente persuasivo che per la vera ragione del decidere dei casi; e d'altronde, l'intento è semplicemente quello di fornire al lettore un contatto diretto col ragionamento giurisprudenziale, che tanto spesso è assai più decisivo delle disposizioni di legge.

## Capitolo 1

# Il diritto privato e le sue fonti

SOMMARIO: 1. Il diritto come insieme di regole. – 2. Le fonti del diritto in Italia: l'approccio tradizionale. – 3. L'interpretazione del diritto. – 4. L'applicazione del diritto. – 5. L'interpretazione del diritto e le fonti: una visione realistica.

### 1. Il diritto come insieme di regole

Il diritto è un insieme di regole che servono a risolvere problemi.

Ad esempio, supponiamo che un ragazzino di 11 anni, litigando con un suo compagno durante l'intervallo, gli rompa gli occhiali. Il diritto serve a capire se il costo degli occhiali deve essere risarcito, e da parte di chi (il ragazzino stesso? i genitori? gli insegnanti? la scuola?).

Oppure supponiamo che un uomo muoia senza aver fatto testamento, lasciando, quali unici congiunti, la moglie e una sorella. Il diritto serve a stabilire come deve essere diviso il suo patrimonio tra le due donne.

Naturalmente il diritto non è l'unico sistema di regole che serve a risolvere problemi. Ad esempio, le regole dell'etichetta serviranno a capire come è opportuno vestirsi in una certa situazione, oppure quanti bicchieri bisognerà mettere sulla tavola per ogni commensale.

Non è escluso che diversi sistemi di regole diano una risposta per lo stesso problema; e può anche darsi che queste risposte differiscano. Ad esempio, secondo il diritto italiano io non ho alcun obbligo di intervenire in aiuto di un mio cugino che si trovi in situazioni di difficoltà economica a causa di una malattia, e ciò anche se sono molto facoltoso. Sicuramente molti riterranno invece che un tale obbligo possa discendere dalle regole della morale.

Le regole giuridiche (ma l'espressione più comunemente usata

dai giuristi è quella di **norme giuridiche**) si possono ricavare da quelle che, con una metafora, vengono chiamate **fonti del diritto**. Si tratta di atti o fatti a cui si deve guardare per comprendere quale è la soluzione di un certo problema conforme al diritto.

Esistono diversi tipi di fonti del diritto. Certamente, oggi hanno un ruolo preponderante le fonti scritte del diritto: cioè atti scritti posti in vigore da autorità a ciò politicamente legittimate, che stabiliscono cosa, nelle diverse situazioni, si possa o si debba fare. Una fonte scritta è ad esempio la legge. Tuttavia le fonti del diritto possono anche funzionare diversamente. Ad esempio, una fonte del diritto che in passato ha avuto un ruolo importantissimo, e che ha tutt'ora un ambito di applicazione, è la consuetudine. Le consuetudini sono comportamenti generalmente seguiti da una comunità, con la convinzione che essi siano conformi al diritto. Anche le consuetudini possono operare come fonti del diritto: di fronte a un problema, anziché consultare la legge per verificare cosa stabilisce, si tratterà di valutare quale soluzione è stata costantemente adottata da quella comunità di persone.

Come è facile comprendere, il diritto non è lo stesso in ogni tempo, e in ogni luogo. Come vedremo, oggi esistono fonti di diritto sovranazionale (cioè applicabili in più Stati), che hanno un'importanza crescente. Resta vero, però, che nella misura in cui importanti fonti del diritto hanno un ambito di applicazione che coincide con i diversi Stati, ha senso parlare di un diritto italiano (così come di un diritto francese, o tedesco). In effetti, le fonti del diritto a cui più spesso si deve far ricorso sono atti adottati da autorità politiche statali, e applicabili nell'ambito di uno Stato: così per la Costituzione, o per le leggi ordinarie. Ecco perché ha senso dire che la nostra trattazione riguarderà il diritto italiano: questo senza ignorare che il diritto italiano è a sua volta determinato anche da fonti sovranazionali (ad esempio quelle dell'Unione Europea), e comunque che esso ha spesso spontaneamente imitato altri diritti (ad esempio, storicamente l'Italia, nel legiferare, si è spesso ispirata a modelli francesi o tedeschi).

Questo manuale si concentrerà su una parte del diritto, usualmente chiamata **diritto privato**. Non ha importanza sforzarsi di elaborare definizioni particolarmente sofisticate, che sarebbero del resto comunque convenzionali. In modo grossolano, possiamo distinguere tra il **diritto pubblico**, che comprende le norme che di-

sciplinano e regolamentano l'organizzazione e il funzionamento dello Stato, delle istituzioni e degli enti pubblici, oltre ai rapporti fra i cittadini e questi enti, e il diritto privato, che invece si occupa dei rapporti tra i soggetti privati. Così le norme giuridiche che disciplinano l'elezione del Presidente della Repubblica, ma anche quelle che disciplinano le obbligazioni tributarie dei cittadini, sono norme di diritto pubblico; invece le norme che riguardano i contratti, il matrimonio, la successione per causa di morte sono norme di diritto privato. In questa introduzione ci occuperemo del diritto in generale, ma avendo a mente soprattutto il diritto privato.

**Diritto civile** oggi è espressione usata o come sinonimo di diritto privato, oppure, in senso più stretto, per indicare tutte quelle parti del diritto privato che non rientrano nel **diritto commerciale**, cioè il diritto relativo alle attività di impresa. Dunque ad esempio le norme sull'organizzazione di una società per azioni oppure quelle relative ai brevetti e ai marchi si considerano parte del diritto commerciale.

## **2. Le fonti del diritto in Italia: l'approccio tradizionale**

Quali sono le fonti del diritto oggi in Italia?

Sicuramente la fonte con cui più frequentemente ci si misura nella pratica quotidiana del diritto è costituita dalla legge.

Sul termine legge è però utile qualche precisazione.

In senso molto generico, a volte per legge si intende qualsiasi fonte del diritto. Così ad esempio quando si dice che: "i cittadini sono tenuti a osservare le leggi".

In senso più specifico, però, si parla di **leggi ordinarie** per indicare atti normativi adottati dal Parlamento (in Italia, dalle due Camere a maggioranza semplice). Al Parlamento, che rappresenta l'intera popolazione ed è da essa eletto, spetta insomma in generale il ruolo di stabilire le regole a cui quella popolazione è sottoposta.

