



# Compendio del Torrente

---

Parte Prima





## L'attività giuridica e la tutela giurisprudenziale dei diritti.

### LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

#### Il rapporto giuridico.

Il rapporto giuridico non è altro che una relazione fra due soggetti protetta dall'ordinamento giuridico. In ogni rapporto si definisce *soggetto attivo* quello a cui è attribuito un potere; *soggetto passivo* quello a cui è attribuito un dovere.

Quando si vuole alludere ai due soggetti fra i quali intercorre un rapporto giuridico utilizziamo il termine <parti>, mentre indichiamo un soggetto esterno come *terzo*.

Il rapporto giuridico è solo una figura di una categoria più ampia: *la situazione giuridica*.

#### Situazioni soggettive attive.

In un rapporto giuridico il soggetto attivo è titolare di un *diritto soggettivo*, cioè del potere di agire per il soddisfacimento di un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico.

Quando tale potere non è attribuito al singolo per il soddisfacimento di un proprio interesse ma di un interesse altrui, si parla di **potestà o ufficio**.

*Facoltà* è invece una manifestazione del diritto soggettivo che non hanno un carattere autonomo ma sono in esso comprese. Le facoltà infatti non sono soggette a prescrizione a meno che non si prescriba il diritto di cui fanno parte.

*Aspettativa* è un interesse individuale tutelato in via provvisoria e strumentale come **mezzo** al fine di assicurare la possibilità di sorgere di un diritto. Il suo sorgere è tipico delle norme con fattispecie a formazione progressiva.

Infine definiamo come *Status* una qualità giuridica che si attribuisce alla persona come risultato di una sua posizione all'interno della collettività e alla quale sono collegati alcuni diritti o doveri.

### **L'esercizio del diritto soggettivo.**

Colui al quale l'ordinamento attribuisce un diritto soggettivo è chiamato *titolare*.  
L'esercizio di tale diritto consiste nell'esplicazione dei poteri di cui il diritto consta.

Esso è diverso dalla sua realizzazione che consiste nella piena soddisfazione dell'interesse protetto. La realizzazione può essere spontanea o coattiva (quando è necessario fare ricorso ai mezzi che l'ordinamento predispone per la tutela del diritto soggettivo).

Il titolare del diritto soggettivo non è tenuto però a compiere un *abuso* dello stesso, il qual si ha quando si adopera un proprio diritto soggettivo per perseguire un interesse diverso da quello proprio di tale diritto.

### **Categorie di diritti soggettivi.**

Possiamo innanzi tutto dividere i diritti in assoluti e relativi. Per i primi il titolare può far valere un proprio diritto erga omnes, nel secondo il diritto deve essere fatto valere nei confronti di una persona determinata.

Diritti assoluti sono i *diritti reali* e i *diritti della personalità*. Il diritto viene ad esplicarsi in maniera diretta nei confronti del bene senza bisogno della mediazione di nessuno.

Nel *rapporto obbligatorio* invece è basilare per la realizzazione dell'interesse la mediazione di un altro soggetto che è *obbligato* a un determinato comportamento.

Possiamo definire il rovescio del diritto assoluto come *dovere*, mentre quello del diritto relativo come *obbligo*.

Altra ipotesi è quella alla quale al potere di una persona non corrisponde alcun dovere ma solo uno stato di *soggezione*. Questi sono quei diritti noti come *diritti potestativi*, i quali consistono nel potere di creare un mutamento della situazione giuridica altrui senza un'azione di questo (es. Art 874 Comunione forzosa del muro di confine).

Per quanto riguarda i *diritti personali di godimento* (*locazione e comodato*) si pensa che essi abbiano una duplice natura: relativa per chi ha concesso il godimento, assoluta per tutti i consociati i quali sono tenuti ad astenersi dal turbare tale godimento.

### **Gli interessi legittimi.**

Si definisce *interesse* qualsiasi vantaggio o utilità che costituisce il fine o l'obbiettivo di una determinata azione. A seconda del portatore distinguiamo un interesse pubblico e uno privato.

L'interesse si dice semplice quando per mancanza di una tutela particolare non può essere fatto valere. Quando invece vi è una particolare tutela giuridica di tale interesse, allora sono titolare di un diritto soggettivo.

Quando l'interesse da far valere è nei confronti della sfera pubblica, allora parliamo di *interesse legittimo*, cioè il potere di chiedere che un determinato comportamento pubblico sia rispettato o tenuto. Tipico strumento per far valere un proprio interesse legittimo è l'*impugnazione* dell'atto che si ritiene viziato, al fine di chiederne l'annullamento. I vizi possono essere di incompetenza, di violazione di legge o di eccesso di potere. Nel recente periodo è stata ammessa la facoltà di ricevere un vero e proprio indennizzo in caso di violazione di tal tipo di interesse.

### **Situazioni di fatto** (Possesso e detenzione).

L'ordinamento protegge anche provvisoriamente contro la violenza o il dolo altrui, determinate situazioni in cui la persona non sia pienamente titolare di un dato diritto nei confronti di una cosa ma solamente in una situazione di fatto. Si hanno così le due figure del possesso e della detenzione.

### **Situazioni soggettive passive.**

Avendo già analizzato le figure del dovere, dell'obbligo e della soggezione, due parole merita l'onere.

Questa figura ricorre quando ad una persona è attribuito un potere, ma egli stesso è tenuto ad una azione positiva per far valere tale potere e avere realizzato un proprio interesse. Onere diverso ma di stessa natura è l'*onere della prova*.

### **Vicende del rapporto giuridico.**

Un rapporto giuridico si costituisce allorché il soggetto attivo acquista il diritto soggettivo. L'acquisto è *a titolo originario* se tale diritto soggettivo sorge senza essere stato trasmesso da nessuno. *A titolo derivativo* quando si trasmette da una persona all'altra.

Il *titolo d'acquisto (causa acquirendi)* è l'atto o il fatto giuridico che giustifica l'acquisto. Se l'acquisto è a titolo derivativo si ha il passaggio da una persona ad un'altra e tale passaggio è definito successione. Il passaggio può prevedere o la trasmissione dello stesso atto, oppure oltre al trasferimento anche la costituzione di un nuovo rapporto (*acquisto a titolo derivativo - costitutivo*).

La vicenda finale di un rapporto giuridico è la sua estinzione.

I diritti si distinguono ancora in *disponibili ed indisponibili*, cioè ai quali è possibile rinunciare e ai quali no.



### IL SOGGETTO DEL RAPPORTO GIURIDICO

### **Soggetti e persone.**

Le situazioni giuridiche soggettive fanno a capo a tutti quelli che possono definirsi come soggetti. Viene definita capacità giuridica l'idoneità ad essere titolari di situazioni giuridiche soggettive proprie.

Tale capacità è propria non solo delle persone fisiche ma anche degli enti. A sua volta questi si dividono in *persone giuridiche* (perché hanno autonomia patrimoniale propria) e *enti non dotati di personalità* (in quanto pur essendo soggetti e cioè possibili titolari di sit. giur. sogg. essi non rispondono personalmente delle obbligazioni contratte dall'ente stesso. Da ciò discende la disuguaglianza tra soggetti e persone.

### LA PERSONA FISICA

### **La capacità giuridica della persona fisica.**

L'uomo acquista la capacità giuridica per il solo fatto di nascere. Essa è quindi propria di tutti gli uomini. Cosa che in passato non è sempre stata così.

La capacità giuridica è quindi propria non solo dei cittadini dell'ordinamento ma

anche degli stranieri secondo il principio della *reciprocità*. Non segue invece questo principio il riconoscimento dei *diritti inviolabili dell'uomo*, che a seguito di varie intese sovranazionali sono state riconosciute a ogni uomo anche se cittadino o apolide.

### **La nascita e la morte.**

La capacità giuridica si acquista con la nascita e si perde con la morte.

Si ha la nascita con l'acquisizione della piena indipendenza dal corpo materno che si realizza con l'inizio della respirazione polmonare. Non occorre la vitalità intesa come sopravvivenza. Entro dieci giorni dall'evento esso deve essere comunicato ad un ufficiale dello stato civile o da un genitore, o da un procuratore speciale, o da un medico o da un ostetrica o da altra persona che abbia assistito al parto. Se la nascita avviene in un ospedale o casa di cura la notizia deve pervenire alla relativa direzione sanitaria che provvederà alla trasmissione della notizia.

Si ha la morte con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo. La notizia deve essere comunicata ad un ufficiale dello stato civile entro 24 ore dal congiunto, da una persona convivente o da un loro procuratore speciale, o da persona informata dell'accaduto. Se la morte è avvenuta in una casa di cura/ospedale/riposo, dal direttore dello stesso.

Se vi è incertezza sul momento della morte fra due o più persone, perite forse nel medesimo contesto, la legge presume che queste siano morte contemporaneamente (*presunzione di commorienza, art 4*). Per quanto riguarda i rapporti di cui il defunto era titolare, quelli patrimoniali si trasmettono secondo le regole che la legge detta per le successioni, quelli di altro tipo sono affidati al coniuge o ai prossimi congiunti.

### **Le incapacità speciali.**

Per aver accesso a taluni rapporti è necessario avere determinate presupposti. Se questi non sussistono il soggetto non può essere parte di quel determinato rapporto.

Possiamo dividere in *incapacità assolute*: per cui a quel soggetto è precluso quel dato tipo di rapporto o atto; *incapacità relative* se al soggetto è precluso quel

determinato rapporto solo nei confronti di determinate persone e solo in determinate circostanze. Tali incapacità si riavvisano in quanto un rapporto non è accessibile al soggetto neppure tramite un rappresentante.

### **Il concepito.**

Sebbene sappiamo che è la nascita il presupposto per acquistare la capacità giuridica, talune posizioni giuridiche<sup>(3)</sup> sono tutelate anche a favore di chi seppur non nato è concepito. Queste sono: la capacità di succedere per causa di morte(art 462), sia per legge che per testamento; la capacità di ricevere per donazione; il risarcimento del danno alla salute ed all'integrità fisica eventualmente cagionatogli prima o durante il parto. Tutti i diritti riconosciuti a questo, ovviamente, per essere esercitati presuppongono la nascita. Se ciò non avviene dovranno considerarsi come mai entrati nella sua sfera giuridica(art 1).

La capacità di succedere per testamento o ricevere per donazioni è riconosciuta anche a chi non sia ancora nato ma sia figlio di una persona vivente al momento dell'apertura della successione.



### **La capacità di agire.**

Acquistata la capacità giuridica con la nascita, questa viene subito esercitata con l'acquisizione dei diritti della personalità. Solo eventuali ,invece, sono gli acquisti di diritti patrimoniali.

Per poter curare personalmente i propri interessi attraverso atti amministrativi l'ordinamento richiede che il soggetto abbia la capacità di agire, con la quale bisogna intendersi l'idoneità di un soggetto a porre in essere atti che risultano rilevanti nella propria sfera negoziale.

Come regola generale (art 2) la capacità di agire si acquista al raggiungimento della maggiore età. Può però accadere che per svariate altre ragioni, il soggetto, pur avendo raggiunto la maggiore età non sia in grado di poter curare i propri affari. A protezione di tali soggetti che in generale non hanno capacità di agire, il codice prevede gli istituti:

- della minore età;
- della interdizione giudiziale;
- dell'inabilitazione;
- dell'emancipazione;
- dell'amministratore di sostegno;
- dell'incapacità naturale.

Queste elencate risultano essere le incapacità negoziali le quali non sono da confondere con le *extranegoziali*.

### **La minore età.**

Prima del raggiungimento della maggiore età il minore è *legalmente incapace*. *Deroghe* a questo principio sono ammesse per il minore ultrasedicenne(3), ammesso a contrarre matrimonio dal giudice(art 84), di dare il consenso per le nozze o per stipulare in proprio il contratto di lavoro, o per il riconoscimento del proprio figlio naturale.

Oltre a non poter *stipulare* gli atti che influenzerebbero la sua sfera negoziale, non può nemmeno deciderne il compimento.

Gli atti eventualmente posti in essere dal minore sono annullabili. Tali atti possono essere impugnati fino a 5 anni dal raggiungimento della maggiore età e tale impugnativa può essere proposta solo dal rappresentante legale del minore o da quest'ultimo. Non è possibile che siano impugnati dalla controparte. Devono comunque ritenersi accessibili al minore tutti gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana.

La gestione del patrimonio del minore compete:

-disgiuntamente ai genitori per quanto riguarda gli atti di ordinaria amministrazione.

-congiuntamente per quanto riguarda gli atti di straordinaria amministrazione. In più la legge richiede che per il compimento di tali atti sia necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare.

Gli atti posti in essere in assenza dell'autorizzazione sono annullabili dai genitori o

dal figlio quando divenuto maggiorenne.

Quanto i genitori non possono esperire i loro compiti(Titolo X, capo I), viene nominato dal giudice un tutore(che può essere designato dal genitore che per ultimo ha esercitato la potestà sul minore, oppure scelto fra gli ascendenti o i prossimi parenti o gli affini).

Il tutore deve sempre premunirsi dell'autorizzazione del giudice tutelare per gli atti in 374 cc e di quella del tribunale per quelli all'art 375cc.

### **L'interdizione giudiziale(art 414).**

È pronunciata dal tribunale quando: vi sia un infermità di mente, non transitoria, che non permetta al soggetto di poter esprimere una volontà propria e maturata, e che tale infermità comporti l'impossibilità del soggetto di provvedere ai propri affari(avendo riguardo per l'importanza di questi), e per cui a questo soggetto sia necessaria una adeguata protezione.

Ovviamente può essere pronunciata solo a carico del maggiore di età, anche se è possibile che l'interdizione di un minore sia dichiarata un anno prima dal compimento della maggiore età così da evitare soluzioni di continuità.

Il procedimento di interdizione può essere promosso: dallo stesso interdicendo, dal coniuge, dalle persone stabilmente conviventi, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo, ovvero dal pubblico ministero.

Fase preliminare è l'esame diretto dell'interdicendo da parte del giudice. Dopo detto esame il giudice può decidere se nominare un tutore provvisorio.

La sentenza viene annotata nel registro delle tutele e comunicata entro 10 giorni per essere annotata a margine dell'atto di nascita e gli effetti decorrono dal momento della pubblicazione della sentenza di primo grado sebbene non passata in giudicato ma che pronuncia l'interdizione stessa.

La situazione dell'interdetto è molto simile a quella del minore. Non può compiere direttamente alcun atto negoziale se non quello necessario al soddisfacimento delle necessità della propria vita quotidiana. La gestione dei beni dell'interdetto spetta al tutore e gli atti negoziali relativi a questo sono compiuti dal tutore in vece

dell'interdetto, ferma restando la necessità dell'autorizzazione del giudice per il compimento degli atti agli art 374 e 375.

Il giudice può anche disporre che taluni atti di ordinaria amministrazione siano compiuti autonomamente dall'interdetto oppure da quest'ultimo con l'assistenza del tutore(art 427).

L'interdetto non può: contrarre matrimonio; riconoscere figli naturali; fare testamento. Può legittimare la richiesta, in danno dell'interdetto, della separazione giudiziale dei beni estintiva del regime di comunione legale fra i coniugi e di esclusione dalla società di persone e cooperativa.

Su istanza degli stessi che potevano promuoverla, l'interdizione può essere revocata quando vengono meno le condizioni che ne hanno giustificato l'istanza.

### **L'interdizione legale.**

È prevista dal codice penale come pena accessoria ad una condanna definitiva all'ergastolo o per reato non colposo che comporti la reclusione per un periodo non inferiore ai 5 anni. Colpisce soggetti capaci di intendere e di volere.

Per quanto riguarda i rapporti patrimoniali, l'interdetto legale si trova, durante la pena, nella stessa situazione dell'interdetto giudiziale.

Per gli atti di carattere personale (matrimonio, testamento, ecc) possono essere liberamente compiuti.

### **L'inabilitazione.**

È pronunciata dal giudice con sentenza del tribunale quando ricorrano alternativamente le seguenti fattispecie:

- malattia mentale non così grave da ricorre ad interdizione;
- prodigalità;
- abuso abituale di bevande alcoliche o stupefacenti;
- sordità o cecità dalla nascita sempre se non si sia ricevuta la una educazione sufficiente a fargli acquistare la capacità necessaria per attendere personalmente ai propri affari.

Il procedimento ricalca quello di interdizione.

L'inabilitato può autonomamente compiere atti di ordinaria amministrazione.

Per gli atti di straordinaria amministrazione devono essere compiuti unitamente al curatore nominato dal giudice tutelare e previa autorizzazione giudiziale. Il curatore semplicemente integra la volontà del curato. È necessaria la presenza del curatore affinché il curato possa comparire in giudizio.

### **L'emancipazione.**

Il minore di età autorizzato dal tribunale a contrarre matrimonio, si sottrae alla disciplina del minore di età. La sua condizione giuridica è simile a quella dell'inabilitato in quanto per compiere atti di straordinaria amministrazione necessita dell'assistenza. L'annullamento del matrimonio per causa diversa dal difetto d'età non fa venir meno l'emancipazione.

### **L'amministrazione di sostegno (temporanea e parziale).**

Presupposti sono: una menomazione fisica o psichica; il fatto che tale menomazione impedisca al soggetto di poter provvedere ai propri interessi.

Tale impedimento può anche semplicemente essere temporanea, tanto che l'amministratore può essere scelto anche a tempo determinato. L'infermità può riguardare anche solo determinati profili della personalità.

Il procedimento è simile a quello dell'interdizione. Il giudice tutelare adotta provvedimenti urgenti per la cura della persona e del suo patrimonio. Il provvedimento è annotato nell'apposito registro e deve essere annotato al margine dell'atto di nascita.

A differenza delle precedenti interdizioni, i provvedimenti sono scelti volta a volta dal giudice tutelare. Tale istituto è infatti caratterizzato per una particolare *flessibilità e duttilità*. Viene quindi nominato un amministratore di sostegno con il compito di curare gli interessi della persona del beneficiario.

Nell'atto il giudice deve indicare:

- a) Gli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto dell'amministrato;
- b) Gli a cui l'amministratore di sostegno deve semplicemente dare il proprio assenso, prestando così assistenza al beneficiario.

Per i restanti atti non previsti dal giudice, l'interessato conserva pienamente la propria capacità di agire.

### **Incapacità naturale**(art 428).

Rientra in questa fattispecie il caso in cui una persona pur legalmente capace si trovi in un particolare momento incapace di intendere o di volere di fatto. Questo sia che avvenga transitoriamente(eccesso di alcolici ad esempio) sia permanentemente(un soggetto mai sottoposto a provvedimenti legali miranti alla sua cura). Si verifica quindi uno scollamento fra *situazione giuridica* e *situazione di fatto*. Proprio per questo la legge consente a questo soggetto di poter impugnare l'atto se si trovava in tali condizioni. Si distinguono tre ipotesi:

- a) Matrimonio, donazione e testamento sono impugnabili se si dimostra che in quel preciso momento in cui ha compiuto l'atto il soggetto era incapace di intendere o di volere.
- b) Atti unilaterali → sono annullabili se si dimostra che il soggetto era incapace di intendere o di volere e da questi atti sia derivato per lui un grave pregiudizio
- c) Contratti → sono annullabili se si dimostra che il soggetto era incapace di intendere e di volere e che l'altro contraente fosse in malafede, cioè che avrebbe potuto, usando l'ordinaria diligenza, accorgersi che l'altra parte versava in tale stato.

Gli atti unilaterali e i contratti possono essere annullati da questo ultimo quando ha ritrovato la capacità naturale entro 5 anni da quando li ha compiuti.

### **Incapacità naturale e incapacità legale.**

La trattazione fin qui svolta chi consente di distinguere i casi di:

- 1) Incapacità legale → minore età, interdizione legale, giudiziale,

amministrazione di sostegno, inabilitazione, emancipazione, che contano solo in quanto una persona si trovi in una determinata situazione (per motivi legati all'età, alla salute o all'onore)

- 2) Incapacità naturale, la quale conta solo in quanto quella persona si trovi concretamente in quella determinata situazione mentre compie l'atto

A questo punto all'interno dell'incapacità legale possiamo distinguere:

- 1) Incapacità relativa → inabilitazione, emancipazione ed amministrazione di sostegno, definita così in quanto non è permesso al soggetto compiere solo determinati atti.
- 2) Incapacità assoluta → interdizione giudiziale e minore età, in quando sono preclusi al soggetto ogni tipo di atto.

### **La legittimazione.**

Con tale termine si intende l'idoneità del soggetto ad esercitare e/o disporre di un determinato diritto. Per compiere però quell'atto, il soggetto deve trovarsi in una situazione giuridica determinata dalla legge. Non sempre è necessario perché l'atto sia valido che tale legittimazione sussista effettivamente, in quanto alle volte la legge ammette che sussista l'apparenza ma solo a determinati presupposti:

- 1) Che vi sia una situazione di fatto che non corrisponde ad una situazione di diritto;
- 2) Il convincimento di terzi che la situazione di fatto rispecchi quella di diritto.

### **La sede della persona.**

Il luogo in cui la persona fisica vive o svolge i suoi affari ha una duplice importanza per l'ordinamento: - sia in sede processuale, sia in ambito sostanziale.

La legge distingue tra:

- *-domicilio*: dove la persona pone la sede principale dei suoi affari ed interessi;
- *-dimora*: il luogo ove la persona stabilmente abita;
- *-residenza*: il luogo in cui la persona ha voluto fissare la sua attuale dimora.

Il domicilio può essere: *legale*, quando è stato deciso dalla legge, o *volontario*, quando cioè è scelto dalla persona di sua spontanea volontà. Il domicilio generale è

unico. La legge permette di eleggere un proprio domicilio speciale. Tale elezione può essere fatta solo per iscritto.

La residenza dipende dall'elemento oggettivo di permanenza in un determinato luogo e dall'elemento soggettivo dell'intenzione di starvi stabilmente. La residenza deve essere dichiarata all'anagrafe. Tali risultanze hanno però il valore di presunzione semplice, in quanto sono superabili con qualsiasi mezzo di prova idoneo a dimostrare la volontaria ed abituale dimora del soggetto in un luogo diverso.

### **La cittadinanza.**

È la situazione di appartenenza di una persona fisica ad un determinato Stato.

Quella italiana si acquista:

- 1) *luris sanguinis* → per nascita da anche un solo cittadino italiano o adozione da parte di questo.
- 2) *lure soli* → coloro che nascono nel territorio italiano
- 3) *luris communicatio* → coniuge di cittadino italiano
- 4) Naturalizzazione → cittadino Ue che stia in Italia per 4 anni, apolide per 5, straniero per 10.

È consentita al cittadino italiano la doppia cittadinanza.

### **La posizione della persona nella famiglia (titolo V).**

Con il termine *parentela* si indicano le persone che discendono dallo stesso stipite.

Per determinare l'intensità del vincolo di parentela occorre indicare le linee e i gradi.

- 1) La linea retta: unisce persone di cui una discende dall'altra.
- 2) La linea collaterale: unisce persone che pur avendo uno stipite in comune non discendono l'una dall'altra.
- 3) I gradi si contano calcolando le persone e togliendo lo stipite.

La legge riconosce effetti della parentela solo fino al sesto grado.

L'*affinità* è il vincolo fra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge. Il grado di affinità si calcola tendendo presente il grado di parentela che si ha con il coniuge. Gli affini

degli affini non sono affini.

### **Scomparsa, assenza e morte presunta(titolo IV).**

Scomparsa(art 48)→è dichiarata con decreto di tribunale quando: allontanamento della persona dal luogo del suo ultimo domicilio o della sua residenza e mancanza di sue notizie oltre il lasso di tempo che può essere giustificato dagli ordinari allontanamenti della persona. Tale istituto ha essenzialmente finalità conservative del patrimonio e questo il tribunale può compiere gli atti necessari alla salvaguardi di questo. Gli effetti di tale provvedimento cessano automaticamente.

Assenza(art 49)→è dichiarata con sentenza del tribunale quando la persona si allontani e non si abbiano sue notizie per oltre due anni. Il tribunale può ordinare l'apertura di eventuali testamenti di questo. Gli eventuali eredi possono chiedere di essere immessi nel possesso di questi e ne hanno il godimento e l'amministrazione ma non possono disporre in maniera straordinaria se non per necessità. Il matrimonio non si scioglie ma si ha lo scioglimento della comunione legale dei beni. Se l'assente ritorna, ha diritto alla restituzione dei suoi beni, fermo restando le eventuali disposizioni che sono avvenute su questi con la corretta autorizzazione.

Morte presunta(art 58)→dichiarata dal tribunale quando la persona si sia allontanata e manca di sue notizie da 10 anni. Se si sospetta la mancanza a seguito di infortunio è sufficiente che trascorrano due anni. Il soggetto è considerato come se fosse morto. Se però ritorna, l'eventuale matrimonio contratto dal coniuge risulta nullo, e questa recupera i propri beni ferme restando le disposizioni che sugli stessi siano state fatte.

Per morte presunta e assenza è sufficiente oltre che la persona si ripresenti, anche semplicemente che sia dimostrata l'esistenza della stessa.

### **Gli atti dello stato civile.**

In ogni comune sono presenti tutti gli atti che hanno riguardo alla *cittadinanza, nascita, matrimoni, e morte*. Qui tali informazioni vengono iscritte in base alle dichiarazioni dei privati. Tali dichiarazioni si presumono vere fino a prova contraria. Esse hanno perciò valore di prova fino a querela di falso. Essi svolgono quindi principalmente funzione probatoria. Qualsiasi

rettificazione,ricostruzione,formazione,o cancellazione possono essere fatte solo in forza di decreto motivato dal tribunale. Tali atti sono pubblici quindi è possibile che siano chiesti da chiunque.

## B)DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

### **Nozioni e caratteri.**

Vi sono dei diritti innati che non sono stabiliti dall'ordinamento ma da questo sono semplicemente riconosciuti. Questi risultano costituire una sfera intangibile nei confronti dello stato e degli altri consociati. Tale elenco di diritti inviolabili può considerarsi aperto e quindi anche storicamente condizionato.

A tal riguardo svolgono un ruolo decisivo, non solo norme interne, ma anche norme di derivazione extratestuale come la “dichiarazione dei diritti dell'uomo”, la “cedu” “patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, e la carta dei diritti fondamentali dell'unione europea”.

I diritti della personalità sono caratterizzati per essere:

- 1) Necessari: si acquistano con la nascita e si perdono con la morte;
- 2) Imprescrittibili: il non uso prolungato non ne determina l'estinzione;
- 3) Assoluti: tutti sono tenuti ad astenersi da violarli;
- 4) Non patrimoniali: tutelano valori della persona non suscettibili di valutazione economica;
- 5) Indisponibili, non sono rinunziabili seppure si ammetta con sempre maggiore larghezza la possibilità di consentirne l'uso ad altri a titolo gratuito o a titolo oneroso;

si discute se esista un unico diritto che li comprende tutti ovvero se esistano tanti diritti distinti.

### **Diritto alla vita.**

Consiste nell'obbligo di astenersi dall'attentare alla vita altrui. Il problema delicato è quello di stabilire da quando si acquista il diritto alla vita. In più parti nel codice si trovano norme a favore del concepito. A questo punto trova rilevanza specificare

che il diritto a nascere trova tutela piena ed immediata nei confronti di tutti i soggetti diversi dalla madre. In tali confronti occorre distinguere:

- se si è nei tre mesi dal concepimento, in caso di necessità la gravidanza può essere interrotta subito, mentre in caso di volontà materna, è necessario che dal consenso all'atto passino 7 giorni così che questa possa revocarlo fino all'ultimo secondo prima dell'atto.
- se i tre mesi sono passati, l'atto è possibile esperirlo solo in caso di necessità, e cioè quando il non intervento potrebbe mettere a repentaglio la vita della madre o in ogni caso la sua salute.

Per quanto riguarda il suicidio, ciò che è veramente sanzionato è solo l'istigazione allo stesso. Al pari costituisce reato l'omicidio del consenziente. È anche vietato qualsiasi intervento volto ad accelerare la morte del malato che si ritiene affetto da malattia incurabile. (eutanasia attiva). Diverso è il caso in cui sia il paziente stesso a rifiutare il trattamento medico necessario a salvargli la vita, poiché il diritto alla salute implica anche il diritto a non curarsi e a lasciarsi morire. Se il paziente non è invece in grado di decidere, il medico dovrà effettuare qualsiasi trattamento idoneo a salvargli la vita. Quando l'urgenza viene superata, la decisione spetta al suo rappresentante legale.

Dato che attualmente l'ordinamento non ammette un vero e proprio testamento biologico, si ammette però da parte della giurisprudenza che eventuali disposizioni potranno essere prese in considerazione dal medico ma non sono vincolanti.

Per la tutela e la promozione della qualità della vita fino al suo termine sono ammesse procedure di tipo palliativo o definite come "terapia del dolore".

### **Diritto alla salute.**

Il diritto che ha ogni individuo alla integrità fisico psichica. Tale diritto compete anche al *nascituro*. Non è ammesso il diritto opposto il quale prevede il diritto a "a non nascere se non sano". Tale diritto, eccetto per il concepito, è rimessa esclusivamente all'autodeterminazione del suo titolare.

La legge però può prevedere l'obbligo di un determinato trattamento sanitario quando sia a rischio non solo la salute dell'individuo ma dell'intera collettività. In

tutti gli altri casi tutti i trattamenti sanitari sono solo volontari. Il consenso al trattamento medico non obbliga chi lo ha dato a vederlo eseguito fino all'atto vero e proprio.

Il diritto alla salute non è comunque rimessa al suo titolare. Infatti gli atti dispositivi del proprio corpo sono consentiti solo a due condizioni:

- 1) non siano contrari alla legge;
- 2) che non cagionino una diminuzione permanente dell'integrità psicofisica di chi ne ha disposto.

La legge però consente:

- 1) l'espianto di un rene, a titolo gratuito e dopo che sia stato fornito il consenso informato
- 2) interventi di modificazione dei caratteri sessuali, quando il non compierlo influisca sulle scelte psicologiche personali.

È ammessa comunque la sterilizzazione volontaria. Mentre le parti autonomamente staccate dal corpo sono beni autonomi di proprietà del soggetto al cui corpo appartenevano. I limiti al potere di autodeterminazione valgono fino a che il soggetto è in vita. Alla morte è permesso l'espianto per donazione ad eccezione del cervello e delle gonadi. In questo caso infatti la mancata dichiarazione di volontà è considerata come assenso alle donazione.

### **Diritto al nome.**

Il nome svolge funzione di identificazione sociale della persona.

Per il figlio legittimo il cognome è quello del padre e il nome è quello attribuitogli all'atto di nascita. Se il genitore non provvede, a questo pensa l'ufficiale di stato.

Per il figlio naturale di regola assume il cognome del genitore che per primo l'ha riconosciuto. Se non c'è stato riconoscimento a questo provvede l'ufficiale di stato. Se è stato successivamente riconosciuto dal padre sarà egli stesso che potrà decidere se sostituirlo o apporlo accanto a quello della madre. Se il figlio è minore è il giudice che dovrà decidere.

L'adottato assume il cognome degli adottanti. A seguito del matrimonio, la moglie assume il cognome del marito e lo affianca al proprio. Lo conserva finché non passi a nuove nozze. In caso di divorzio questa perde il cognome maritale ma può chiedere al giudice di conservarlo se ve ne sia un particolare interesse.

Il nome è tendenzialmente immodificabile. Può essere modificato solo con richiesta al prefetto. Il cognome può subire modificazioni quando questo potrebbe arrecare particolare danni al detentore, specialmente perché troppo ridicolo.

Il nome viene tutelato contro:

- 1) Contestazione;
- 2) Usurpazione;
- 3) Utilizzazione abusiva;

in questi ultimi due caso l'uso è vietato solo quando questo possa arrecare grave danno al vero titolare.

La vittima può chiedere quindi la cessazione dell'atto lesivo e il risarcimento dell'eventuale danno subito.

Tutela analoga per il nome è quella dello pseudonimo.

### **Diritto all'integrità morale.**

La legge tutela l'interesse di ciascuno all'onore(insieme delle doti morali del soggetto) e al decoro(insieme delle doti intellettuali, fisiche e quelle di altre qualità che concorrono a determinare il pregio dell'ambiente in cui vive)e alla reputazione(l'opinione che gli altri hanno del decoro e dell'onore di questo).

È quindi vietata ogni tipo di espressione che comporti il mancato rispetto nei confronti di quella persona, nei suoi confronti o di un terzo, anche se tale espressione sia riconducibile poi a verità.

Tale diritto viene meno nei confronti del diritto all'informazione quando corrispondano le seguenti caratteristiche: verità della notizia,utilità sociale dell'informazione, continenza espositiva.