A questo principio non deroga la presenza di altri **atti aventi forza di legge** (cioè atti che a differenza delle leggi ordinarie non sono adottati dal Parlamento ma che hanno la stessa forza). Si tratta di atti che sono adottati dal Governo, ma che sono, per così

dire, legittimati *ex ante* o *ex post* dal Parlamento. I **decreti legislativi** sono approvati dal Governo a seguito di una delega conferita-gli dal Parlamento. Attraverso una apposita legge di delegazione cioè il Parlamento delega il governo a disciplinare una certa materia (spesso si tratta di materie particolarmente complesse, che non si prestano a una discussione in Parlamento), stabilendo i criteri generali a cui il Governo deve attenersi. Invece, i **decreti-legge** sono atti approvati dal Governo in caso di necessità e urgenza (per cui non c'è la possibilità di attendere i tempi più lunghi del Parlamento); tuttavia essi perdono efficacia se non sono convertiti in legge dal Parlamento entro sessanta giorni. Come si vede, dunque, in entrambi i casi il Parlamento non viene comunque esautorato della funzione legislativa.

Occorre a questo punto menzionare i **codici**. Gran parte dei paesi dell'Europa continentale, a partire dal XIX secolo, hanno adottato dei codici. Ad aprire la strada è stata la Francia, i cui codici sono poi stati largamente imitati da molti altri paesi (inclusa l'Italia). Attualmente, in Italia esistono un codice civile, un codice penale, un codice di procedura civile, un codice di procedura penale (oltre ad altri codici che riguardano settori del diritto più circoscritti, come il codice del consumo e il codice delle assicurazioni private). Ebbene, i codici non sono altro che leggi: per meglio dire, in Italia sono decreti legislativi, predisposti dal Governo su delega del Parlamento. Si tratta dunque di atti aventi forza di legge ordinaria, che si contraddistinguono semplicemente per l'ampiezza e la complessità delle materie disciplinate. La codificazione è ispirata dall'idea che sia bene racchiudere gran parte delle regole di applicazione più frequente in pochi grandi testi, sia al fine di renderle più facilmente reperibili e consultabili, sia al fine di un loro migliore coordinamento sistematico. Avendo i codici forza di legge ordinaria, il legislatore può però, in qualsiasi momento, modificarli.

Spesso i codici hanno una notevole stabilità nel tempo: il codice civile italiano è entrato in vigore nel 1942, e anche se è stato modificato in molte sue parti l'impianto è sempre rimasto lo stesso.

A partire dal 1948 esiste una fonte del diritto che ha rango superiore rispetto alla legge ordinaria: si tratta della **Costituzione**. Che la Costituzione abbia rango superiore significa che la legge ordinaria non può modificare la Costituzione. Per modificare la

Costituzione occorre infatti una procedura speciale, che comporta o l'approvazione con una maggioranza qualificata (due terzi dei parlamentari) o il passaggio attraverso un *referendum* popolare (art. 138 Cost.). La Costituzione dunque fissa delle regole che sono sottratte alla modifica da parte di una semplice maggioranza parlamentare. Queste regole non solo disciplinano gli aspetti fondamentali relativi all'organizzazione dello Stato, ma riconoscono anche una serie di diritti ai cittadini. Una legge ordinaria non può porre in essere norme in contrasto con quanto stabilito dalla Costituzione. Proprio per questo esiste un organo apposito, che si chiama **Corte costituzionale**, a cui spetta il compito di controllare la conformità alla Costituzione delle leggi ordinarie. La Corte può dunque dichiarare una legge ordinaria costituzionalmente illegittima e dunque invalida.

Esistono, invece, fonti del diritto che hanno un rango subordinato a quello della legge ordinaria: il che significa che esse non possono mai porre in essere norme in contrasto con quelle ricavabili da atti aventi forza di legge. Sono subordinati alla legge i regolamenti e gli usi.

Solo un cenno possiamo dedicare ai **regolamenti**, che nel diritto privato hanno un'importanza marginale. Essi sono adottati dal Governo, dai ministri o da altre autorità amministrative, e prevedono norme di dettaglio, relative all'organizzazione e al funzionamento degli uffici pubblici oppure ad altre materie sulla base di una specifica delega contenuta in un atto avente forza di legge. In pratica, il legislatore fa rinvio, per completare la disciplina, a successivi regolamenti, più adatti a una regolamentazione di dettaglio e più facili eventualmente da modificare. Così, soltanto per fare un esempio: la legge (art. 41, legge 31 dicembre 2012, n. 247) prevede che serva un periodo di tirocinio professionale per poter diventare avvocato, fissandone le linee principali; prevede poi che il Ministro della giustizia debba adottare il regolamento per disciplinare le modalità di svolgimento del tirocinio; il Ministro adotta il regolamento con un suo decreto (attualmente è il decreto 17 marzo 2016, n. 70), stabilendo le regole di dettaglio.

Gli **usi** o consuetudini sono, come si è già detto, regole costantemente applicate da una certa comunità di persone con la convinzione che esse siano conformi a diritto. Nel nostro diritto, nelle materie regolate da leggi o regolamenti gli usi hanno efficacia solo



in quanto da essi richiamati (art. 8 disp. prel.). Ciò significa che gli usi non possono mai prevalere sulle norme ricavabili dalla legge scritta. D'altra parte, a volte è la legge stessa a richiamare gli usi. Per fare un esempio, il codice civile stabilisce che "il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità" (art. 1374); il che significa che i doveri delle parti di un contratto, anche se non espressamente previsti, possono ricavarsi anche dalle pratiche comunemente seguite in quel certo settore del commercio.

Particolarmente importanti oggi per l'Italia sono le fonti del diritto dell'Unione Europea. Esse sono di due tipi: fonti primarie e fonti di diritto derivato. Le fonti primarie consistono nei **Trattati istitutivi dell'U.E.** e nelle loro successive modificazioni e integrazioni, a cui l'Italia è vincolata. Gli stessi Trattati prevedono che gli organi dell'Unione Europea possano produrre diritto attraverso le proprie fonti, di cui le principali sono i regolamenti e le direttive. I **regolamenti** europei pongono in essere norme direttamente applicabili in ognuno degli Stati membri, e in effetti si può dire corrispondano alle "leggi" dell'Unione Europea; essi prevalgono sulle leggi ordinarie degli Stati membri. Le **direttive** invece si limitano a porre degli obiettivi agli Stati: esse non sono in linea di principio direttamente applicabili ai cittadini, ma prescrivono agli Stati di raggiungere certi risultati attraverso le proprie leggi. Per fare un esempio, che riprenderemo più avanti: in Italia il diritto dei consumatori è in gran parte frutto di direttive europee, che hanno stabilito che tutti gli Stati membri dell'Unione Europea dovessero riconoscere appunto ai consumatori certe tutele (ad esempio la facoltà di recedere dai contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, la possibilità di liberarsi da certe clausole contrattuali ingiuste, la possibilità di chiedere direttamente al produttore il risarcimento dei danni provocati da un prodotto difettoso, ecc.); il legislatore italiano si è allora adeguato introducendo una serie di disposizioni che proteggono i consumatori in modo conforme agli obiettivi stabiliti dal legislatore europeo attraverso le proprie direttive.

### 3. L'interpretazione del diritto

Dunque, le norme giuridiche si ricavano dalle fonti del diritto, attraverso quel procedimento che si chiama **interpretazione del diritto**.