Ovviamente notizie legittime della lesione di tale integrità sono permesse allor quando lo permetta l'interessato. Il danneggiato può richiedere il risarcimento del

danno e il giudice può ordinare che tale sentenza sia pubblicata in uno o più giornali.

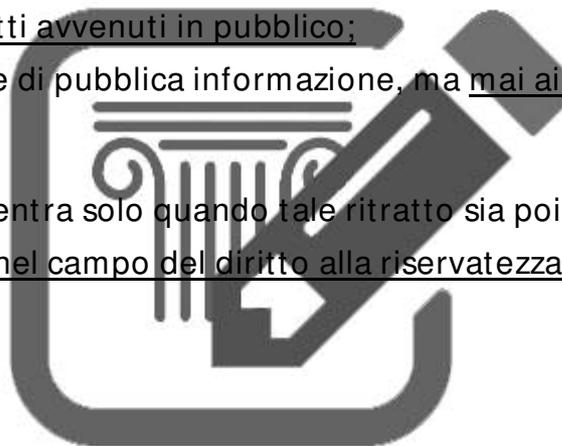
### **Diritto all'immagine.**

Esso consiste nel divieto a carico di terzi di esporre, pubblicare, e mettere in commercio il ritratto altrui(ottenuto con qualsiasi mezzo). Tale disciplina è allargata nei confronti della *maschera scenica*, della figura del sosia, e della rappresentazione di oggetti caratteristici della persona.

Il consenso dell'effigiato vale solo nei confronti di colui a cui è stato prestato e alle condizioni da loro previste. Ma la diffusione è prevista senza consenso quando:

- 1) Dalla notorietà dell'ufficio pubblico;
- 2) Dalla necessità di giustizia e polizia;
- 3) Da scopi scientifici, didattici e culturali;
- 4) Da collegamenti a fatti avvenuti in pubblico;
- 5) Ovviamente esigenze di pubblica informazione, ma mai ai fini di sfruttamento economico.

Il diritto all'immagine rientra solo quando tale ritratto sia poi esposto. Se ciò non avviene si è comunque nel campo del diritto alla riservatezza e non più dell'immagine.



### **Diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali.**

Con ciò si deve intendere il potere dell'interessato di far vietare qualsiasi comportamento volto a far conoscere a terzi vicende o accadimenti della propria vita familiare, anche svoltesi in pubblico, che non possono avere un interesse sociale apprezzabile.

La materia è stata disciplinata la D.Lgs. 30 giugno 2003 n 196 con il nome 'codice in materia di protezione dei dati personali'.

Tal codice dà all'interessato, relativamente ai dati che lo riguardano, non solo il potere di vietare il loro utilizzo, ma anche il diritto di vigilare sul loro utilizzo.

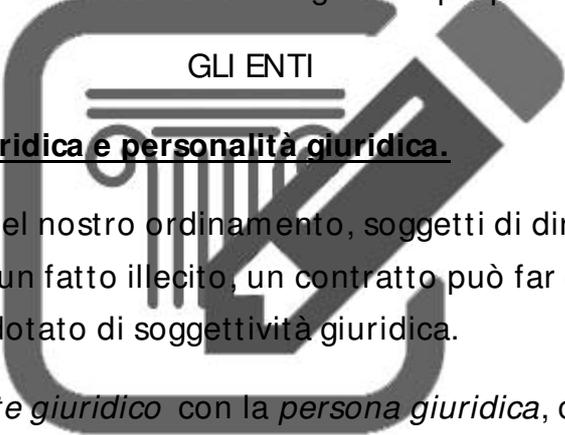
Tale decreto ha istituito anche l'apposita <<Autorità garante per la protezione dei

dati personali>>. Di recente il legislatore ha statuito che non sono oggetto di valutazione personale le notizie concernenti le prestazioni di chiunque sia addetto ad una funzione pubblica e la relativa valutazione.

### **Diritto all'identità personale.**

Diritto a vedersi rappresentato con i propri personali caratteri senza alcun travisamento riguardo anche le sue idee, la sua storia, il suo stile di vita ... questo è il diritto a che quello che viene rappresentato di una persona sia fatto nel rispetto della verità.

Diverso è ancora il diritto all'integrità morale, che è il diritto a non vedersi attribuire fatti o azioni che possono arrecare ad una persona un giudizio di disvalore. Questo è valido anche quando tale travisamento risulti migliorativo dando all'individuo tratti e caratteri che non gli sono propri.



## GLI ENTI

### **Gli enti: soggettività giuridica e personalità giuridica.**

Abbiamo già detto che nel nostro ordinamento, soggetti di diritto sono anche gli <enti>. Quindi un bene, un fatto illecito, un contratto può far capo direttamente a questo. Esso è quindi dotato di soggettività giuridica.

Da non confondersi l'*ente giuridico* con la *persona giuridica*, così come non deve confondersi *la soggettività giuridica* dalla *personalità giuridica*. Personalità giuridica è infatti una caratteristica degli enti che hanno autonomia patrimoniale perfetta, e quindi che non hanno solo un patrimonio, ma che ad eventuali obbligazioni rispondono solo con questo.

Le persone che compongono l'ente possono essere definite *organi*. Essi si distinguono in organi *interni* e organi *esterni*, a seconda che abbiano il potere di *decisione* o di *rappresentanza*, decidere l'atto e poterlo porlo in essere.

### **Classificazione degli enti.**

La più grande distinzione è fra enti pubblici ed enti privati. Per effettuare una distinzione si potrebbero definire degli indici di riconoscibilità ma l'applicazione di tali indici non porta sempre ad un risultato soddisfacente. In realtà ormai le

norme che valgono per gli enti privati possono considerarsi applicate anche per gli enti pubblici.

Fra enti privati distinguiamo:

-Enti registrati e non registrati, dove le vicende dei primi al contrario dei secondi sono riportabili su un pubblico registro;

-enti dotati di *personalità giuridica* ed *enti privi di personalità giuridica*, dove i primi godono di autonomia patrimoniale perfetta e i secondi no;

-enti a *struttura associativa* ed *enti a struttura istituzionale*, dove nei primi vi è come scopo il perseguimento di una attività e nei secondi vi è l'amministrazione di un patrimonio finalizzata a scopi altruistici.

Fra quelli a struttura associativa occorre poi distinguere:

-enti senza finalità economiche (trattati nel libro primo);

-enti con finalità di lucro (trattati nel libro quinto).

Fra gli enti senza finalità economiche distinguiamo: associazioni riconosciute e non, fondazioni, comitati, altre istituzioni di carattere privato.

### **Il fenomeno associativo.**

Quando il codice fu costituito venivano guardate di cattivo occhio le associazioni che non perseguissero scopo di lucro. Quando il codice poi fu formato nel 42 era chiara l'intenzione che si voleva esercitare un controllo su ogni tipo di forma associativa tanto da precludere alle associazioni non riconosciute la possibilità di acquisire beni in qualsiasi forma, e subordinava quello delle associazioni riconosciute solo alla preventiva autorizzazione statale. Chiaro era il controllo che si voleva attuare sulla società.

Con la carta costituzionale si è affermata invece l'intenzione di favorire sia il singolo, sia le forme di associazioni dove questo può esprimere la propria personalità liberamente, così da far venir meno tutte le restrizioni previste dal codice stesso. Oggi infatti, pur di venir sottratti al controllo statale, le più importanti associazioni, fra i quali i sindacati, hanno deciso di non riconoscersi.

### **Associazioni e società.**

L'associazione è una organizzazione collettiva che svolge una attività senza fini lucrativi. Per questo motivo nelle associazioni non avviene la suddivisione fra gli associati degli utili eventualmente realizzati attraverso l'esercizio di qual si voglia attività. Non è però escluso che l'associazione possa svolgere una attività economica, sebbene solo secondaria, se questa è distinta dallo scopo, e che comunque gli associati possano usufruire di vantaggi economici come risultato dell'agire economico. L'attività economica può essere svolta anche in via principale basta che sia escluso il lucro soggettivo, cioè che gli introiti siano divisi fra gli associati.

### **Associazione riconosciuta.**

Essa prende vita in forza di un atto di autonomia (un vero e proprio "contratto associativo") tra i fondatori, che deve rivestire la forma dell'atto pubblico, normalmente notarile. Tale atto deve contenere: nome dell'ente, scopo, patrimonio, sede, norme sull'ordinamento e sull'amministrazione, diritti e obblighi degli associati e condizioni di ammissioni all'associazione. Tale previsioni possono essere contenute anche in un atto diverso chiamato *statuto*. Tali due documenti devono essere presentati in prefettura con una richiesta di riconoscimento. La prefettura deve valutare se :

- a) Che le condizioni previste siano soddisfatte;
- b) Che lo scopo sia possibile e lecito;
- c) Che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo.

Nessun controllo può essere esperito per quanto riguarda il merito. Se tale controllo ha avuto esito positivo il prefetto provvede alla trascrizione nell'apposito registro. Nel lasso di tempo fra la formazione e l'accettazione, l'associazione può vivere come associazione non riconosciuta.

Devono essere previsti almeno due organi: *l'assemblea dei consociati e gli amministratori*. Questi ultimi rappresentano l'associazione nei confronti dei terzi. L'associazione ha un suo patrimonio. Gli associati non hanno alcun diritto su tale patrimonio tanto che mai possono richiederne la restituzione della loro

quota(come in caso di recesso, esclusione, morte).

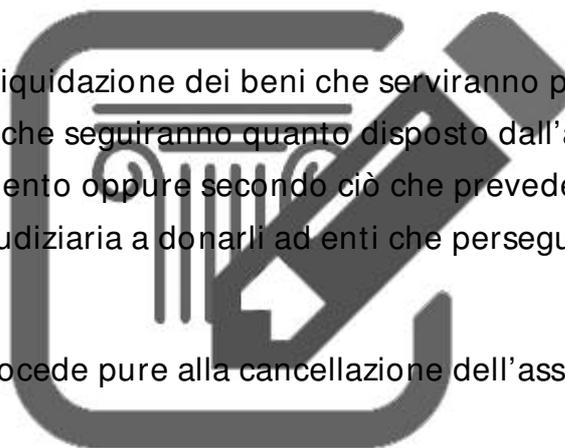
Per le obbligazioni del singolo associato non risponde l'associazione e viceversa(caratteristica della autonomia patrimoniale).

L'accordo associativo è aperto all'adesione di terzi. A questo corrisponde il diritto di rimanervi se non per atto contrario allo statuto o che abbia in ogni altro modo violato lo spirito dell'associazione. L'escluso può far valutar il motivo dal giudice, specialmente in assenza di previsione dello statuto. A tale diritto segue anche quello di recesso.

L'associazione può estinguersi: o per cause eventuale previste in statuto, o per decisione dell'assemblea, o per il raggiungimento del suo scopo o al contrario per l'impossibilità della sua realizzazione, o ancora per il venir meno di tutti gli associati.

Si procede dunque alla liquidazione dei beni che serviranno per pagare gli eventuali debiti oppure che seguiranno quanto disposto dall'assemblea al momento dello scioglimento oppure secondo ciò che prevede lo statuto, oppure provvederà l'autorità giudiziaria a donarli ad enti che perseguono uno scopo analogo.

Con la liquidazione si procede pure alla cancellazione dell'associazione dal registro.



### **L'associazione non riconosciuta.**

Anche questa prende vita con una atto di autonomia fra i fondatori, ma per il quale non è richiesta alcuna forma ne contenuti particolari.

Tale associazione non avrà quindi personalità giuridica, sebbene mantenga sempre la sua soggettività. L'ordinamento interno e l'amministrazione sono rimessi agli accordi fra gli associati. In ogni cosa atto costitutivo e statuto non possono rilevarsi contrari ai diritti degli associati.

L'associazione può possedere un fondo comune e gli associati non possono pretendere una parte per tutta la durata dell'associazione.

L'associato come singolo non risponde dei debiti dell'associazione. Di questa

rispondono infatti ,oltre che il fondo comune, anche coloro che hanno concluso quell'atto agendo in nome e per conto dell'associazione, anche quando non membri della stessa. Per i debiti invece di tipo *non negoziale* (esempio imposte o obbligazioni da fatto illecito), si ritiene che ne rispondano i soggetti che abbiano diretto una complessiva gestione associativa nel periodo in considerazione.

### **La fondazione.**

Essa è una organizzazione stabile che si avvale di un patrimonio per il raggiungimento di uno scopo non economico. L'atto di autonomia non è un contratto ma un atto unilaterale: l'atto di fondazione. Questo può essere o un atto inter vivos(deve essere un atto pubblico ed è revocabile dal fondatore fino a quando non sia intervenuto il riconoscimento, o la sua morte o ancora l'inizio dell'attività da lui svolta), oppure in atto mortis causa cioè un testamento, che diverrà efficace solo dal momento dell'apertura della successione.

L'atto deve contenere: nome dell'ente, sede, scopo e patrimonio, norme sull'ordinamento e l'amministrazione; criteri e modalità di erogazione delle rendite.

È necessario quindi che questo disponga di un patrimonio e quindi di un' atto da parte del fondatore o di altri con il quale dichiarano di donare tale patrimonio alla fondazione e ne vincolano il contenuto(*atto di dotazione*).

Per il riconoscimento e l'acquisto della personalità giuridica valgono le stesse regole che abbiamo visto con riferimento alle associazioni riconosciute. Senza riconoscimento esse non possono operare come fondazioni non riconosciute, questo perché non è mai possibile che le parti autonomamente creino un patrimonio separato dando a questo un vincolo di destinazione perpetuo.

Lo scopo oltre che non economico si pensa che non debba essere per forza pubblico. Tipico esempio di questo è la fondazione di famiglia.

Lo scopo può essere definito con assoluta precisione, oppure definito con termini ampi e generici così da permettere la proliferazione di questa.

In tempi passati l'attività della fondazione era caratterizzata per essere semplicemente una amministrazione di patrimonio, ora si ammette che questa

possa pure di tipo imprenditoriale per:

- ricavarne beni e servizi da destinare allo scopo non lucrativo della fondazione;
- oppure per realizzare immediatamente il suo scopo.

Essa è gestita dall'organo amministrativo secondo le previsioni dello statuto. Dei debiti risponde solo questa con il suo patrimonio e l'attività di questa è posta sotto il controllo dell'attività amministrativa.

Quando si va incontro a una causa di scioglimento(art 28), invece che estinguersi essa subisce una trasformazione da parte dell'autorità governativa che la destina ad altri scopi il più vicino possibile alla volontà del testatore. Il fondatore però può anche prevedere diversamente come disporre dei beni dandoli a terzi o ad altri enti con fini analoghi.

Nella società odierna è sempre più diffusa la nascita di fondazioni c.d. *di diritto speciale* con lo scopo di consentire la collaborazione tra settore pubblico e quello privato.

### **Il comitato.**

Esso è una organizzazione di più persone che attraverso la raccolta di pubblici fondi costituisce un patrimonio con il quale realizzare fini di natura altruistica.

Anche questo nasce da un accordo di tipo associativo dove i promotori si vincolano all'esercizio di una comune attività di raccolta dei mezzi per realizzare il programma enunciato al fine delle oblazioni.

L'attività dei promotori si divide in: "elaborazione di un programma", e destinazione dei fondi raccolti al perseguimento dello scopo espresso nel programma stesso.

Il patrimonio del comitato e perciò costituito da fondi comunemente raccolti con la precisazione che su detti fondi grava un vincolo di destinazione allo scopo programmato. Solo l'autorità governativa può decidere che venga perseguito uno scopo diverso da quello enunciato. Se tali fondi vengono distratti dal programma prefissato, i promotori e gli organizzatori sono responsabili nei confronti del comitato, degli oblatori e dei terzo designati come beneficiari delle obbligazioni.

Lo scopo deve essere altruistico e di durata limitata.

Il codice prevede che il comitato possa vivere come ente non riconosciuto finché questo non ottiene il riconoscimento e la personalità giuridica.

Per le obbligazioni del comitato risponde solo lui con il suo patrimonio. Per le obbligazioni del comitato non riconosciuto rispondo tutti i componenti il comitato e solo in tale occasione può essere richiesto agli oblatori di adempiere alle obbligazioni promesse.

### **Le altre istituzioni di carattere privato.**

È attribuita personalità giuridica agli effetti civili agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti appartenenti alla chiesa cattolica. Si discute però se questi enti hanno natura privatistica o se costituiscano una categoria a parte.

La prassi in questo senso introduce l'istituto delle fondazioni di partecipazioni.

Esse risultano essere una sorta di funzione fra l'associazione e la fondazione.

### **Il terzo settore.**

Ultimamente si è riscontrata un sempre maggior intervento normativo per la creazione di organi che possono definirsi come del terzo settore. Fra questi ricordiamo la disciplina delle: ONLUS, associazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale. Ancora l'importanza degli enti è aumentata specialmente con la riforma del titolo quinto la quale ha previsto la nascita del principio di sussidiarietà.

### **Il diritto della personalità degli enti.**

Fra i diritti della personalità se ne riscontrano alcuni che valgono anche per gli enti sebbene non persone fisiche. Questi sono: il diritto al nome, all'integrità morale, alla protezione dei dati personali, all'identità personale. Fra questi rientra anche il diritto all'immagine per quanto riguarda segni distintivi di tali enti.

## L'OGGETTO DEL RAPPORTO GIURIDICO

### **Il bene(810).**

Con il termine 'cosa' si intende soltanto una parte di materia. Essa quindi deve essere distinta dal concetto di 'bene' con il quale invece si intende un sott'insieme più piccolo del grande insieme delle cose e specificatamente '*dicesi bene ogni cosa che può essere fonte di utilità e oggetto di appropriazione*'. Sono quindi beni solo le cose che possono risultare oggetto di diritti.

Più in particolare, secondo la definizione economica, dicesi bene ciò che presenta un valore di uso o di scambio, mentre secondo la definizione giuridica, indichiamo bene genericamente anche ogni *diritto su una res*.

### **Categorie di beni: materiali ed immateriali.**

Si definiscono beni *materiali*, quelli costituiti da una loro corporeità o almeno per la loro idoneità ad essere percepite con i sensi o con strumenti materiali. Di questi fanno pure parte quindi le energie naturali.

Con beni *immateriali* possiamo invece definire:

- i diritti, quando possono formare oggetto di negoziazione;
- gli *strumenti finanziari*;
- i *dati personali*, dato i poteri di controllo che sugli stessi spettano da parte dell'interessato;
- il *contenuto delle banche dati*, quando per la costituzione di questa sono stati necessari mezzo finanziari, tempo e lavoro;
- le *opere dell'ingegno*;
- la *ditta, l'insegna, il marchio, le invenzioni, e gli altri possibili oggetti di proprietà industriale*;

### **Beni mobili e immobili.**

Immobili sono: il suolo e tutto ciò che sia naturalmente o artificialmente incorporato in esso e forma cioè corpo unico con il suolo. Immobili *ex lege* sono poi considerati anche mulini, bagni, edifici galleggianti ancorati alla riva.

Mobili sono: tutti gli altri beni comprese le energie.

Fra queste due categorie è differente il regime giuridico.

### **I beni registrati.**

Le vicende relative ad alcune categorie di beni sono soggette a iscrizione in determinati registri pubblici. Questi sono: *il registro immobiliare; il pubblico registro automobilistico; i registri di navi e galleggianti; il registro aereonautico nazionale.*

### **I prodotti finanziari.**

Con il T.U.F.(D.Lgs n58 del 1998), è stata individuata una nuova categoria di beni, i c.d. *prodotti finanziari*, al fine di assoggettarli ad una specifica disciplina da parte degli investitori e quindi strumentale al buon funzionamento del mercato dei capitali. Con tale termine si intendono tutte le forme di investimento di natura finanziaria, cioè tutte le forme di impiego e risparmio finalizzate ad un introito economico. Su di essi vige l'obbligo di fornire e predisporre un '*prospetto informativo*'.

### **Beni fungibili ed infungibili.**

Dicesi *beni fungibili* quelli che sono individuati con esclusivo riferimento alla loro appartenenza ad un determinato genere. La loro caratteristica è che essi possono essere sostituiti gli uni con gli altri in quanto non vi sia un particolare interesse ad avere proprio quel bene.

*Beni infungibili* sono invece quelli individuati nella loro specifica identità.

La caratteristica della fungi o infungibilità dipende dalla *natura dei beni* e in secondo luogo può dipendere anche dalla *volontà delle parti*.

Fra queste due categorie è determinante anche il regime giuridico al quale sono sottoposti. Per i beni fungibili infatti non basta l'accordo, ma è anche necessario che il venditori effettui la separazione(cioè pesatura, misurazione ecc) finché questa non è compiuta, si crea a carico del compratore solo un diritto di credito e non di proprietà.

Un'altra caratteristica può essere riassunta nell'espressione '*genus numquam perit*'.

Tale distinzione è basilare anche per distinguere il mutuo dal comodato.

### **Beni consumabili e inconsumabili.**

Sono consumabili quei beni che non possono recare utilità all'uomo senza perdere la loro individualità.

Sono inconsumabili quelli che sono soggetti di plurime utilizzazioni senza essere distrutti nella loro consistenza.

La differenza di regime giuridico è fondamentale ad esempio per l'esercizio di alcuni diritti reali quali l'usufrutto. Questo, infatti, mentre può esercitarsi per i beni inconsumabili, per quelli consumabili viene sostituito da un altro diritto reale noto con il nome di 'quasi - usufrutto', per cui l'usufruttuario ha il diritto di servirsi dei beni e di riconsegnarli nel medesimo valore alla fine del tempo stabilito. Altro aspetto di distinzione sia ha anche nel mutuo di beni inconsumabili e nel comodato di quelli consumabili.

### **Beni divisibili e indivisibili.**

*Divisibili* sono quelli che è possibile dividere in parti omogenee senza che se ne alteri la destinazione economica. Se ciò non è possibile essi si qualificano come *indivisibili*. Questa distinzione assume rilievo per quanto riguarda la contitolarità di diritti su uno stesso bene, che porta particolari difficoltà allorché il bene si qualifichi come indivisibile.

### **Beni presenti e futuri.**

Bene presenti sono quelli già esistenti; beni futuri sono quelli che, non ancora presenti in natura, possono formare oggetto solo di rapporti obbligatori.

In caso di negozi aventi ad oggetto un bene futuro possiamo distinguere:

-il c.d. <<*emptio rei speratae*>> per cui l'accordo viene ad esistenza solo se i frutti realmente si vengono a formare;

- *contratto aleatorio* per cui le parti si affidano alla sorte.

### **I frutti.**

Anche qui distinguiamo due categorie:

-i Frutti naturali, *prodotti cioè direttamente da altro bene*. Per parlare di frutti è comunque necessario che abbia carattere periodico e che non si incida né sulla cosa madre né sulla destinazione economica della cosa madre. Finché non si produce la separazione dalla cosa madre essi si dicono '*pendenti*', essi sono quindi ancora beni futuri e possono formare oggetto solo di rapporti obbligatori. Con la separazione questi acquistano una propria autonomia e divengono di proprietà del proprietario della cosa madre a meno che questo non abbia disposto diversamente. Il rimborso delle spese per la raccolta dei frutti è limitato solo al valore dei frutti stessi.

-frutti *civili*: sono quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia. Anche questi debbono essere periodici e si acquistano *giorno per giorno*, in ragione alla durata del diritto.

### **Combinazione di beni.**

Possiamo distinguere ancora fra:

*Beni semplici*: quelli i cui elementi sono così compenetrati tra di loro che non possono staccarsi senza distruggere ciò che formano; *Beni composti*: quelli composti dall'unione di più parti le quali possono essere staccate e mantenere una autonoma rilevanza giuridica ed economica.

Nell'ipotesi in cui le parti di una cosa appartengano a più soggetti dobbiamo distinguere: se il tutto è una cosa mobile, il proprietario di una singola cosa può rivendicarlo se ciò è possibile separarlo dalla cosa agevolmente; se non è possibile allora la proprietà diventa comune in relazione al valore delle cose composte. Se i beni sono immobili gioca il principio dell'accessione, cioè i singoli elementi diventano del proprietario, salvo indennizzi.

### **Le pertinenze.**

Se una cosa è posta a servizio o ad ornamento di un'altra senza costituirne parte

integrante o elemento indispensabile, essa è una *pertinenza*. Tale rapporto si configura perciò : sia di un elemento *oggettivo*(*rapporto con la cosa*); sia di uno *soggettivo*(volontà di effettuare la destinazione di una cosa a servizio od ornamento dell'altra). Tale vincolo può intercorrere fra mobili e immobili, mobili e mobili e immobili e immobili.

La pertinenza si caratterizza per essere costituita dal carattere dell'accessorietà e non dell' occasionalità. Tali vincoli devono essere posti dal proprietario della cosa principale.

Il vincolo fra pertinenze e cosa principale può creare la convinzione nei terzi che queste siano tutt'uno. A questo proposito la legge tutela i terzi in buona fede:

- a) In relazione alla costituzione della pertinenza, i proprietari delle pertinenze non possono rivendicarli quando il proprietario le abbia alienate a terzi e tali pertinenze non risultavano da carta scritta avente data certa.  
Se la cosa è un mobile non registrato il terzo è tutelato in base al principio che possesso vale titolo.
- b) In relazione alla cessazione: essa non è opponibile a terzi che abbiano anteriormente acquistato diritti sulla cosa principale.

Vendite, permutate e donazioni di beni si riferiscono anche alle relative pertinenze se questo non è specificato nel contratto. È possibile alienare anche le pertinenze separatamente.

### **Universalità patrimoniali.**

Si definiscono in tal modo una universalità di cose che hanno una destinazione unitaria e appartengono alla stessa persona. Si distinguono dalle 'cose composte' perché fra queste non vi è coesione, e dalle pertinenze perché fra essi non vi è un rapporto di subordinazione.

Tali beni possono essere anche considerati separatamente a seconda della volontà delle parti.

Ha diverse particolarità rispetto alle altre categorie di beni come ad esempio:

-l'usufrutto su un gregge non permette di considerare i nuovi nati come frutti ma devono servire ad integrare quelli periti;

-non vale l'opposizione tramite la regola del possesso vale titolo, in quanto il possesso non sia durato per almeno 10 anni. Tale possesso poi può essere tutelato con una azione di manutenzione.

Infine la dottrina distingue le *universalità di fatto* (costituite da più beni mobili), e le *universalità di diritto* (che è costituita da più beni o rapporti giuridici in cui la riduzione ad unità è operata dalla legge).

### **L'azienda.**

Dicesi tale il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, e quindi per la *produzione e lo scambio* di beni o servizi.

Si discute se questa possa essere considerata come una *universitas facti*, o una cosa composta o ancora come bene immateriale, ma l'opinione più diffusa è quella che considera l'azienda come una figura *sui generis*.

Caratteristica importante dell'azienda è l'avviamento, definito come 'la capacità di fare profitto'.

Importante la distinzione che intercorre fra 'impresa' (cioè l'*attività economica* svolta dall'imprenditore) e l'azienda (ossia il *complesso di beni* di cui l'imprenditore si avvale per svolgere l'attività stessa).

### **Il patrimonio.**

Esso è il complesso dei rapporti attivi e passivi, suscettibili di valutazione economica e che fanno capo ad un soggetto. Il patrimonio non è considerato come un bene unico e quindi non è una *universitas*.

La regola vuole che ogni soggetto abbia uno e un patrimonio solo sul quale possono valersi i creditori, ma la legge ammette delle eccezioni. Questi sono definiti come *patrimoni separati*.

Diverso dal *patrimonio separato* è il patrimonio *autonomo*, ossia quello che viene

attribuito ad un nuovo soggetto mediante la creazione di una persona giuridica.

### **I beni pubblici.**

Si parla di questi in due sensi.

- a) Beni appartenenti ad un ente pubblico (*beni pubblici in senso soggettivo*).
- b) Beni assegnati ad regime speciale, diverso dalla proprietà privata, per il raggiungimento di fini pubblici (*b. p. in senso oggettivo*).

Questi si dividono ancora: beni demaniali e beni del patrimonio indisponibile.

I beni demaniali si dividono in:

- a) Beni del *demanio necessario*, cioè quelli che appartenevano necessariamente allo stato (beni del demanio idrico, marittimo, militare).
- b) Beni del *demanio accidentale*, che possono appartenere anche ai privati ma sono demaniali solo se appartengono allo stato.

Questi sono assoggettati ad un particolare regime. Infatti, non possono essere oggetto di negozi di diritto privato, non possono essere oggetto di possesso, non possono essere acquistati quindi per usucapione dai privati.

I beni non demaniali appartenenti ad un ente pubblico territoriale si definiscono *beni patrimoniali*. Essi si distinguono in:

- a) Beni del patrimonio indisponibile, che non possono essere oggetto di contratti o di usucapione;
- b) Beni del patrimonio disponibile, che sono destinati immediatamente al perseguimento di fini pubblici e sono quindi soggetti alle norme del codice civile.

Questo era il regime delineato dal codice civile. Ma il D.Lgs n 85 del 2010 ha posto le basi per il nuovo sistema basato su: contrazione del patrimonio pubblico dello stato mediante attribuzione a titolo non oneroso a enti territoriali non statali (comuni, province regioni) affinché siano valorizzate al massimo; contrazione del numero complessivo dei beni pubblici, permettendo a tali enti territoriali di alienarli a favore dei privati.

Nell'ambito delle misure di risanamento finanziario è stato attivato anche un processo di dismissione del patrimonio pubblico.

## IL FATTO, L'ATTO E IL NEGOZIO GIURIDICO

### I fatti giuridici.

Con fatto giuridico si intende qualsiasi avvenimento a cui l'ordinamento ricollegli conseguenze giuridiche.

Distinguiamo: fatti materiali, e fatti in senso ampio che comprendono sia le *omissioni*, sia i c.d. fatti *interni e psicologici*.

Parliamo di fatti giuridici *in senso stretto o naturali*, quando le conseguenze giuridiche sono ricollegate ad un evento senza che assuma rilievo se a causarlo sia stato o meno l'uomo.

Si parla di *atti giuridici* se l'evento causativo di conseguenze giuridiche postula un intervento umano. La giuridicità di un atto o un fatto dipende essenzialmente da una norma giuridica che a questo dà rilevanza.

### Classificazione degli atti giuridici.

Gli atti si dividono sostanzialmente in *leciti* (conformi alle prescrizioni dell'ordinamento) e *illeciti* (compiuti in violazione di norme giuridiche e che producono la lesione di un diritto soggettivo altrui).

Gli atti leciti si dividono in: *operazioni* (o anche atti materiali ovvero comportamenti), *che* consistono in modificazioni del mondo esterno, e *dichiarazioni*, che mirano a comunicare il proprio pensiero o la propria volontà.

Tra le dichiarazioni maggiore rilevanza va data ai *negozi giuridici* cioè dichiarazioni con le quali i privati esprimono la loro volontà di regolare in un determinato modo i propri interessi. Si dicono invece dichiarazioni di *scienza*, *quando si comunica di essere a conoscenza di un determinato fatto o situazione*.

Tutti gli atti umani consapevoli e volontari, che non siano negozi giuridici, sono denominati atti giuridici in senso stretto. I loro effetti non dipendono dall'agente ma da cosa l'ordinamento giuridico ha previsto per quel determinato comportamento.

Un'altra particolare categoria è quella degli atti *satisfativi*, miranti a soddisfare un

obbligo.

### **Il negozio giuridico.**

La sua nozione è stata definita solo nel XIX secolo dalla pandettistica. Con esso si intende una “dichiarazione di volontà con la quale vengono enunciati gli effetti perseguiti ed alla quale l’ordinamento giuridico ricollega effetti giuridici conformi al risultato sperato”.

Nonostante la sua grande importanza, il codice non gli dedica tanto spazio. Egli infatti regola direttamente il *matrimonio, il contratto, il testamento* ma mai il negozio giuridico in generale. Ma il nostro stesso codice, quando parla dei contratti, fa in modo da allargare la disciplina giuridica dei contratti a tutti gli altri negozi giuridici aventi effetto inter vivos e contenuto patrimoniale.

### **Classificazione dei negozi giuridici: a) in relazione alla struttura soggettiva.**

se il negozio giuridico è perfezionato con la dichiarazione di una sola parte, questo si dice *unilaterale*. Per parti non si intende un individuo, bensì un ‘centro di interessi’.

Si ha l’atto *collegiale* quando le dichiarazioni di volontà sono di un organo pluripersonale, di una persona giuridica o di una collettività organizzata. Qui si applica il principio di maggioranza.

Diverso è l’atto *complesso* in cui le più volontà tendenti ad un fine comune devono uniformarsi ad una sola. La differenza con il precedente sta nell’eventuale vizio della volontà. Sopra infatti il vizio sarebbe rilevante solo se annullasse un voto determinante per la formazione della maggioranza. Qui il vizio annullerebbe la volontà in ogni caso.