Ad esempio, è una norma quella che dice che se alla morte di un soggetto sopravvivono il coniuge e fratelli o sorelle, al coniuge spettano due terzi dell'eredità, mentre l'altro terzo spetta ai fratelli o sorelle. Questa norma si può ricavare dall'art. 582 del codice civile. Ma andiamo con ordine.

L'interpretazione del diritto parte sempre da un problema. Questo problema può essere concreto ("Mario Rossi è morto, e ha lasciato la moglie e una sorella...") oppure può essere di ordine teorico ("quali diritti successori spettano al coniuge?"). Il nostro discorso si rivolgerà principalmente all'interpretazione pratica, rivolta a risolvere un caso concreto, ma le stesse considerazioni valgono anche per l'interpretazione teorica, come quella di uno studioso che voglia ricostruire una certa disciplina.

L'interprete dovrà individuare le fonti del diritto rilevanti. Spesso, anche se non sempre, si tratterà di fonti scritte; cioè di testi. I giuristi parlano di **disposizioni** per indicare le frasi di senso compiuto contenute in un testo normativo.

Le disposizioni vanno tenute distinte dalle norme. Può darsi che una disposizione sia ambigua, e sia necessaria un'attività interpretativa del testo per precisarne il significato. Può darsi che per ricavare una certa norma sia necessario interpretare sistematicamente più disposizioni. La norma è dunque il risultato dell'attività dell'interprete.

Torniamo all'esempio del ragazzino di 11 anni che rompe gli occhiali del compagno durante l'intervallo.

Il codice civile ci offre molto materiale.

Innanzitutto l'articolo 2043 ("Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"). Ma anche l'art. 2046 ("Non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa"). Dunque, per iniziare dobbiamo leggere tutte e due le disposizio-

ni, in quanto la seconda pone un'eccezione alla prima. Però cosa vorrà dire avere la "capacità d'intendere e di volere"?

E poi, ci sono altri soggetti che devono risarcire? Andando poco oltre nel codice, troviamo l'art. 2047 ("In caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi e tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto"); ma poi anche l'art. 2048 ("Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto").

Una bella selva di disposizioni, dunque. L'art. 2047 presuppone l'art. 2046; ma l'art. 2048 si applica anche quando il minore è capace di intendere e di volere?

Sarà ormai chiaro che per ricavare delle norme dobbiamo certamente leggere tutte le disposizioni, provare a capire cosa vogliono dire, e ancora ci resteranno non pochi dubbi intorno a una serie di casi marginali. Su questo particolare problema, comunque, torneremo nel quarto capitolo.

La distanza tra interpretazione del diritto e semplice lettura delle disposizioni è aumentata dal fatto che il diritto ammette quella che si chiama interpretazione analogica (o **analogia**). "Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe" (art. 12 disp. prel.). Ciò vuol dire che, anche quando non c'è dubbio che le disposizioni del legislatore non riguardano direttamente il problema in esame, l'interprete deve però valutare se esso è abbastanza simile da poter applicare la stessa soluzione. In pratica, per valutare se due casi sono abbastanza simili, bisognerà chiedersi se le stesse ragioni che giustificano la soluzione data per il caso direttamente affrontato dal legislatore valgono anche nel caso, diverso, che interessa l'interprete. Ad esempio, se una certa disposizione fa discendere certe conseguenze dal fatto che due persone siano sposate, ci si potrà chiedere se le stesse conseguenze debbano discendere anche da una semplice convivenza

di fatto. Se la ragione della norma sta nel rapporto di affetto, nella comunanza di interessi, ecc., la risposta sarà verosimilmente positiva; se invece si ritiene che sia decisiva la formalizzazione del rapporto, allora verosimilmente bisognerà escludere l'applicazione analogica.

L'applicazione analogica non è ammessa per le leggi penali: infatti non si vuole che i cittadini siano puniti se non per fatti espressamente individuati come reati dalla legge.

Bisogna infine fare un cenno ai **principi generali**. Secondo la nostra legge, se, considerate le disposizioni esistenti, e anche la possibilità di applicarle per analogia, "il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 12 disp. prel.). Questa disposizione può apparire fumosa; in realtà, essa è essenzialmente una dichiarazione di principio: nel diritto non esistono lacune. Non c'è mai un caso che non è decidibile secondo il diritto: anche se non è oggetto di disposizioni dirette, anche se non ci sono disposizioni applicabili per analogia, si deve pur sempre ricercare quale soluzione appare meglio conforme ai principi generali ricavabili dall'insieme dell'ordinamento. Dal punto di vista della applicazione giurisprudenziale del diritto, di cui parleremo fra poco, ciò significa che un giudice, di fronte ad una controversia, non potrà mai concludere che non ha una soluzione da dare, perché il diritto non se ne occupa: dovrà sempre, infine, pronunciarsi in un senso o nell'altro.

#### **4. L'applicazione del diritto**

Applicare una norma significa, in prima battuta, comportarsi conformemente a quanto essa prevede.

Ad esempio, se goffamente faccio cadere un vaso a casa di un mio amico, e il vaso si rompe, e mi offro di risarcirne il valore, sto applicando una norma giuridica (anche se magari non saprei dire da quali disposizioni legislative si può ricavare).

Dunque tutti applichiamo le norme giuridiche, spontaneamente e più o meno consapevolmente.

Tuttavia, può capitare che tra due parti sorga una controversia. Questa controversia può risultare da una diversa ricostruzione delle circostanze di fatto, oppure delle norme applicabili, o sem-

plicemente dal rifiuto di una delle parti di applicarle spontaneamente.

Torniamo, ad esempio, al nostro consueto caso del ragazzino che ha rotto gli occhiali del compagno. Supponiamo che i genitori del compagno chiedano i danni alla scuola, e immaginiamo tre casi:

1) La scuola contesta l'accaduto (non è vero che gli occhiali si sono rotti in classe).

2) La scuola non contesta l'accaduto, ma ritiene di non rientrare tra i soggetti responsabili per i danni cagionati dagli allievi.

3) La scuola semplicemente ignora la richiesta di risarcimento dei danni.

In tutti e tre i casi, i genitori possono rivolgersi a un giudice.

Il **giudice** applica le norme in un senso diverso da quello enunciato all'inizio del paragrafo: tocca al giudice stabilire, conformemente alle norme giuridiche, quale delle parti ha ragione nella controversia. Nel nostro caso, il giudice condannerà la scuola al risarcimento dei danni oppure respingerà la richiesta dei genitori.

Il giudice deve dunque ricostruire i fatti; interpretare il diritto per ricavare le norme applicabili; applicare le norme al fatto come ricostruito.