Si dicono *recettizi* quelli che, per produrre effetto, la dichiarazione negoziale deve pervenire a conoscenza di una determinata persona alla quale quindi deve essere comunicata e notificata. *Non recettizi*, se producono effetto indipendentemente dalla comunicazione.

Se le parti sono due si avrà un negozio *bilaterali*, se di più questo sarà *plurilaterale*. Si ricorda che con parti si intende il centro di imputazione di un interesse.

### **B)In relazione alla funzione.**

Si distinguono negozi *mortis causa* in cui si presuppone la morte di una persona, e *inter vivos* in cui questa non è richiesta.

Se vi siano interessi economici o meno abbiamo i negozi *patrimoniali e apatrimoniali*.

Nei negozi patrimoniali troviamo quelli di attribuzione patrimoniale che possono distinguersi in: *di disposizione* se importano una immediata riduzione del patrimonio tramite alienazione o rinuncia; di *obbligazione* che danno luogo alla nascita di una obbligazione.

Quelli di disposizione si dividono in *traslativi, traslativo - costitutivi e abdicativi*.

Si possono avere anche negozi che hanno come scopo quello di verificare la situazione giuridica esistente che si chiamano *negozi di accertamento*. Si è d'accordo nel ritenere tali negozi con effetto retroattivo, cioè in modo che l'incertezza venga eliminata ab origine.

### **Negozi a titolo gratuito e a titolo oneroso.**

Si dice a titolo oneroso quando per acquistare un determinato titolo o vantaggio si accetta un determinato sacrificio; si dice a titolo gratuito quando un soggetto acquista un vantaggio senza un relativo sacrificio.

La legge di alcuni prevede l'onerosità, di altri la gratuità e ancora vi sono negozi che sono essenzialmente gratuiti come la donazione o il comodato.

Da non confondere la gratuità con la liberalità. La gratuità infatti è una categoria molto più ampia e per questo vi possono essere contratti gratuiti ma nei quali non vi sia la volontà di arricchire il destinatario.

### **La rinuncia.**

Negozi abdicativo è la rinuncia con la quale un soggetto intende dismettere un proprio diritto senza trasferirlo ad altri. La rinuncia non ricorre se è fatta in vista di un corrispettivo in quanto non vi è più un negozio di tipo unilaterale.

### **Elementi del negozio giuridico.**

Essi si distinguono in *essenziali* (senza i quali il negozio è nullo) e *accidentali* (che le parti possono liberamente opporre o no). una parte della dottrina annovera pure dei *presupposti* di un negozio giuridico, cioè le cose indispensabili affinché il negozio sia valido.

Anche gli elementi accidentali possono essere divisi in particolari e generali. Sono generali ad esempio il termine, la condizione o il modo. Il fatto che siano accidentali non vuol dire che, se apposti, non debbano essere rispettati dalle parti.

La dottrina prima distingueva anche i così detti 'elementi naturali', che non sono altri che gli effetti che la legge considera connaturati al negozio giuridico posto in essere.

### **La dichiarazione.**

La volontà del soggetto diretta a produrre effetti giuridici deve essere dichiarata e perciò esternata. La dichiarazione può per questo essere *espressa* oppure *tacita* (cioè deve consistere in un comportamento che secondo l'opinione comune risulti incompatibile con la volontà contraria).

Per quanto riguarda il silenzio, la dottrina non ammette il troppo debole 'chi tace acconsente', ma in alcuni casi solo il silenzio chi avrebbe potuto parlare ed esprimersi.

### **La forma.**

Di regola vige il principio della libertà della forma nelle dichiarazioni di volontà, ma alcune volte il legislatore richiede che determinati atti siano compiuti secondo forme solenni. Tali forme possono essere richieste in base al *tipo* di atto, altri invece in base all'*oggetto* dell'atto. Per tali motivi si dice che per alcuni contratti è richiesta la forma *ad substantiam*. In altri ipotesi una forma particolare è richiesta solo a fini probatori. In questo caso la forma richiesta è una forma *ad probationem*. Infine abbiamo le forme *convenzionali* cioè quelle forme richieste dalle stesse parti.

### **Il bollo e la registrazione.**

Ne il bollo ne la registrazione sono requisiti di forma. Per il bollo infatti è lo Stato che

richiede un versamento all'erario tramite l'acquisto di determinate marche. La mancanza di questo non produce un negozio nullo ma può portare solo a una multa pecuniaria. Anche la registrazione ha sostanzialmente fini economici, ma oltre a questi riveste particolare importanza perché costituisce il mezzo di prova più comune per rendere certa la conclusione di un determinato atto.

### **La pubblicità: fini e natura.**

Le vicende giuridiche in genere non interessano solo le parti che le concludono, ma più in generale anche i terzi, così da regolare il loro comportamento.

Abbiamo tre tipi di pubblicità:

- a) *Pubblicità notizia* → ha lo scopo di rendere conoscibile un atto. Esso costituisce un obbligo e non un onere. Il non adempimento causa solamente una sanzione pecuniaria.
- b) *Pubblicità dichiarativa* → serve a rendere opponibile il negozio ai terzi. L'omissione di tale pubblicità non rende invalido il negozio fra le parti ma gioca nei confronti dei terzi.
- c) *Pubblicità costitutiva* → in questo caso la pubblicità è elemento costitutivo della fattispecie senza il quale il negozio non può venire ad esistenza (es. acquisizione della personalità giuridica nella società ecc).

## L'INFLUENZA DEL TEMPO SULLE VICENDE GIURIDICHE

### A) NOZIONI GENERALI

#### **Computo del tempo.**

Per risolvere tali problemi l'art 2963 statuisce che:

- 1) Non si conta il giorno iniziale;
- 2) Si computa quello finale;
- 3) Il termine scadente al giorno festivo e prorogato al giorno seguente non festivo;
- 4) Se il termine è a mese si segue il principio *ex nominatione*.
- 5) Se nel mese manca il giorno corrispondente, il termine scade l'ultimo giorno

del mese.

### **Influenza del tempo sull'acquisto e sull'estinzione dei diritti soggettivi.**

Il decorso di un determinato periodo di tempo può causare l'*estinzione* o l'*acquisizione* di determinati diritti, questo perché, quando una situazione di fatto si protrae per lungo tempo, l'ordinamento tende a far coincidere quella situazione di fatto con la situazione di diritto.

Per quanto riguarda l'acquisto, l'istituto che viene preso in considerazione è l'usucapione, per quanto riguarda l'estinzione, abbiamo gli istituti della *prescrizione estintiva* e della *decadenza*.

#### LA PRESCRIZIONE ESTINTIVA

### **Nozione e fondamento.**

Essa produce l'estinzione del diritto soggettivo per inerzia del titolare che non ne usa o non lo esercita. Esso si basa sulla necessità di garantire la certezza dei rapporti giuridici, in quanto il non uso o non esercizio di un diritto fa credere nella collettività che questo sia stato abbandonato.

### **Operatività della prescrizione.**

Dato che questa è un istituto di diritto pubblico, e quindi istituito per la pubblica utilità, questi principi sono inderogabili. Non si può infatti rinunciare preventivamente alla prescrizione o modificarne i termini stabiliti dalla legge.

Non è ammessa nemmeno la rinuncia fatta mentre è in corso il termine prescrizione, essa invece vale come riconoscimento del diritto soggetto a prescrizione tanto da rendere irrilevante il tempo prescrizione trascorso fino a quel momento.

È ammessa invece la rinuncia successiva quando colui che se ne potrebbe valere decide di non avvalersene per ragioni morali. Tale rinuncia può essere sia espressa che tacita ed è tale se risulta da una azione non compatibile con la volontà di valersi della prescrizione.

La prescrizione non può essere fatta valere d'ufficio ma solo da chi ne ha interesse o

dai suoi creditori che possono sostituirsi a questo anche se lui ne ha rinunciato.

Il debitore che abbia pagato volontariamente non può richiedere indietro il pagamento se a posteriori si accorgesse che era scaduto il termine prescrizione.

### **Oggetto della prescrizione.**

Tutti i diritti sono soggetti a prescrizione ad esclusione:

- 1) Dei diritti indisponibili;
- 2) La proprietà in quanto il non uso è una delle libertà garantite al proprietario;
- 3) L'azione di petizione dell'eredità, quella per far dichiarare nullo un negozio;
- 4) Le facoltà;

### **Inizio della prescrizione.**

La prescrizione comincia a decorrere da quando il diritto potrebbe essere fatto valere.



### **Sospensione e interruzione della prescrizione.**

La prescrizione non opera quando sopraggiunga una causa che giustifichi l'inerzia stessa. Si parla così di *sospensione* o di *interruzione*.

Si ha la sospensione quando:

- 1) Intercorrono particolari rapporti fra le parti;
- 2) Dalla condizione del titolare.

Le cause della sospensione sono tassative, quindi semplici impedimenti di fatto non costituiscono causa per la sospensione. Qui l'inerzia del titolare perdura ma questa è giustificata. Essa non toglie valore al tempo precedentemente trascorso.

L'*interruzione* ha luogo:

- 1) O perché il titolare compie un atto che importa l'esercizio del suo diritto;
- 2) O perché il soggetto passivo effettua il riconoscimento dell'altrui diritto.

L'interruzione della prescrizione può essere anche rilevata dal giudice senza bisogno di alcuna istanza fra le parti. Qui l'inerzia del titolare viene meno e per questo anche la prescrizione stessa. Essa azzerà il tempo trascorso fino a quel momento.

### **Durata della prescrizione.**

Distinguiamo una prescrizione *ordinaria* e una prescrizione *breve*. Quella ordinaria opera in 10 anni in tutti i casi in cui non è previsto diversamente dalla legge. Un termine più lungo di 20 anni è previsto per l'estinzione dei diritti reali su cosa altrui.

Fra i casi di prescrizione breve ricordiamo:

- 1) Risarcimento danno per illecito contrattuale che si prescrive in 5 anni, che si riduce a 2 se il danno è provocato da circolazione di veicoli;
- 2) In 5 anni il diritto a prestazioni periodiche.
- 3) Annuale la prescrizione derivante da taluni rapporti commerciali;
- 4) I danni derivanti da contratto di assicurazione si prescrivono in due anni dal giorno in cui si fonda la causa del risarcimento, mentre il diritto delle rate di premio si prescrive in un anno dalla scadenza.

Se il titolare del diritto abbia proposto azione e sia intervenuta sentenza passata in giudicato, l'azione diretta all'esecuzione del giudicato è soggetta a 10 anni.

### **Le prescrizione presuntive.**

Esse hanno un fondamento diverso rispetto alle prescrizione estintive già considerate. Esse si basano sul presupposto che un determinato credito sia stato pagato o che cmq si sia estinto per un'altra causa. Esso si basa sulla presunzione che nella vita quotidiana vi sono rapporti che si estinguono subito dopo che questi vengono ad esistenza. Per questo la legge, trascorso un breve periodo, presume che il determinato debito sorto da determinato rapporto si sia estinto.

Il debito non si estingue ma *si presume si sia estinto* per questo motivo il debitore viene semplicemente esonerato *dall'onere di dover fornire la prova che tale debito si sia estinto*. Tale prova invece spetterà al creditore. Tale prescrizione opera quindi nel campo della prova e non nel diritto sostanziale.

In questo caso però non è ammesso qualsiasi tipo di prova. Il creditore può cercare di vincere tale giudizio fornendo come prova:

- 1) Ottenendo dal debitore la confessione o il riconoscimento che il debito non è stato ancora pagato;
- 2) O deferendo alla parte debitrice giuramento decisorio.

Lo strumento del giuramento è uno strumento pericoloso, perché se la persona non è onesta può facilmente giurare il falso. In questo caso però questa può essere denunciata per falso giuramento.

Tale prescrizione quindi non può in alcun modo operare quando si ammette che il debito non si sia estinto o ancora quando il debitore ammette che tale rapporto giuridico non è mai venuto ad esistenza.



### **Nozione e fondamento.**

La decadenza si basa sulla fissazione, da parte della legge o delle parti, di un termine perentorio entro il quale deve essere esercitato un determinato diritto. Essa quindi implica l'onere di esercitare il diritto entro il termine previsto dalla legge.

Essa per questo motivo si distingue dalla prescrizione. Ad essa non si applicano le norme dell'interruzione e della sospensione tranne in specifici casi previsti. Essa può essere impedita solo mediante l'esercizio del diritto medesimo.

La decadenza, come abbiamo già detto, può anche essere prevista in un contratto (*decadenza convenzionale*). Altra è la *decadenza legale* stabilita per legge. Le norme in cui è prevista tale decadenza non possono essere applicate per analogia, in quanto tale istituto costituisce una eccezione al principio secondo cui non vi sono limiti all'esercizio di un diritto.

Se la decadenza è stabilita nell'interesse generale le parti non possono rinunciare alla decadenza. Se è stabilita nell'interesse dei singoli le parti possono modificare i termini di decadenza e possono pure rinunziarvi. Questi principi valgono pure per la decadenza negoziale, che può essere applicata quando si tratti di diritti *disponibili*.

L'unico limite posto a questa è che il termine stabilito non renda eccessivamente

difficile l'esercizio del diritto.

## LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI

### Premessa.

Solo in casi eccezionali l'ordinamento prevede che il singolo possa farsi giustizia da se. Fuori da questo casi si può incorrere nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Di regola un soggetto che voglia far valere un proprio giudizio deve rivolgersi al giudice.

### Cenni sui tipi di azione.

Si chiama *azione* il diritto di rivolgersi agli organi all'uopo istituiti per ottenere quella giustizia che non si può ottenere da se. Chi esercita l'azione, proponendo la domanda giudiziale si definisce attore. Colui contro il quale l'azione si propone si definisce *convenuto*. Il diritto di agire in giudizio è oggetto di una garanzia costituzionale e perciò non può essere derogato in nessun caso (art 24 Costituzione).

Possono sussistere vari tipi di azione. Un'azione volta a verificare la *sussistenza* o *il modo di essere* di un determinato diritto si definisce *azione di cognizione*. Questa poi può tendere ad una delle seguenti finalità:

- 1) *Accertamento della sussistenza o del modo di essere* di un determinato rapporto giuridico controverso (azione e sentenza di mero accertamento).
- 2) *Emanazione di un comando* da parte del giudice nei confronti della parte soccombente (azione e sentenza di condanna)
- 3) *Costituzione, estinzione e modificazione* di determinati rapporti giuridici. In questo caso la sentenza modifica la situazione vigente fino a quel momento (azione e sentenza costitutiva).

Se a fronte di una determinata condanna, colui che perde l'azione si rifiuta di tenere una determinata condotta, allora nei suoi confronti si potrà richiedere un processo di *esecuzione*.

Per tutelarsi, durante il tempo in cui il processo è posto in essere, da eventuali azioni che potrebbero frustare gli eventuali risultati dell'azione, allora può essere chiesto un *processo cautelare*.

### **La cosa giudicata.**

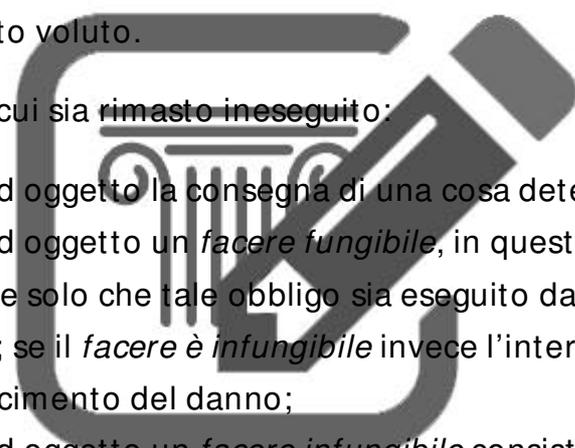
Il riesame della contesa non può procedere all'infinito, perciò raggiunti certi limiti, il comando contenuto nella sentenza non può essere più modificato da alcun giudice. Per questo motivo si parla di *res iudicata* o di *passaggio in giudicato*.

Possiamo distinguere una *cosa giudicata formale*, cioè l'efficacia del giudicato che concerne il processo per cui è precluso ogni riesame ed impugnazione della sentenza, e una *cosa giudicata sostanziale*, cioè che quel fatto non può più formare oggetto di discussione fra me e l'altra parte in futuri processi e fa quindi "stato".

### **Il processo esecutivo.**

Se il comando contenuto nella sentenza non viene eseguito si può iniziare il processo esecutivo. Detto procedimento riesce però solo in alcuni casi ad assicurare coattivamente quel risultato voluto.