L'iniziativa volta a provocare l'intervento del giudice si chiama **azione** (e si chiama attore chi la promuove; l'altro soggetto si chiama convenuto). Di norma, chi agisce ha l'onere di provare i fatti posti a fondamento della sua pretesa. Se il convenuto non intende contestare che quei fatti si siano verificati, ma sostiene che vi siano altri fatti che fanno venir meno il fondamento della pretesa, allora propone un'**eccezione**, e a sua volta dovrà provare i fatti che ne sono il fondamento. Se ad esempio Tizio agisce contro Caio sostenendo di aver acquistato la sua casa, toccherà a Tizio provare il contratto; se Caio non nega di aver sottoscritto il contratto con Tizio, ma sostiene di esservi stato costretto con la violenza, toccherà a Caio provare le minacce subite.

Molte norme giuridiche hanno una struttura composta di due parti. Esse stabiliscono che se si realizza un certo fatto, ne conseguono certi effetti. Se provo un danno ingiusto con un comportamento negligente, devo risarcirlo. Se ho promesso di pagare una certa somma per poter usufruire di un certo servizio, devo pagarla. Si parla, nel linguaggio dei giuristi, di **fattispecie** ed **ef-**

**fetti.** La fattispecie è un certo modello di fatto (ad esempio, un fatto negligente che provoca un danno ingiusto): un modello nel senso che ad esso si potranno ricondurre molti diversi fatti concreti (Tizio ha investito Caio passando con il rosso; Sempronio ha fatto cadere un vaso sulla macchina di Mevio; ecc.). Se si realizza un fatto che rientra in quel modello, il giudice ne deve far discendere gli effetti: nel nostro caso, deve condannare il colpevole al risarcimento del danno; in tal modo il giudice applica la norma giuridica.

La ricostruzione del fatto e quella della norma applicabile non sono due operazioni mentali indipendenti. Sarà il fatto a dettare al giudice le domande da porsi nel momento in cui ragiona sulle fonti del diritto. D'altra parte, è ovvio che anche quando si selezionano gli aspetti rilevanti del fatto da accertare si tiene conto quanto meno di una prima ipotesi sulle norme applicabili (se c'è stato un incidente d'auto, si vorrà accertare a che velocità viaggiavano le automobili e se i conducenti avevano assunto sostanze alcoliche; non, almeno di norma, di quale colore era la loro camicia).

Il giudice dunque dovrà applicare la norma giuridica al fatto. Il suo provvedimento deve essere motivato. La motivazione dovrà ricostruire i fatti accertati e anche chiarire l'interpretazione del diritto che ha condotto il giudice alla norma applicata. In tal modo si vuole evitare che le decisioni dei giudici siano arbitrarie.

Nell'ordinamento giuridico italiano, poi, la decisione del giudice può essere impugnata.

Infatti, esistono diversi "gradi" di giudizio. Cioè, la parte che si è vista dare torto può ricorrere contro la sentenza e ottenere un nuovo esame da parte di un diverso giudice.

Per quanto riguarda il diritto privato, i principali giudici sono:

- in primo grado, il **tribunale**; per alcune case più semplici o di minor valore, il **giudice di pace**; infine, il **tribunale per i minorenni**, con competenze specializzate e una composizione particolare, che include anche due esperti di psicologia o pedagogia;
- in secondo grado, la **Corte d'appello**;
- in terzo grado, la **Corte di cassazione**.

Esistono molti tribunali e giudici di pace; relativamente poche Corti d'appello (il loro ambito territoriale di competenza coincide

di solito con una Regione); solo una Corte di cassazione, che ha sede in Roma.

La Corte di cassazione ha un ruolo molto importante perché dovrebbe garantire l'uniformità dell'interpretazione del diritto su tutto il territorio nazionale. La Corte di cassazione giudica solo in diritto e non in fatto. Ciò significa che non si può impugnare una sentenza davanti alla Corte di cassazione per mettere in discussione la ricostruzione dei fatti operata dai giudici dei gradi inferiori; la Corte di cassazione può soltanto controllare che il diritto sia stato correttamente ricostruito ed applicato. Si parla infatti di giudizio **di legittimità**, contrapposto al giudizio **di merito** che è proprio dei gradi inferiori e comprende l'accertamento dei fatti. Se ritiene che la sentenza d'appello contenga un errore di diritto, la Corte di cassazione deve semplicemente annullarla (o, come si dice, cassarla); il processo verrà allora riassegnato ad un altro giudice, che dovrà attenersi all'interpretazione del diritto enunciata nella sentenza della Corte di cassazione.

## **5. L'interpretazione del diritto e le fonti: una visione realistica**

Sarà ormai chiaro che l'interpretazione del diritto non è un'operazione meccanica, che conduce a risultati sicuri sulla base delle disposizioni legislative.

Con un po' di semplificazione, torniamo all'art. 2043 del codice civile ("Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"), e per un momento non consideriamo la possibile esistenza di altre disposizioni rilevanti.

Alcuni casi sembrano di facile soluzione.

1) Tizio, alla guida di un'automobile, passa con il rosso e investe Caio, che gli chiede il risarcimento delle spese mediche affrontate a seguito dell'investimento. La domanda sembra sicuramente fondata.

Ma ora immaginiamo altre situazioni.

2) Tizio, alla guida di un'automobile, passa con il rosso e sfiora Caio. Caio, cardiopatico, ha un attacco cardiaco. Caio chiede a Tizio il risarcimento delle spese mediche.

3) Tizio, alla guida di un'automobile, passa con il rosso e investe Caio, uccidendolo. Caio era sposato con Sempronia. Caio non aveva un patrimonio significativo, ma era l'unico della coppia ad avere un lavoro, e di fatto mantiene da alcuni anni Sempronia. Sempronia chiede a Tizio il risarcimento del danno per il venir meno del sostegno economico di Caio.

4) Tizio, alla guida di un'automobile, passa con il rosso e investe Caio, uccidendolo. Caio conviveva con Sempronia da circa un anno. Caio non aveva un patrimonio significativo, ma era l'unico della coppia ad avere un lavoro, e di fatto ha finora mantenuto Sempronia. Sempronia chiede a Tizio il risarcimento del danno per il venir meno del sostegno economico di Caio.

5) Tizio, alla guida di un'automobile, passa con il rosso e investe Caio, uccidendolo. Caio era il centravanti ed elemento di punta di una squadra di serie B. A calciomercato chiuso, la squadra patisce un vistoso calo di rendimento e non riesce a centrare una promozione che tutti gli esperti davano come quasi sicura. La squadra chiede a Tizio il risarcimento dei danni legati alla mancata promozione in serie A.

6) Tizio, alla guida di un'automobile, passa con il rosso e investe Caio, uccidendolo. Caio era sposato con Sempronia. Sempronia non lamenta alcun danno patrimoniale (anzi era lei, avendo un lavoro meglio pagato, a contribuire al mantenimento di Caio), ma chiede un danno morale per la sofferenza subita e per la compromissione della sua vita familiare.

7) Tizio, alla guida di un'automobile, passa con il rosso e investe Caio, uccidendolo. Caio conviveva con Sempronia da circa un anno. Sempronia non lamenta alcun danno patrimoniale (anzi era lei, avendo un lavoro meglio pagato, a contribuire al mantenimento di Caio), ma chiede un danno morale per la sofferenza subita e per la compromissione della sua vita familiare.

8) Tizio, alla guida di un'automobile, passa con il rosso e investe Caio, uccidendolo. Caio era il fratello di Sempronia. Sempronia non lamenta alcun danno patrimoniale, ma chiede un danno morale per la perdita del fratello, a cui era molto legata.

9) Tizio, alla guida di un'automobile, passa con il rosso; sfiora appena Caio, ma travolge il suo cane Fido, uccidendolo. Caio chiede a Tizio il risarcimento dei danni legati alla sofferenza per la perdita dall'amato cane.



La semplice lettura dell'art. 2043 non conduce a soluzioni sicure nei casi da 2 a 9. Come vedremo, altre disposizioni possono dare un contributo, peraltro spesso non decisivo.

Provando ad approfondire l'analisi, possiamo dire che il caso n. 2 richiede di approfondire il concetto di causa. Si può dire che l'attacco cardiaco sia stato causato da Tizio?

I casi dal n. 6 al n. 9 chiamano in causa il concetto di danno, e in particolare di danno non patrimoniale. In che misura determinate perdite, che non si riflettono sul patrimonio di un individuo, possono considerarsi un danno risarcibile?

I casi dal n. 3 al n. 5 si offrono a una lettura meno immediata. In effetti, essi chiamano in causa il concetto di ingiustizia. Naturalmente, è difficile affermare che il danno in questi casi sia giusto; ma, come vedremo a suo tempo, il concetto di ingiustizia del danno evoca l'idea che il danno sia risarcibile solo quando viene a riguardare una situazione specificamente protetta dal diritto (ad esempio: visto che il semplice convivente non ha un diritto ad essere mantenuto, basta la sua semplice aspettativa di ricevere un sostegno economico dal *partner* a fondare un diritto al risarcimento?).

Non solo la soluzione di questi casi può apparire dubbia; ma, in concreto, per alcuni di questi casi si sono formati orientamenti diversi nel tempo nella giurisprudenza; nel senso che la Corte di cassazione a un certo punto ha cambiato opinione, affermando una diversa interpretazione del diritto. Come vedremo meglio a suo tempo, ad esempio, il caso n. 5 è ricalcato su due casi realmente accaduti, particolarmente famosi, che curiosamente hanno avuto entrambi come protagonista la squadra del Torino: nel primo caso, in cui il Torino chiedeva i danni per la morte della squadra avvenuta in un incidente aereo nella famosa Tragedia di Superga, la Corte di cassazione ha negato i danni con una sentenza del 1953; nel secondo caso, a seguito dell'uccisione in un incidente automobilistico del calciatore Luigi Meroni, il Torino si è invece visto riconoscere il diritto al risarcimento dei danni con una sentenza del 1971. Ma anche il caso n. 4 era risolto in senso negativo fino agli anni Ottanta, mentre poi la giurisprudenza ha iniziato ad ammettere il risarcimento al semplice convivente in presenza di una relazione caratterizzata da tendenziale stabilità e da reciproca assistenza morale e materiale. Con riferimento al riconoscimento del danno non patrimoniale, poi, negli anni si è registrato un pro-

gressivo allargamento. Oggi il caso n. 9 appare quasi come un caso di confine; come vedremo, la Corte di cassazione in linea di principio non riconosce il danno non patrimoniale per l'uccisione dell'animale da affezione, però ci sono state diverse sentenze di giudici di grado inferiore in senso diverso, e molti giuristi non condividono la posizione della Corte di cassazione.

Dunque, anche se un giurista deve pur sempre confrontarsi con le fonti del diritto, esse lasciano spesso spazio a risultati diversi. Nella scelta giocano un ruolo anche le sensibilità valoriali, che a loro volta evolvono nel tempo. Ad esempio, nell'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali indubbiamente ha avuto un ruolo anche la mutata considerazione delle coppie di fatto, dapprima viste con disfavore, poi rientrate nella normalità sociale e viste come l'estrinsecazione di scelte personali pienamente legittime.

In alcuni casi è il legislatore stesso a effettuare una sorta di delega agli interpreti, attraverso disposizioni caratterizzate da particolare vaghezza ed elasticità. Si parla in tali casi di **clausole generali**.

Un buon esempio è fornito dall'art. 1337 c.c.: "le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede". Cosa vuol dire comportarsi secondo buona fede? Sicuramente sembra comportarsi contro la buona fede una parte che intraprende una trattativa senza aver davvero intenzione di concludere il contratto (ad esempio per acquisire informazioni sull'altra parte, a cui intende in seguito fare concorrenza). Ma viola la buona fede anche chi intraprende una trattativa senza essere sicuro in partenza di potersi procurare il denaro necessario? Viola la buona fede chi semplicemente non rivela all'altra parte che sta svolgendo una trattativa parallela?

Chiaramente una disposizione come l'art. 1337 non è priva di significato, ma fornisce una direttiva molto ampia che spetterà agli interpreti concretizzare in norme giuridiche di maggiore dettaglio.

A partire dalle clausole generali contenute in varie disposizioni, la giurisprudenza ha spesso ricostruito principi generali capaci di applicazioni molto ampie. Così ad esempio dall'art. 1337 e da altre norme simili (ad es. l'art. 1375 c.c.: "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede") si è ricavato un principio generale di buona fede, sulla base del quale sono stati sanzionati compor-

tamenti scorretti a prescindere da qualsiasi precisa disposizione legislativa.

Traendo le somme dai nostri discorsi: chiunque voglia raccontare quali sono le norme giuridiche effettivamente applicate in Italia, non può limitarsi ad esporre cosa dice la legge. Quanto meno, dovrà anche spiegare quali sono gli orientamenti prevalenti tra i giudici (ed è quel che faremo in questo manuale).

La **giurisprudenza** è appunto l'insieme delle sentenze dei giudici. Ovviamente le sentenze della Corte di cassazione sono particolarmente importanti, benché possa essere interessante anche esaminare le sentenze dei gradi inferiori, soprattutto quando una questione non è ancora stata affrontata dalla Corte di cassazione oppure quando c'è una divergenza tra le sentenze, anche perché qualche volta un orientamento "ribelle" delle corti inferiori può anticipare un prossimo cambiamento degli orientamenti della Corte di cassazione.

C'è addirittura chi inserisce la giurisprudenza tra le stesse fonti del diritto: ciò nel senso che soprattutto laddove la giurisprudenza è stata particolarmente creativa, magari distaccandosi dal più immediato significato letterale delle disposizioni, oppure facendo un largo uso dei principi generali, è realisticamente innanzitutto alla giurisprudenza che si guarda per individuare quali siano le norme giuridiche effettivamente applicate.