Ciò accade nelle ipotesi in cui sia rimasto ineseguito:

- 
- a) Un obbligo avente ad oggetto la consegna di una cosa determinata;
  - b) Un obbligo avente ad oggetto un *facere fungibile*, in questo caso l'avente diritto potrà ottenere solo che tale obbligo sia eseguito da altri sebbene a spese dell'obbligato; se il *facere* è *infungibile* invece l'interessato potrà ottenere solo il risarcimento del danno;
  - c) Un obbligo avente ad oggetto un *facere infungibile* consistente nella conclusione di un contratto. Si potrà infatti avere una sentenza che avrà gli effetti del contratto concluso.
  - d) Un obbligo avente ad oggetto un *non facere*, per il quale si potrà ottenere a spese dell'obbligato la distruzione della cosa posta in essere. Se la cosa non può essere distrutta si potrà ottenere il risarcimento del danno.

La forma più importante per processo esecutivo è quella che ha ad oggetto l'*espropriazione*. Tale procedimento inizia con il pignoramento, cioè l'atto con il quale si indicano i beni assoggettati all'azione esecutiva. Importante sottolineare che non hanno efficacia gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento per il semplice fatto che tali beni sono destinati ad un'altra destinazione. Sono ovviamente fatti salvi i diritti di terzi in buona fede. Per i beni mobili tramite il

possesso della cosa; per i beni immobili o mobili registrati la protezione del terzo è attuata tramite la trascrizione.

## LA PROVA DEI FATTI GIURIDICI.

### **Nozioni generali.**

L'esito di un giudizio dipende da contrapposizioni circa il modo in cui si sono realizzati i fatti. Il giudice è tenuto a scegliere una delle due versioni fornite. Ogni versione è avvalorata da delle prove che rispettivamente le parti forniscono. Al giudice spetta verificare che tali prove siano *ammissibili* (cioè conformi alla legge) e *rilevanti* (abbiano ad oggetto fatti che possono influenzare la decisione della lite). Dopo aver ammesso e assunto le prove il giudice verificherà la loro concludenza e alla fine emetterà la sentenza motivando la sua decisione.

### **L'onere della prova.**

Se non vi sono prove o quelle che vi sono non sono sufficienti il giudice dovrà far applicare la regola dell'onere della prova: secondo questa regola il giudice dovrà accogliere la versione della parte che non aveva l'onere di provare il fatto accaduto. Il giudice dovrà sfruttare questa regola, non in tutti i giudizi, ma solo in quelli dove il fatto rilevante per decidere sia sfornito di prova sufficiente.

In linea di principio può dirsi che ha l'onere di provare un fatto colui che invoca quel fatto a sostegno della propria tesi. Ma rimane difficoltosa, rispetto a taluni fatti, accertare l'esatta qualifica da attribuire alla circostanza contestata. A questo in molti casi supplisce la stessa legge. Le parti tuttavia possono stabilire diversamente (*inversione convenzionale dell'onere della prova*) a meno che non si tratti di diritti indisponibili e purché le modificazioni non abbiano per effetto il rendere troppo difficile tale onere.

### **I mezzi di prova.**

Con tale termine si indica qualsiasi elemento idoneo a stabilire quali tra le contrapposte versioni date dalle parti sia il più convincente. Il principio fondamentale è che il giudice deve valutare tali fatti secondo il suo libero convincimento. Deroga a questo principio è data dalla legge che, oltre a stabilire l'obbligo della motivazione, statuisce che talune prove (confessione, atto

pubblico, giuramento decisorio) costituiscono prove legali la cui rilevanza è stabilita dalla legge, cosicché il giudice non ha alcuna discrezionalità nel valutarle.

I mezzi di prova si distinguono in:

- prova precostituita(perché esiste prima del giudizio);
- prova costituenda(perché deve formarsi nel corso del giudizio).

### **La prova documentale.**

Per “documento” si intende ogni cosa idonea a rappresentare un fatto in modo da costituirne la presa di coscienza a distanza di tempo.

Importanza preminente fra i documenti rivestono ‘l’atto pubblico ’ e la ‘scrittura privata’.

*L’atto pubblico* è il documento redatto secondo una predeterminata forma da un notaio o da un altro atto pubblico autorizzato a dare a quell’atto quella particolare fiducia nella sua veridicità che è definita ‘pubblica fede’. Esso fa piena prova per:

- a) la provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato;
- b) delle dichiarazioni delle parti o di terzi che sono avvenute in sua presenza.

Esso quindi non dimostra la veridicità del suo contenuto ma solo che quelle dichiarazioni sono state fatte da determinate persone. Il fatto che fa piena prova vuol dire che il giudice deve assumere che quanto ivi scritto sia vero. L’unico modo per contrastare tale forza probatoria è la *querela di falso*, cioè un’altra azione con la quale si cerca di dimostrare che quel documento è oggettivamente falso. Tale azione ha valore nullo per la mancanza di una o più parti richieste può avere la stessa efficacia della scrittura formale se sottoscritto da più parti.

*Scrittura privata* è qualsiasi documento che risulti sottoscritto da un privato.

Essenziale è la sottoscrizione autografa con la quale si assume la paternità di quanto dichiarato. Esso fa prova solo *contro* chi ha sottoscritto il documento e non a favore. Questo ha valore quando il firmatario riconosca la firma come propria o che questa sia legalmente riconosciuta, ovvero la sottoscrizione autenticata da un notaio o da un pubblico ufficiale o quella fatta in giudizio e non disconosciuta. Se ciò accade

questa fa piena prova. Se è invece invocata in un giudizio dove il sottoscrittore è estraneo, essa ha solo valore indiziario.

La data che per i terzi ha rilevanza è la seguente:

- a) La data dell'autenticazione di scrittura privata autenticata;
- b) La data di registrazione di scrittura registrata;
- c) La data in cui si verifica un fatto che stabilisca in modo incontestabile che il documento è stato formato anteriormente.

Hanno efficacia probatoria pure *telegrammi, carte e registri domestici, libri e scritture contabili, riproduzioni meccaniche*. Contestata e la validità del *fax*.

Quanto ai documenti informatici occorre distinguere tra:

- a) Documento con firma elettronica che è liberamente valutabile in giudizio;
- b) “ “ “ “ avanzata oppure qualificata oppure digitale che fa piena prova al pari di qualsiasi scrittura privata se non disconosciuta dal titolare della firma elettronica.
- c) Documento con firma elettronica autenticata dal notaio che è equiparato a qualsiasi tipo di scrittura autenticata.

### **La prova testimoniale.**

*La testimonianza* è la narrazione fatta al giudice da una persona estranea alla causa che sia a conoscenza di fatti controversi. Di regola questo compie la sua deposizione *oralmente* davanti al giudice. Il giudice può pure chiedere che questa venga assunta fuori udienza mediante dichiarazione scritta a cui il teste pone la sua firma.

Essa può avere ad oggetto solo fatti obiettivi, nessuna considerazione personale. La testimonianza è stata sempre vista con grande diffidenza dal legislatore, per questo essa è ammessa solo nei seguenti casi:

- a) La prova non è ammissibile quando sia invocata per provare l'esistenza di un contratto avente il valore superiore a 5 mila lire. Inoltre il giudice deve ammettere la testimonianza quando : -vi sia un principio di prova scritta; -la parte si sia trovata nell'impossibilità materiale o morale di procurarsi una prova scritta; - quando la parte abbia senza sua colpa perduto il documento.

- b) Non è ammissibile se tende a dimostrare se anteriormente o contemporaneamente siano stati conclusi altri patti non risultanti dal documento. Se si vuole dimostrare che tale patto sia stato concluso successivamente, il giudice può ammetterla solo se sia verosimile che siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali.
- c) La prova non è ammissibile quando serve a provare un contratto che deve essere creato (*forma ad substantiam*) o anche solo provato (*forma ad probationem tantum*) per iscritto. In questo caso la testimonianza è ammessa solo quando tale contratto sia stato smarrito senza sua colpa.

### **Forma ad substantiam et forma ad probationem.**

Quando è richiesta la forma <<*ad substantiam*>> questa è necessaria affinché il contratto non sia nullo. La prova della stipulazione di una tale atto può essere data fornendo in giudizio il documento in cui l'atto è consacrato. Il legislatore non permette che la formazione di un documento ad substantiam sia provato tramite testimoni, confessione o giuramento, poiché tale forma è essenziale non solo per la validità dell'atto ma anche per la prova del documento. Eccezione a questo è quando il documento sia stato perso dalla parte senza sua colpa. In questo caso sarà ammesso ogni tipo di prova volta a dimostrarne: l'esistenza, la perdita incolpevole, e il suo contenuto. La parte ha perciò l'onere di custodire il documento.

Per la forma <<*ad probationem tantum*>>, l'atto compiuto non rispettandola non è nullo ma la parte che ha compiuto il negozio non può fornire tale atto come prova. Questo divieto non vale per i terzi.

### **Le presunzioni.**

Per *presunzione* (o *prova indiretta*) si intende ogni argomento, illazione, congettura, attraverso cui, essendo già provata una determinata circostanza, si giunge a considerarne provata un'altra sfornita di prova diretta.

Le presunzioni si dicono legali quando è la legge che attribuisce ad un fatto valore di prova in relazione ad un altro fatto che invece viene presunto.

Le presunzioni possono essere:

- a) *Iuris et de iure*, laddove non ammettono prova contraria;

- b) *luris tantum* laddove ammettono prova contraria facendo ricorso a qualsiasi mezzo di prova.

Le presunzioni invece si dicono semplici quando non sono prestabilite dalla legge ma sono lasciate al prudente apprezzamento del giudice. Non occorre che tra il fatto noto e il fatto ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva causalità ma che sia riconducibile all'altro secondo il normale apprezzamento.

### **La confessione.**

Essa è la dichiarazione che la parte fa di fatti a se sfavorevoli e favorevoli all'altra parte. La confessione non è un negozio giuridico ma una dichiarazione di scienza, cioè non occorre che l'altra parte ne voglia gli effetti.

Essa può essere:

- a) Giudiziale, se resa in giudizio, e in questo caso fa piena prova, cioè che il fatto oggetto di confessione non può più essere considerato controverso dal giudice. Può essere spontanea, ma più spesso è provocata mediante l'interrogatorio formale.
- b) Stragiudiziale, se resa fuori dal giudizio, che se è fatta alla parte o ad un suo rappresentante ha lo stesso valore di quella giudiziale, se fatta ad un terzo può essere apprezzata liberamente dal giudice. Tale confessione deve essere a sua volta dimostrata (non con testimoni quando tale prova non è ammessa).

La confessione può essere revocata solo se dimostrata che essa è stata determinata da errore di fatto o da violenza.

La confessione si dice *qualificata* quando la parte riconosce la verità di fatti a se sfavorevoli ma ve ne aggiunge altri che hanno l'effetto di infirmare l'efficacia del fatto confessato o di modificarne l'effetto. In questo caso bisogna distinguere quando:

- l'altra parte non contesta la verità dei fatti adottati, la confessione fa vera prova;
- se l'altra parte contesta, è rimesso al giudice di apprezzare o meno le circostanze addotte.

Da questa si distingue la <<*dichiarazione ricognitiva*>> che ha come scopo non

l'osservazione di fatti, ma di diritti o rapporti giuridici ed ha sul piano probatorio una rilevanza diversa.

### **Il giuramento.**

È un mezzo di prova le cui parti possono chiedere l'acquisizione durante un giudizio civile. Questo può essere *decisorio* o *suppletorio*.

Il giuramento decisorio riguarda circostanze che abbiano riguardo una *quaestio facti* su cui il giudice è chiamato a decidersi, per cui l'esito del giuramento preclude ogni altro accertamento al riguardo. Il suo esito fa piena prova.

Esso può essere chiesto solo da una delle parti nei confronti dell'altra. Se l'affermazione risulta mendace si può sollevare questione per spergiuro e querela di falso.

Esso può avere ad oggetto solo un fatto che sia relativo alla parte o che sia caduto sotto la sua percezione. L'altra parte può a sua volta deferire il giuramento all'avversario a condizione che il fatto che abbia ad oggetto sia comune ad entrambi.

Se la parte si rifiuta o non si presenta senza giustificato motivo, quella dichiarazione non può più essere considerata vera dal giudice.

In ogni caso non si possono fornire prove contrarie ma si può solo denunciare in sede penale chi abbia giurato il falso.

Non è ammesso il giuramento quando:

- a) Abbia ad oggetto diritti indisponibili;
- b) Di fatto illecito;
- c) Di atto per cui sia richiesta la forma scritta ad substantiam;
- d) Di contestare l'attestazione, contenuta in atto pubblico che un determinato fatto è avvenuto alla presenza del pubblico ufficiale che lo ha redatto.

Altro tipo di giuramento è quello *suppletorio*. Tale giuramento può essere deferito *d'ufficio* quando il giudice si trova di fronte ad un fatto incerto, ma per il quale la parte che aveva l'onere di provarlo abbia fornito elementi abbastanza rilevanti, sebbene non del tutto persuasivi. Per questo il giudice può richiedere di

perfezionare la prova confermando con il giuramento che i fatti affermati sono veri.

## I rapporti di famiglia

### La famiglia e la riforma

La famiglia soddisfa dei bisogni fondamentali dell'individuo quali il completamento della propria personalità tramite l'unione con un'altra persona o la procreazione e l'istruzione della prole.

La costituzione e il codice non istituiscono la famiglia come istituto ma si limitano a riconoscerne i diritti e la definiscono come *società naturale*.

Dalla nascita del codice nel 1942 la famiglia ha subito numerose trasformazioni adeguandosi ai mutamenti della società. Si è passati da una famiglia patriarcale a una famiglia nucleare; dalla supremazia di del marito all'interno della famiglia all'equiparazione dei coniugi dovuta anche all'acquisto di una sempre maggiore autonomia della moglie.

Proprio per questo gli interventi del legislatore a tal proposito non sono mancati. Il primo intervento è nel 1970 n. 898 la quale per la prima volta, a seguito di un referendum, introduceva il divorzio, ponendo fine all'indissolubilità del matrimonio.

Ma la riforma che apporterà maggiori cambiamenti sarà quella portata dalla legge 19 maggio 1975 n 151 dalla quale è scaturito l'attuale assetto dei rapporti familiari. I maggiori mutamenti si sono avuti per quanto riguarda:

- innalzamento dell'età per contrarre matrimonio;
- completa parificazione della potestà dei coniugi sui figli;
- abolizione della separazione "per colpa"
- regime legale della comunione degli acquisti;

- eliminazione della dote;
  - completa parificazione fra figli naturali e figli legittimi;
- miglioramento dei diritti successori per il coniuge superstite e i figli.

Famiglia di fatto e famiglia legittima.

La famiglia legittima è quella fondata sul matrimonio e i figli, concepiti da genitori uniti in matrimonio, si dicono legittimi.

La famiglia di fatto è quella costituita da persone che pur essendo unite in matrimonio, convivono come se fossero coniugati, anche detto *more uxorio*, insieme agli eventuali figli nati durante questa unione.

Per quanto riguarda la famiglia di fatto, sebbene questo tipo di unione si stia diffondendo sempre più, non esiste una legislazione sistematica ma troviamo interventi volta per volta che tentano di garantire diritti al convivente considerandolo come coniuge.

Ovviamente ogni volta che nella costituzione e nei codici ci si riferisce alla *famiglia* si fa riferimento solo alla famiglia legittima, soprattutto per quanto riguarda il riconoscimento di determinati diritti e doveri della stessa.



## MATRIMONIO: LA FORMAZIONE DEL VINCOLO

### A) IL MATRIMONIO CIVILE

Nozioni generali.

Il matrimonio assume rilievo sia dal punto di vista *religioso* che da quello *civile*, essendo stato introdotto in questo caso nel 1865 dal codice civile del regno d'Italia.

Con il termine matrimonio s'intende sia *l'atto* sia il *rapporto* che tramite questo atto si costituisce.

Per quanto riguarda il rapporto, la legislazione prevede un' unica disciplina. Esso si caratterizza per essere **esclusivo**, **indisponibile**, e di durata **indeterminata**. Solo con la legge 898 del 1970 questo rapporto ha finito di essere anche *indissolubile*.

Per quanto riguarda la celebrazione dell'atto, questa può avvenire in forme diverse a seconda che si compia davanti un ufficiale dello stato civile, un ministro del culto cattolico (a meno che poi segua la trascrizione negli appositi registri statali e abbiamo così il matrimonio *concordatario*), o un ministro di un altro culto.

Solo dalla legge sul divorzio possiamo dedurre il fine del matrimonio che risulta essere la costituzione di una comunione materiale e spirituale dei coniugi. La legge si limita a costituire un vincolo che si declina in una serie di obblighi reciproci come presupposto a determinati effetti giuridici.

### **La promessa di matrimonio.**

La promessa di matrimonio non è vincolante ed è *incoercibile* (non si può pretendere che sia eseguito ciò che è stato promesso).

Se la promessa è stata fatta per iscritto o se tale promessa risulti dalle pubblicazioni, se il promittente ricusi successivamente di voler contrarre matrimonio o se dia per propria colpa giusto motivo a rifiuto dell'altro, egli è tenuto a risarcire i danni, che però devono essere limitati alle obbligazioni contratte o alle spese fatte a seguito di tale promessa.

Può essere inoltre chiesta la restituzione dei doni fatti a causa di tale promessa ma solo se la richiesta è fatta entro un anno dal rifiuto o prima della morte dell'altro. Non sono considerati doni le così dette donazioni *obnuziali*.

### **Capacità e impedimenti.**

Per quanto riguarda la capacità è necessario:

- 1) Libertà di stato
- 2) L'età minima (la maggiore età, eccezione per il minore che abbia compiuto i 16 anni, del quale sia stata accertata la maturità psicofisica e che vi siano motivazioni fondate, sentito il genitore o tutore e il pubblico ministero)
- 3) Capacità di intendere e di volere (non può contrarre matrimonio l'interdetto giudiziale e l'incapace naturale)
- 4) L'assenza di rischio di commixtio sanguinis (cioè non può contrarre matrimonio la donna prima che siano passati 300 giorni dalla fine del precedente matrimonio, a meno che esso non sia stato dichiarato nullo per impotenza del coniuge, o che sia stata accertata l'impossibilità dello stato

di gravidanza, o se sia stato accertato che il marito non ha convissuto con la moglie nei 300 giorni precedenti.

(l'inosservanza di quest'ultimo profilo non dà luogo a invalidità del matrimonio ma solo a sanzione amministrativa per i coniugi e per l'ufficiale dello stato civile.

Per quanto riguarda gli impedimenti, non possono contrarre matrimonio fra loro:

- 1) Ascendenti o discendenti in linea retta
- 2) Fratelli e sorelle legittimi o naturali
- 3) Zio e nipote (dispensabile dal p.m.)
- 4) Affini (parenti del coniuge) in linea retta (suocero e nuora, genero e suocero) [dispensabile se rapporto deriva da matrimonio nullo]
- 5) Affini in linea collaterale (dispensabile dal p.m.)
- 6) Adottante adottato e i suoi discendenti
- 7) Figli adottivi della stessa persona
- 8) Figli adottivi e legittimi o naturali della stessa persona
- 9) Adottato e coniuge dell'adottante e viceversa

Non possono contrarre matrimonio fra loro anche le persone delle quali l'una è stata condannata per omicidio tentato o consumato contro il coniuge dell'altra.

### **Pubblicazione e celebrazione.** (Art 93 e D.P.R. n 396 del 2000)

Pubblicazione--> atto di affissione alla casa comunale, dove il matrimonio sarà celebrato, contenente le generalità degli sposi. Esso deve avvenire 4 giorni prima della celebrazione e deve durare almeno 8 giorni, a cura dell'ufficiale dello stato civile. I fini della pubblicazione sono: evitare nozze precipitose e mettere al corrente coloro i quali potrebbero far valere una qualche opposizione (*pubblicità notizia*).

Può essere omessa per gravi motivi solo previa autorizzazione dell'autorità giudiziale.

Deve essere richiesta all'ufficiale di stato civile del comune di residenza di uno dei nubendi da parte dei nubendi stessi o da chi abbia ricevuto

particolare incarico. Devono essere dichiarate le generalità degli sposi e se sussiste eventuale causa impediente che comunque starà all'ufficiale verificare.

Non necessità di pubblicazione il *matrimonio in extremis* cioè con immediato pericolo di vita.

L'opposizione può essere fatta da chiunque ne abbia interesse ai sensi dell'art 102 o dal pubblico ministero. Il presidente del tribunale può sospendere le celebrazione in attesa dell'accertamento. In caso di accertamento negativo l'opponente è tenuto a risarcire i danni arrecati.

**Celebrazione:** avviene nella casa comunale dove è stata fatta richiesta di pubblicazione e di fronte all'ufficiale di stato civile, che legge ai convenuti gli articoli 143, 144 e 147, raccoglie le dichiarazioni personali di matrimonio e infine compila l'atto di matrimonio che sarà poi iscritto nell'apposito registro.

Non possono essere apposte alcune condizioni o termini. Vitiantur sed non vitiant.

Per il matrimonio per procura è necessario atto pubblico e la dichiarazione non può ovviamente essere generica ma deve indicare nome e cognome dell'altro sposo.

Per quanto riguarda il matrimonio davanti ad un apparente u.d.s.c la legge dà validità a tale atto solo se la cerimonia è stata celebrata pubblicamente e uno dei due coniugi fosse in buona fede.

Natura giuridica = il matrimonio ha natura non contrattuale ma personale, è un negozio bilaterale, con una fattispecie complessa in virtù dei vari requisiti necessari alla sua realizzazione (consenso degli sposi, dichiarazione dell'u.d.s.c.).

### **Invalidità del matrimonio**

Tipi di invalidità:

-assoluta → può essere fatta valere da tutti

-relativa → può essere fatta valere dai coniugi ovvero dal pubblico ministero;

-insanabile e imprescrittibile → può essere fatta valere in qualunque tempo.

Cause di invalidità:

- 1) Vincolo di precedente matrimonio di uno dei coniugi(a tal riguardo non basta una dichiarazione di divorzio mentre la celebrazione sia stata sospesa per la verifica dell'eventuale primo legame. Questa invalidità è insanabile ed assoluta;
- 2) Impedimentum criminis(assoluta ed insanabile)
- 3) Interdizione giudiziale o incapacità naturale di uno dei due coniugi(il vizio può essere sanato a seguito della convivenza per più di un anno dopo la fine dell'impedimento.
- 4) Difetto di età(azione viene sospesa se il minore diventa maggiorenne, vi sia stato concepimento o procreazione e questo abbia intenzione di portare avanti il rapporto.
- 5) Vincolo di parentela, affinità, adozione o affiliazione(però l'azione non può essere proposta se sia passato un anno dalla celebrazione e sia possibile ottenere dispensa giudiziaria)
- 6) Vizi del consenso:
  - a) Violenza(azione non può essere esperita dopo un anno dalla cessazione delle minacce)
  - b) Timore(vale il concetto dell'anno di sopra)
  - c) Errore(vale sia per errore sull'identità che sulle qualità del coniuge quali malattie psichiche, sentenza di condanna maggiore di 5 anni per reato non colposo o non inferiore a due anni per prostituzione, uno stato di gravidanza causato da terzi.
- 7) Simulazione (non può essere più proposta dopo un anno ovvero se i coniugi abbiano convissuto come tali).

L'azione di impugnazione è *personale* e intrasmissibile agli eredi, anche se gli eredi possono continuare la causa portata avanti dal de cuius. Non può essere promossa dopo la morte di uno dei due coniugi.

Durante la pendenza del giudizio il giudice può disporre la *separazione in pendenza del giudizio di nullità o annullamento*.

### **Il matrimonio putativo.**

La legge per alcuni casi e sotto determinati profili efficacia al matrimonio invalido.

Se i coniugi sono in buona fede il matrimonio si considera valido e quindi produttivo di effetti fino alla pronunzia della sentenza. Tale sentenza opera quindi *ex nunc* e non *ex tunc*! Ciò vale per i figli nati durante che saranno considerati legittimi e non naturali. Se solo uno dei due coniugi era in buona fede, gli effetti valgono solo per lui. Se entrambi erano in mala fede i figli sono considerati legittimi lo stesso tranne in caso di bigamia o incesto dove però saranno riconosciuti lo stesso. Le regole sul matrimonio putativo si estendono anche al matrimonio viziato ma *vis o metus* sebbene non si possa evincere buona fede in tal caso.

### B) IL MATRIMONIO CONCORDATARIO

Come sappiamo per quanto riguarda il matrimonio come *atto* possiamo distinguere oltre a quello civile, anche quello così detto concordatario, perché basato sul concordato fra lo stato e la Santa sede del 1984 in revisione dei patti lateranensi.

Questo non è quindi altro che un matrimonio celebrato davanti ai ministri del culto cattolico che poi riceve efficacia per quanto riguarda il matrimonio come rapporto, anche nello stato italiano.

### **Modalità per il riconoscimento dell'efficacia civile del matrimonio canonico.**

Consistono nella pubblicazione nella chiesa dove si terrà il matrimonio delle generalità dei futuri sposi e a questa sarà affiancata una pubblicazione con gli stessi dati nelle porte della casa comunale, tutto questo sempre dopo che il ministro del culto si sia accertato che non sussistono cause impedienti il matrimonio stesso.

Alle pubblicazioni segue la celebrazione che si svolge nel modo prescritto dal diritto canonico ma al quale seguirà la lettura degli articoli 143, 144 e 147, la compilazione dell'atto di matrimonio e la registrazione di questo nei registri dello stato mediante trasmissione di uno degli originali.

### **Trascrizione matrimonio canonico.**

La trascrizione è l'atto *costitutivo* tramite il quale il matrimonio riceve efficacia

anche nel nostro ordinamento. Si dice che ha efficacia retroattiva in quanto il matrimonio prende efficacia non dal momento della trascrizione ma dal momento della celebrazione.

È ammessa anche una trascrizione detta *tardiva* che assume sempre efficacia dal momento della celebrazione. Questa può essere chiesta da entrambi i coniugi o da anche uno solo ma solo se l'altro ne è a conoscenza e non fa opposizione. Da questo si deduce che la trascrizione non può essere fatta post mortem uno dei coniugi

I casi di intrascrittibilità sono : la mancanza dell'età minima di uno dei coniugi(a meno che non si rientri nella fattispecie dell'art 117 comma II); quando fra gli sposi sussiste un impedimento inderogabile(delitto, parentela, interdizione o incapacità naturale, stato non libero)

### **Giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale.**

Le condizioni affinché le sentenze di nullità pronunciate dal tribunale ecclesiastico abbiano effetto nel nostro ordinamento sono: che il giudice ecclesiastico fosse stato competente a conoscere della causa; che alle parti sia stato dato il potere di agire e resistere come nel nostro ordinamento; che ricorrano le altre condizioni affinché una sentenza di un tribunale straniero sia riconosciuto nel nostro.

### **C) MATRIMONIO CELEBRATO DAVANTI AD UN MINISTRO DI UN CULTO ACATTOLICO**

È stata data la possibilità anche agli appartenenti ai culti acattolici di vedere riconosciuti gli effetti del matrimonio celebrato secondo propri riti, nel nostro ordinamento. La differenza è che questo tipo di matrimonio è regolato dal codice civile anche per quanto riguarda le modalità, lasciando indipendenza solo per quanto riguarda la celebrazione. È necessaria anche la trascrizione nei registri dello stato. Vigeva comunque la disciplina dettata dalle intese dei vari culti con lo Stato italiano.

### **IL MATRIMONIO: IL REGIME DEL VINCOLO**

### **Diritti e doveri personali dei coniugi.**

Sebbene già la costituzione all'art 29 stabilisse l'uguaglianza dei coniugi, ancora nel codice del '42 è presente una evidente supremazia del marito per mezzo degli istituti della potestà maritale e della sua figura quale capo famiglia.

Queste differenze sono state appianate con la riforma del 1975 la quale ha statuito che <<con il matrimonio i coniugi acquistano gli stessi diritti e doveri>> .

Altro principio introdotto è quello che invita i coniugi a concordare sulle scelte più importanti per la famiglia, quali ad esempio la residenza familiare, e in caso di disaccordo l'art 148 prevede che essi, se entrambi concordi, possono riferirsi al giudice senza particolare formalità (art abbastanza disapplicato proprio per la richiesta di questo accordo).

Gli obblighi che discendono da questo vincolo sono:

- fedeltà (la quale non si riduce al mero fatto carnale, ma ad ogni caso in cui un coniuge perda quella centralità che dovrebbe meritare a favore di un terzo)
- collaborazione (nei riguardi della famiglia)
- assistenza (per la quale si intende quella spirituale e materiale)
- coabitazione (con deroghe quando la coabitazione sia impedita per una iusta causa e per questo è concessa anche che essi tengano un domicilio separato)

Tutti questi obblighi sono di carattere personale, cioè non sono coercibili, ma la violazione di questi può portare il giudice ad addebitare la separazione ad uno dei coniuge con conseguenze per quanto riguarda il diritto successorio e l'obbligo al mantenimento.

Sono stati introdotti di recente gli <<ordini di protezione>>, cioè specifiche misure preventive contro la violenza nelle relazioni familiari. Essa consiste in sanzioni anche penali. Può essere chiesto l'allontanamento del coniuge colpevole dalla residenza familiare come anche dai luoghi frequentati dall'altro coniuge o dai figli. Inoltre se tal separazione abbia arrecato un pregiudizio economico per la famiglia, il coniuge colpevole ha l'obbligo di versare un assegno periodico per mantenerla.

### **La separazione personale dei coniugi.**

Essa non comporta la cessazione del vincolo ma una trasformazione dello stesso.

Cessa, infatti, l'obbligo di convivenza e gli altri obblighi vengono modificati.

Vi possono essere due tipi di separazione:

-separazione legale;

-separazione di fatto (che non determina automatiche conseguenze giuridiche).

La separazione legale può essere *giudiziale* o *consensuale*.

Inizialmente la separazione giudiziale poteva essere data solo <<per colpa>> di uno dei due coniugi. La legislazione odierna prevede invece che la separazione può essere chiesta da qualunque dei coniugi quando la situazione sia diventata "intollerabile". Il giudice a questo punto può decidere a quale dei due coniugi addebitare la separazione.

Al coniuge al quale questa è stata addebitata non può ricevere l'assegno di mantenimento, il quale viene disposto affinché l'altro coniuge possa condurre lo stesso tenore di vita che aveva in precedenza. A questo però potranno essere assegnati gli alimenti, cioè il necessario per la sopravvivenza.

Le condizioni della separazione giudiziale possono essere riviste in ogni momento così da adeguare queste condizioni ai vari mutamenti nel rapporto tra i coniugi.

Alla moglie separata può essere vietato l'uso del cognome del marito.

Altro tipo di separazione è quella *consensuale*, nella quale i coniugi stabiliscono le condizioni di separazione. Queste però non hanno alcun effetto prima della omologazione del giudice il quale può pure verificare che le condizioni rispettino l'interesse dei figli.

Effetti della separazione sono: termina l'obbligo di convivenza, si attenua quello alla fedeltà, in quanto non sono permesse relazioni che possano arrecare grave pregiudizio all'altro coniuge, non termina l'obbligo alla collaborazione specialmente nell'interesse dei figli. La presunzione di paternità cessa e con essa anche la

comunione legale dei beni.

Gli effetti della separazione termina completamente con la *riconciliazione* la quale si ha quando si ricostituisce la vera comunione di vita della coppia. in caso di riconciliazione una nuova separazione può essere pronunciata solo per fatti posteriori a questa. È necessaria la pubblicità.

### **I provvedimenti riguardo ai figli nella crisi della coppia.**

La legge 8 febbraio 2006 n 54 ha ridisegnato il provvedimenti riguardo i figli nella crisi della coppia. si è passati dal principio dell'affidamento *esclusivo* a quello dell'affidamento *condiviso* secondo il quale, per l'art 155, i figli hanno il diritto di conservare un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere da entrambi cura, educazione ed istruzione e di conservare rapporti con gli ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale.

È chiaro che in quest'ottica l'affidamento *esclusivo* risulta un fatto eccezionale che può ormai essere disposto solo nel caso in cui il rapporto con un dei genitori sia lesivo per il figlio stesso.

Il giudice così, presa atto della situazione, decide dove i figli devono essere collocati e le modalità con cui ciascun genitore può stare con la prole. Il giudice può anche tenere conto degli accordi dei genitori negli interessi della prole. Queste condizioni possono essere modificate ogni volta vi sia una modificazione rilevante all'interno del rapporto. Il giudice deve disporre l'audizione del figlio che ha compiuto i dodici anni o anche minore se dotato di discernimento(art 155 sexies).