Accanto alla giurisprudenza spesso si menziona la **dottrina**. La dottrina è l'insieme delle opere scritte dagli interpreti teorici del diritto: cioè gli articoli e i libri in cui i giuristi espongono le loro interpretazioni del diritto. Considerato che i giudici si formano all'università come giuristi, e che di fronte a problemi nuovi si confronteranno spesso con quanto trovano di scritto su un tema, è evidente come anche la dottrina possa svolgere un ruolo nell'evoluzione delle norme giuridiche applicate (ed infatti spesso i mutamenti giurisprudenziali sono preparati da una fase in cui molti giuristi criticano l'orientamento prevalente).

## Capitolo 2

# Il diritto privato italiano: uno sguardo d'insieme

SOMMARIO: 1. Le situazioni giuridiche soggettive. – 2. L'autonomia privata. – 3. Un esempio: il diritto delle successioni. – 4. Il principio di responsabilità. – 5. Gli elementi della fattispecie: fatti, atti, negozi giuridici. – 6. I soggetti.

### 1. Le situazioni giuridiche soggettive

Sino a qui abbiamo parlato di diritto come insieme di norme giuridiche: si parla anche, a questo riguardo, di diritto oggettivo.

Il **diritto soggettivo** è invece una pretesa riconosciuta e garantita dal diritto (oggettivo). Ad esempio la pretesa che il compratore paghi puntualmente il prezzo del bene venduto, oppure la pretesa che nessuno comprometta la mia integrità fisica, sono entrambi diritti soggettivi.

A questo riguardo si distingue tra diritti soggettivi relativi e diritti soggettivi assoluti.

Il diritto soggettivo relativo è quello nei confronti di una o più persone determinate. Ad esempio è un diritto relativo il diritto a ricevere il pagamento del prezzo del bene dal compratore.

Il diritto soggettivo assoluto è un diritto nei confronti della generalità delle persone (si usa a volte l'espressione latina: *erga omnes*). Ad esempio il diritto all'integrità fisica è un diritto assoluto.

In termini generali possiamo dire che al diritto soggettivo di un soggetto corrispondono doveri di una o più persone. In termini più precisi, si usa chiamare **dovere** in senso stretto quello che corrisponde ad un diritto soggettivo assoluto (e che grava su tutti); si usa chiamare **obbligo** quello che corrisponde (a carico di una o

più persone determinate) a un diritto soggettivo relativo.

Possiamo ora guardare da vicino alcune categorie particolarmente importanti di diritti soggettivi.

Innanzitutto, prendiamo in esame i **diritti di credito**. Si chiamano diritti di credito i diritti relativi a ricevere una certa prestazione avente carattere patrimoniale. I correlativi obblighi prendono un nome specifico: quello di **obbligazioni**.

Ad esempio è un diritto di credito quello del venditore a ricevere una certa somma da chi ha comprato il suo bene, così come è un diritto di credito quello del committente verso l'appaltatore che si è impegnato a ristrutturare la sua casa di campagna.

Ma cosa significa che la prestazione ha carattere patrimoniale?

Una prestazione è patrimoniale quando secondo il nostro diritto può essere scambiata per denaro. Ad esempio prestarsi all'espianto di un organo a fini di trapianto non è una prestazione patrimoniale, perché nel nostro diritto la vendita di organi è vietata. Si noti che in pratica può darsi che gli organi abbiano una valutazione economica, in quanto, come è noto, esiste un mercato nero degli organi umani; ciò che conta non è se, di fatto, una prestazione possa essere scambiata con denaro, ma se quello scambio è lecito secondo il nostro diritto.

Si noti che la patrimonialità della prestazione non implica d'altronde che l'interesse a ricevere quella prestazione sia a sua volta patrimoniale. Se pago un vetturino perché mi porti a fare un giro in carrozza per Roma, almeno di norma il mio interesse non è patrimoniale; ma quella prestazione è certamente, e lecitamente, suscettibile di valutazione economica.

Ora, nel nostro diritto esistono certamente diritti relativi, con i correlativi obblighi, non aventi carattere patrimoniale: ad esempio il diritto/dovere alla fedeltà da parte dei coniugi. Non si parla, però, in tal caso di diritti di credito e obbligazioni. Si noti peraltro che, mentre attraverso un contratto i soggetti possono in linea di principio assumere obbligazioni, il contratto non può dar luogo ad obblighi di contenuto non patrimoniale. Tutte le volte in cui una prestazione non può essere lecitamente scambiata con denaro, essa non può essere posta come oggetto di un obbligo attraverso un contratto, nemmeno a titolo gratuito: ad esempio, poiché, come vedremo, il contratto di prostituzione non è lecito, io non posso nemmeno obbligarmi a titolo gratuito a eseguire presta-

zioni sessuali (mentre, ad esempio, così come posso lecitamente dare in affitto il mio appartamento, posso anche scegliere di concederlo a titolo gratuito, attraverso un contratto che si chiama comodato). Infatti, come vedremo, la c.d. donazione di organi è ammessa, ma è sempre revocabile, fino al momento dell'intervento chirurgico: cioè il soggetto non assume alcun obbligo.

Torniamo ai diritti di credito. Al diritto di credito corrisponde un'obbligazione. Il titolare del diritto di credito si chiama **creditore**, il soggetto obbligato **debitore**; come si è già detto, l'oggetto dell'obbligazione si chiama **prestazione**. Il corretto svolgimento della prestazione si chiama **adempimento**; e al contrario, si ha inadempimento quando la prestazione non è adempiuta affatto, o è adempiuta in maniera scorretta.

Una seconda categoria particolarmente significativa di diritti soggettivi è quella dei **diritti reali**. I diritti reali sono diritti assoluti; in particolare, sono diritti sulle cose. Il più importante dei diritti reali è la **proprietà**. Come proprietario, io ho un diritto assoluto sulla cosa: infatti, in linea generale la proprietà comporta che tutti abbiano un dovere di astenersi da qualsiasi ingerenza nella cosa senza il permesso del proprietario.

Esistono altri diritti reali, che si caratterizzano per avere un contenuto e talvolta una durata più limitati. Ad esempio, si chiama usufrutto il diritto di godere di una certa cosa e di trarne i frutti per un periodo di tempo limitato, al massimo corrispondente con la vita dell'usufruttuario. Le servitù invece sono diritti a trarre dalla cosa utilità limitate: ad esempio la servitù di passaggio consente ad un soggetto di passare sopra il fondo di un altro; la servitù di acquedotto di farvi passare dell'acqua per l'utilità di un proprio fondo.

Anche questi diritti, per quanto più limitati, sono diritti assoluti, in quanto opponibili a chiunque. Ad esempio, se ho una servitù di passaggio non solo ho diritto a che il proprietario mi lasci passare, ma ho diritto altresì a che nessun altro mi impedisca di passare. Se ad esempio un altro soggetto ostruisce il cancello attraverso cui accedo al fondo, e di cui il proprietario mi ha dato le chiavi, io potrei pretendere che la mia possibilità di passaggio sia ripristinata.

I diritti reali, si diceva, sono diritti sulle cose. Più propriamente, il diritto italiano chiama **beni** le cose che possono essere ogget-

to di diritti. La cosa è qualsiasi porzione del mondo fisico. Se ad esempio consideriamo un cadavere, esso può certamente considerarsi una cosa; ma il nostro diritto non ammette diritti reali su di esso, pertanto non è un bene.

I beni si dividono in **beni immobili** e **beni mobili**. I beni immobili sono il suolo, le costruzioni e in generale tutto ciò che accade stabilmente al suolo; tutti gli altri beni sono mobili. In diversi casi, il diritto stabilisce norme giuridiche diverse per i beni immobili e per i beni mobili. Ad esempio, esistono pubblici registri immobiliari in cui devono essere trascritti i contratti che comportano il trasferimento della proprietà di beni immobili, in modo da rendere conoscibili a tutti le vicende che li riguardano; è evidente che una simile disciplina non potrebbe applicarsi indistintamente a tutti i beni mobili (anche se è prevista per alcune particolari categorie di beni come gli autoveicoli, le navi e gli aeromobili). D'altra parte, i contratti che comportano il trasferimento della proprietà di beni immobili devono sempre farsi in forma scritta.

## 2. L'autonomia privata

In molti campi, il diritto privato muove dal riconoscimento dell'**autonomia privata**.

L'autonomia privata è la possibilità riconosciuta agli individui di regolare nel modo desiderato le situazioni che li riguardano. E ciò perché si ritiene che ognuno sia il miglior giudice dei propri interessi, o quanto meno perché si ritiene giusto che ognuno decida per sé.

L'autonomia privata si estrinseca in molti settori: la libertà contrattuale è la libertà di scegliere se concludere contratti e quale contenuto darvi; la libertà coniugale è la libertà di scegliere se sposarsi e con chi; la libertà testamentaria è la libertà di regolare la sorte del proprio patrimonio per il tempo successivo alla morte. In altri settori l'autonomia privata sta acquistando negli ultimi anni un ruolo crescente (ad esempio nell'ambito medico e delle scelte di cura).

Naturalmente, quando un atto è destinato a produrre effetti nella sfera di più persone, lo stesso rispetto dell'autonomia privata richiede in linea di principio che ci sia un accordo: altrimenti

un soggetto si troverebbe a subire conseguenze non desiderate. Così avviene ad esempio per il contratto o per il matrimonio.

Ma se in molti settori c'è ampio riconoscimento per l'autonomia privata, che ruolo svolge il diritto?

Il diritto svolge molti ruoli.

Innanzitutto svolge un ruolo suppletivo: anche laddove si lasciano i soggetti liberi di disporre come vogliono, si dovrà pur stabilire cosa succede se essi non decidono nulla.

Ad esempio, nel diritto dei contratti gran parte delle norme si limitano a colmare eventuali lacune del regolamento predisposto dalle parti, cioè questioni che le parti non hanno deciso.

Per fare un esempio banale: secondo l'art. 1510 c.c. "in mancanza di patto o di uso contrario, la consegna della cosa deve avvenire nel luogo dove questa si trovava al tempo della vendita, se le parti ne erano a conoscenza". Pertanto, se Tizio vende a Caio il televisore che sta nel suo salotto, sono liberissimi di stabilire che dovrà essere consegnato a casa di Caio; ma se non hanno previsto nulla, sarà Caio a dover recuperare il televisore a casa di Tizio.

Il secondo ruolo del diritto è quello di limitare l'esercizio dell'autonomia privata.

Ciò può avvenire in due modi: vietando o imponendo certi contenuti; oppure stabilendo le condizioni necessarie perché un certo atto di esercizio dell'autonomia privata sia ritenuto come valido dal diritto.

Facciamo qualche esempio.

Nel nostro diritto sono vietati gli interessi usurari (art. 1815 c.c.), cioè gli interessi che superano certe soglie. Le parti sono libere di concludere un contratto di mutuo, e anche di prevedere degli interessi, ma il diritto vieta che il loro accordo assuma un certo contenuto.

In certi casi, i limiti posti all'autonomia privata sono particolarmente rigidi. Ad esempio, la libertà coniugale è solo diritto di scegliere se sposarsi e con chi. Gli effetti del matrimonio sono infatti rigidamente determinati dalla legge: le parti non potrebbero ad esempio dare luogo a un matrimonio a termine, o a un matrimonio senza obbligo di fedeltà, o a un matrimonio risolubile unilateralmente da uno dei due.

Diverso è il caso delle regole che prescrivono, per determinati atti, certe forme. Ad esempio, per la compravendita di beni im-



mobili è necessaria la forma scritta. Non si può dire che una compravendita verbale, magari accompagnata da una bella stretta di mano, sia vietata (e magari le parti si sentiranno anche moralmente impegnate); però non rispetta le condizioni necessarie che il diritto ha stabilito per la sua validità.

Una funzione non dissimile svolgono quelle regole che richiedono certi requisiti soggettivi per gli atti di esercizio dell'autonomia privata: ad esempio stabilendo che sono invalidi gli atti posti in essere dai minori. In sé e per sé un contratto concluso da un minore non è vietato dal diritto, ma semplicemente non è valido.

Questi primi due ruoli del diritto rispetto all'autonomia privata corrispondono alla contrapposizione tra **norme dispositive** e **norme imperative**. Le norme dispositive sono le norme derogabili, che entrano in gioco solo quando i soggetti non prevedono diversamente. Le norme imperative sono norme inderogabili, e una previsione che non le rispetti non è valida.

Un'annotazione incidentale: quando un atto non è valido, vuol dire che i suoi effetti possono essere posti nel nulla. Ci sono poi norme di dettaglio diverse, che vedremo nelle sedi apposite, che disciplinano questa invalidità: ad esempio stabilendo chi può farla valere, se ci sono dei termini entro i quali deve essere fatta valere, se ci sono dei modi per sanare l'atto, ecc.

Esiste una terza funzione del diritto, che però è solo eventuale.

Qualche volta l'autonomia privata si esercita attraverso atti che è sempre possibile revocare.

Ad esempio, questo vale per il testamento, che nel diritto italiano è un atto sempre revocabile (art. 587 c.c.). In altre parole fino al momento della morte il testatore può sempre mutare idea e cambiare il proprio testamento.

In altri contesti però il diritto serve a consentire di suscitare un **affidamento**, vincolando almeno in qualche misura il soggetto alla propria stessa manifestazione di volontà.

Non è difficile spiegare perché ciò possa essere opportuno. Se ho bisogno di comprare un bene pagandolo a rate, avrò bisogno che il venditore sappia di poter pretendere da me il pagamento. Naturalmente, se si tratta di un soggetto che conosco e con cui ho altre relazioni di lunga durata, potrebbe non esserci bisogno dell'intervento del diritto; ma in caso contrario paradossalmente sarà

mio interesse che qualcuno mi possa costringere a mantenere fede ai miei impegni, in modo che il venditore possa fidarsi.

Ecco perché ad esempio il codice civile stabilisce che “il contratto ha forza di legge tra le parti” (art. 1372 c.c.). Le parti possono consensualmente risolvere il contratto, e il diritto stabilisce una serie di casi in cui anche unilateralmente una delle parti può svincolarsi. Ma in linea generale quello che si è pattuito nel contratto è obbligatorio per le parti, e il giudice le condannerà a fare quanto hanno promesso così come se tali obblighi fossero previsti dalla legge stessa.

Talvolta anche una dichiarazione unilaterale può essere vincolante. Così, ad esempio, è previsto che “colui che, rivolgendosi al pubblico, promette una prestazione a favore di chi trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione, è vincolato dalla promessa non appena è resa pubblica” (art. 1989 c.c.). Supponiamo ad esempio che io prometta una certa ricompensa a chi mi riporterà il mio cane smarrito: è essenziale affinché quella promessa svolga la sua funzione (di incentivare i soggetti ad attivarsi per ritrovare e riportare il cane) che il diritto mi ritenga vincolato ad essa.

La creazione di un vincolo sembra essenziale anche nel matrimonio. Per quanto oggi, in Italia, il matrimonio si possa sciogliere con relativa facilità (attraverso una separazione che, a seconda dei casi, deve durare sei mesi oppure un anno e poi il divorzio; ancora più facile, come vedremo, è sciogliere l'unione civile tra persone dello stesso sesso), tuttavia resta vero che lo scioglimento richiede un certo tempo e una certa procedura formale; il che sembra ancora una volta necessario affinché il matrimonio possa suscitare un minimo di affidamento nell'altro coniuge, come pare nella sua stessa natura.

L'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi richiede anche che il diritto in molti casi faccia prevalere sulla effettiva volontà dei soggetti il significato obiettivo della loro **dichiarazione**.

Facciamo un esempio. Come vedremo, nei contratti l'errore è rilevante solo se riconoscibile dall'altro contraente (art. 1428 c.c.). Ne discende che se per un mio errore dichiaro qualcosa di non corrispondente alla mia volontà (ad esempio mi impegno a pagare € 1420 quando invece volevo scrivere € 1240), resto impegnato da quanto ho scritto, a meno che l'errore fosse riconoscibile da parte

dell'altro contraente. Se il contratto è un atto di autonomia privata, può sembrare paradossale che io mi trovi vincolato a qualcosa che non ho voluto. Tuttavia, è importante che l'altra parte possa fare affidamento sulla mia dichiarazione, senza essere pregiudicata da circostanze a lei non conoscibili.

### **3. Un esempio: il diritto delle successioni**

Poiché nel prosieguo della trattazione dedicheremo dei capitoli appositi al contratto e al diritto di famiglia, sembra utile esemplificare i discorsi che si sono appena svolti sull'autonomia privata con riguardo alle successioni per causa di morte.

Il diritto dà ampio spazio all'autonomia privata attraverso il **testamento**, cioè "l'atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse" (art. 587 c.c.).

Si è già sottolineato come il fatto che il testamento sia sempre revocabile impedisce che in questo caso possa formarsi un affidamento. Ognuno può cambiare idea in qualsiasi momento, e modificare o semplicemente revocare il testamento; come vedremo fra breve, sono altre norme, dettate direttamente dalla legge, a tutelare le aspettative successorie di alcuni soggetti vicini al defunto.

Dunque il testamento è un atto di autonomia. Tuttavia in questa materia il diritto sceglie di non lasciare libertà di forma. Esiste dunque un primo gruppo di norme imperative che disciplinano la forma del testamento. Per essere valido il testamento deve o essere olografo (cioè scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore) oppure essere fatto attraverso un notaio. (art. 601 c.c.). A sua volta, il notaio o può redigere per iscritto le volontà che il soggetto dichiara davanti a due testimoni (c.d. testamento pubblico) oppure può ricevere davanti a due testimoni il testamento in una busta sigillata (c.d. testamento segreto).

Qui è evidente come il diritto per poter riconoscere il testamento deve porre in essere certe regole che ne garantiscono l'autenticità, ma anche che ne consentono la datazione (per il caso, ad esempio, in cui ci siano più testamenti, e si debba stabilire quale è il più recente).

Se non vi è testamento il diritto interviene a svolgere un ruolo suppletivo. Tale ruolo è svolto dalle regole della c.d. **successione legittima**: cioè quelle regole che si applicano quando manca un testamento (o eventualmente che integrano il testamento se il testatore ritiene di disporre solo di una parte delle proprie sostanze). Così, per fare solo qualche esempio, mancando un testamento, se sopravvivono un coniuge e un figlio, ognuno dei due riceverà metà dell'eredità; se sopravvivono il coniuge e due figli, ognuno riceverà un terzo; se sopravvivono il coniuge e i genitori, il coniuge riceverà due terzi dell'eredità e i genitori un terzo; in assenza del coniuge, succedono i figli in parti uguali, e se non vi sono figli i genitori e i fratelli e le sorelle; e così via.

Quando vi è un valido testamento, entrano in gioco altre norme imperative, che pongono dei limiti sostanziali alla libertà testamentaria, attribuendo delle quote di riserva ai c.d. legittimari (c.d. **successione necessaria**). Il diritto cioè stabilisce che certi soggetti abbiano comunque diritto a ricevere una determinata quota del patrimonio. Se il testamento lede i diritti di un legittimario, quest'ultimo può esercitare la c.d. azione di riduzione per recuperare la parte di sostanze che gli spetta.

Le quote che spettano ai legittimari sono diverse a seconda delle diverse situazioni, e la loro somma è sempre inferiore ad uno: infatti, esiste pur sempre una quota disponibile, che è quella appunto di cui si può disporre liberamente. Così, per fare qualche esempio, se sopravvivono il coniuge e un figlio, la quota di riserva di ciascuno è pari a un terzo; se sopravvivono il coniuge e due figli, la quota di riserva di ciascuno è pari a un quarto. Se non vi è coniuge né figli, la quota disponibile è molto ampia, essendo riservato soltanto ai genitori o ad altri ascendenti un terzo del patrimonio; se non vi sono neppure i genitori o altri ascendenti, non sono previste quote di riserva e il patrimonio è interamente disponibile.

Come si vede, si tratta di un campo in cui l'autonomia privata, attraverso il testamento, è centrale; essa però incontra limiti variabili, a garanzia delle esigenze di solidarietà all'interno della famiglia; e in ogni caso incontra limiti quanto alle forme con cui si esercita, a garanzia delle esigenze di certezza del diritto.