I genitori devono contribuire al mantenimento della prole in misura adeguata al proprio reddito. L'assegno nei confronti del figlio maggiorenne può essere versato direttamente a lui quando non sia economicamente autosufficiente. Se però il figlio maggiorenne è portatore di handicap si applica la disposizione relativa al figlio minore.

Importante il principio secondo cui la casa familiare è attribuita a uno dei due coniugi nell'esclusivo interesse dei figli. Per questo motivo il giudice potrà disporre che la casa sia assegnata anche al coniuge che non ne sia proprietario se questo

andrebbe ad interesse del figlio. Il giudice in questo caso specifico terrà conto che quel coniuge soddisfa l'esigenza di abitazione per mezzo di proprietà dell'altro, e questo potrà incidere nella definizione dell'assegno di mantenimento o alimenti. Questo diritto decade nel momento in cui il coniuge non abiti più stabilmente la casa o contragga nuove nozze o conviva stabilmente more uxorio.

### **Lo scioglimento del matrimonio. Il divorzio.**

Fino all'entrata in vigore della legge 1 dicembre 1970 n.898 l'unico modo affinché vi fosse la fine del matrimonio era la morte del coniuge. A tal proposito si deve evidenziare che la condizione vedovile non è equiparabile a quella del celibe in quanto vi sono effetti che permangono dopo la morte del coniuge quali i diritti successori, il lutto vedovile, la pensione di reversibilità, il mantenimento della cittadinanza per il cittadino straniero che l'abbia acquistata tramite matrimonio e l'uso del cognome maritale. Alla morte è equiparata la dichiarazione di morte *presunta*.

Per quanto riguarda il divorzio, esso non assume alcun effetto nel diritto canonico. Per cui le coppie civilmente divorziate rimangono sposate per il diritto canonico.

Nel nostro ordinamento non è ammesso né il *divorzio consensuale* (cioè fondato solo sulla volontà dei coniugi) né il *divorzio-sanzione* (cioè basato su una colpa di un coniuge). Questo perché il divorzio può essere concesso solo al realizzarsi delle cause elencate all'art 3 della suddetta legge. Il divorzio è visto come rimedio all'impossibilità di ricostituire la comunione che dovrebbe essere caratteristica del matrimonio.

La causa più comune presente nell'art 3 è la separazione ultra triennale, la quale non decorre dalla sentenza di separazione ma dal primo giorno in cui i coniugi si sono presentati in giudizio. Questa separazione può essere solo giudiziale o consensuale omologata.

Le altre cause di divorzio sono: una condanna penale passata in giudicato particolarmente grave, una condanna penale passata in giudicato in danno del coniuge o di un figlio, il divorzio ottenuto all'estero da un coniuge straniero, la non-

consumazione del matrimonio, il passaggio in giudicato di una sentenza di rettificazione del sesso del coniuge.

Verificatesi una di queste conseguenze un coniuge o entrambi possono chiedere al giudice lo scioglimento del matrimonio. Il giudice dovrà tentare una riconciliazione. Il giudice può disporre un assegno divorzile per il coniuge che ha difficoltà nel proprio sostentamento. La giurisprudenza è d'accordo sul ritenere che l'assegno debba consentire al coniuge di tenere un tenore di vita pari a quello tenuto precedentemente. La corresponsione può avvenire in un'unica soluzione ma in questo caso non può essere più rivista. L'obbligo di tale assegno cessa per nuove nozze, mentre non cessa definitivamente per convivenza anche more uxorio.

## IL REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA

### **Principi generali.**

Prima della riforma del 1975 i rapporti patrimoniali fra i coniugi erano disciplinati nel senso che era al marito l'obbligo di mantenere la moglie, e questa poteva contribuire al mantenimento della famiglia solo in caso di bisogno del marito. Era ammesso pure la costituzione di una *dote* che poteva essere donata dalla moglie o da chi per lei al marito con lo scopo di aiutarlo nel mantenimento della famiglia ma con l'obbligo di restituirla in caso di scioglimento del matrimonio.

La riforma ha equiparato la posizione giuridica dei coniugi stabilendo che entrambi contribuissero ai bisogni della famiglia e introducendo un nuovo regime legale dei rapporti. Il regime vigente prevede comunque la possibilità di accordarsi per un regime di separazione dei beni.

### **Obbligo di contribuzione per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia.**

L'art 143 impone ai coniugi l'obbligo di contribuire in ragione delle proprie sostanze al mantenimento della famiglia. L'art 148 l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole. A tal proposito con *sostanze* si intendono non solo i redditi ma anche ciò che già formava patrimonio disponibile della coppia.

L'ambiguità di questi articoli ha fatto sorgere il dubbio per quanto riguarda questo contribuire ai bisogni della prole, nel caso in cui ciascun coniuge possa disporre per se dei beni in eccesso questo mantenimento o se in ogni caso questi devono essere messi tutti a disposizione della famiglia. La dottrina e la giurisprudenza tendono ad avvalorare la prima tesi.

Nell'ipotesi in cui i coniugi non riuscissero nel mantenimento della famiglia la legge impone agli ascendenti di fornire i mezzi necessari a questo. Qualora uno dei coniugi si rifiutasse di adempiere al mantenimento della famiglia la legge può disporre che una quota dei debiti dell'inadempiente sia versata a favore dell'altro.

### **Regime patrimoniale legale. Le convenzioni matrimoniali.**

Come già detto dopo la riforma del 1975, tutte le coppie sposate dopo la data del 20 settembre di quell'anno sono state assoggettate al regime della comunione legale dei beni salvo che queste non abbiano congiuntamente disposto diversamente tramite una convenzione matrimoniale. Oltre al regime della separazione dei beni, le coppie possono decidere pure per la costituzione di un *fondo patrimoniale* o dar luogo ad una *comunione convenzionale*. Non sono ammessi altri tipi di convenzione. Tali convenzioni possono essere contratte anche dopo il matrimonio ma sono opponibili a terzo solo se annotate al margine dell'atto.

Per le coppie che si sono sposate prima del 20 settembre del 1975 era stato stabilito un periodo di due anni in cui anche uno solo dei coniugi poteva stabilire con atto unilaterale di voler rimanere nel regime di separazione dei beni. Chi non avesse disposto in tal senso entrava automaticamente in comunione legale per i beni acquistati dopo questa data. Le coppie poteva disporre anche che entrassero in comunione anche i beni acquistati precedentemente tale data.

### **La comunione legale.**

La comunione legale non è comunione universale.

Occorre distinguere tra categorie di beni.

Comunione immediata(beni che diventano della comunione sin dal loro acquisto):

- 1) Acquisti compiuti dai due coniugi o da uno solo di essi insieme o separatamente durante il matrimonio ad esclusione di quelli personali
- 2) Aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio
- 3) Gli utili e gli incrementi di aziende gestite da entrambi i coniugi ma costituite da uno solo di essi prima del matrimonio.

Comunione de residuo(beni che entrano nella comunione solo con lo scioglimento del matrimonio):

- 1) Redditi dei coniugi non consumati prima dello scioglimento;
- 2) Beni destinati all'esercizio di una impresa costituita da uno dei due coniugi e da lui gestita
- 3) Incrementi di una impresa costituita da uno dei due coniugi e da lui gestita.

Beni personali(che non entrano mai nella comunione):

- 1) Beni di cui il coniuge era titolare prima del matrimonio;
- 2) Beni acquistati da questo per donazione a suo favore salvo che disponga di cederli alla comunione;
- 3) Beni di uso strettamente personale;
- 4) Beni che servono all'esercizio della professione del coniuge;
- 5) Beni ottenuti a titolo di risarcimento o per pensione attinente la perdita totale o parziale della capacità lavorativa;+
- 6) Beni acquistati dalla vendita di beni personali se questo è indicato nell'atto di acquisto.

L'acquisto di un bene immobile o mobile registrato può essere escluso dalla comunione se a ciò acconsenta l'altro coniuge e specifichi che si rientra in una delle ipotesi sopra elencate. La destinazione di tale bene a una di queste ipotesi deve essere assolutamente obbiettiva.

Per quanto riguarda i crediti di uno dei coniugi la cassazione ha stabilito che fanno parte della comunione i crediti derivanti da documenti, ma escludendo che cadano in comunione crediti derivanti da contratti.

Per l'amministrazione dei beni è necessario il consenso dei coniugi per apportare atti di straordinaria amministrazione. In caso questo consenso non venga dato un

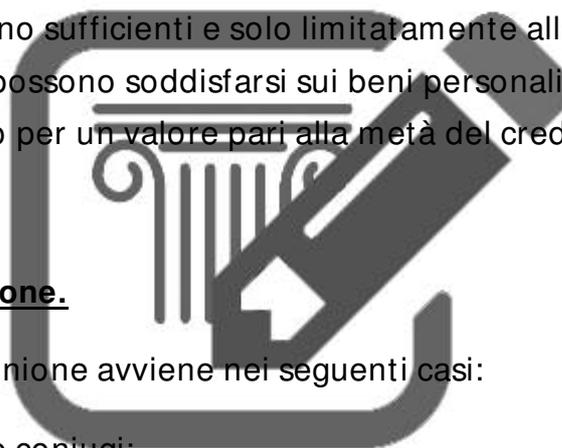
coniuge può riferirsi al giudice che può concedere il compimento di tale atto se compiuto nell'interesse della famiglia.

Gli atti compiuti senza il consenso e senza autorizzazione, in caso siano compiuti su beni mobili registrati o immobili, sono annullabili su richiesta della parte coniuge, se compiuti su beni mobili il coniuge che li ha compiuti è tenuto a risarcire il danno.

Gli obblighi che gravano sulla comunione sono:

- 1) Quelli che gravavano sul bene al momento dell'acquisto;
- 2) I carichi dell'amministrazione;
- 3) Gli obblighi contratti dai coniugi per interesse della famiglia;
- 4) Le obbligazioni contratte congiuntamente dai coniugi.

I creditori di uno dei coniugi possono soddisfarsi sulla comunione solo se i beni personali di questo non siano sufficienti e solo limitatamente alla metà della stessa. I creditori della comunione possono soddisfarsi sui beni personali solo se la comunione non basti e solo per un valore pari alla metà del credito.



### **Scioglimento della comunione.**

Lo scioglimento della comunione avviene nei seguenti casi:

- 1) Morte di uno dei due coniugi;
- 2) Divorzio
- 3) Dichiarazione di assenza o morte presunta;
- 4) Annullamento matrimonio;
- 5) Separazione legale;
- 6) Fallimento;
- 7) Convenzione tra i coniugi per abbandonare il regime comunione sostituendolo con uno di quelli consentiti
- 8) Separazione giudiziale dei beni  
A sua volta questa può avvenire se:
  - a) Interdizione o inabilitazione di uno dei due;
  - b) Cattiva amministrazione;
  - c) Disordine negli affari personali tali da danneggiare gli interessi della

- famiglia;
- d) Condotta tenuta da uno dei due coniugi tali da danneggiare gli interessi sopra indicati;
  - e) Mancata o insufficiente contribuzione da parte di uno dei coniugi al bisogno della famiglia.
  - f) Nomina di un amministratore di sostegno.

La sentenza ha lo scopo di istaurare il regime di separazione. Per i beni precedentemente acquistati si attua la divisione la quale deve procedere secondo principi di uguaglianza nella divisione.

### **Comunione convenzionale.**

I coniugi possono costituire una convenzione che non violi i principi di uguaglianza delle quote in una comunione, amministrazione congiunta con pari poteri, escludere i beni classificati come *personali*.

### **La separazione dei beni.**

Con questo regime ciascun coniuge diventa titolare esclusivo del godimento e dell'amministrazione dei beni di cui è titolare, fermo restando l'obbligo di provvedere al mantenimento della famiglia.

Se in regime di separazione dei un coniuge abbia di fatto il godimento di un bene di titolarità dell'altro, questo è considerato come fosse un usufruttuario.

### **Il fondo patrimoniale.**

La riforma prevede la possibilità di costituire un fondo in cui vengano a confluire beni immobili, mobili registrati o titoli di credito, con lo scopo di soddisfare esclusive esigenze della famiglia. Esso può essere costituito anche da un terzo oltre che dai coniugi o da uno solo di essi e la costituzione deve avvenire tramite atto pubblico. Previa autorizzazione del giudice in caso di figlio minore, o del semplice consenso di

entrambi i coniugi, i beni del fondo non possono essere destinati ad altra attività se non a quella che li indirizzi per il mantenimento e bisogno familiare.

### **L'impresa familiare.**

Questa norma è nata per tutelare i familiari dell'imprenditore che prestino in modo continuato attività nell'impresa di questo e che non siano tutelati con apposito contratto.

I partecipanti sono il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo dell'imprenditore.

Ciò che questi devono ricevere deve essere proporzionata al lavoro che questo svolgono all'interno dell'impresa.

Come attività è compresa anche quella che semplicemente permetta ad altri familiari di occuparsi di tali affari.

La norma prevede che le decisioni di maggiore importanza vengano prese con il *consenso* dei familiari che vi partecipano ma si esclude che tale consenso sia vincolante.

Il diritto di partecipazione è intrasferibile a meno che non sia ceduto ad altro familiare con il consenso degli altri partecipanti.

In caso di cessazione dell'attività il diritto di partecipazione può essere liquidato in denaro e il pagamento può essere dilazionato in più annualità.

I partecipanti hanno anche il diritto di riscattare l'azienda ceduto ad un terzo, se il titolare abbia proceduto all'alienazione senza consentire ai familiari il diritto di *prelazione*.

### **La dote.**

L'istituto della dote è venuto meno, venendo meno l'obbligo del marito di mantenere la moglie.

## LA FILIAZIONE LEGITTIMA

### Filiazione legittima.

Il figlio si dice legittimo quando è stato *concepito* da genitori uniti in matrimonio. Si dice naturale se concepito da genitori che non sono sposati fra loro.

I presupposti per lo status di legittimità sono che il figlio sia nato da madre coniugata al tempo del concepimento e che il padre sia anche marito della madre.

Per questo motivo la legge si avvale di due presunzioni:

- 1) Deve ritenersi concepito durante il matrimonio il figlio che sia nato 180 giorni dopo la celebrazione e 300 giorni dopo lo scioglimento(annullamento o separazione, che non sia di fatto) dello stesso.
- 2) Se il figlio è stato concepito durante il matrimonio, il padre è il marito della madre.

Si può ottenere che il figlio sia legittimo dimostrando che si è trattato di una gravidanza eccezionalmente lunga. Se invece il figlio nasce dopo le nozze ma prima che siano trascorsi 180 dalla celebrazione, il figlio è considerato legittimo ma entrambi i coniugi o il figlio possono agire per il disconoscimento della paternità anche se non ricorrono una delle ipotesi elencate nell'art 235 e più in la esplicate.

### Prova della filiazione legittima.

La filiazione legittima può essere dimostrata sostanzialmente in tre modi.

- 1) **Atto di nascita.** Questo viene redatto dall'ufficiale dello stato civile che riceve le dichiarazioni o di un genitore, o di un loro procuratore speciale, o del medico, o di chiunque abbia assistito alla nascita, e accerta che la nascita sia realmente avvenuta mediante l'*attestazione di nascita* rilasciata dalla struttura ospedaliera in cui è avvenuto il parto o dal personale sanitario che vi abbia assistito. Tale atto indica le generalità dei genitori e se i genitori sono uniti in matrimonio costituisce il *titolo dello status di figlio legittimo*.

Se la madre con consente ad essere nominata nell'atto il figlio non acquisterà tale status. La madre può altresì dichiarare che la nascita è avvenuta dopo 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio o dichiarare quel figlio come *naturale* (essendo figlio ad esempio di una relazione adulterina). In questi caso lo status di figlio legittimo non sarà acquistato.

- 2) **Possesso di stato.** Si parla di questo quando il figlio è stato sempre considerato figlio legittimo di quei genitori e se questo è integrato da tre elementi che sono: *il nomen*, cioè il fatto che quel figlio ha sempre avuto il cognome del padre; *il tractatus*, cioè che il figlio deve essere stato sempre trattato da figlio legittimo; e la *fama* cioè che anche nei rapporti sociali della famiglia questo deve essere stato sempre trattato come tale.
- 3) **Azione di reclamo della legittimità.** Tale prova può essere data anche in tale azione mediante l'uso di testimoni solo quando però vi sia un principio di prova per iscritto ovvero quando vi siano presunzioni o indizi abbastanza gravi tali da giustificare il ricorso alla prova per testimoni.

### L'azione di disconoscimento della paternità e le azioni di contestazione e di reclamo della legittimità.

La presunzione di paternità può essere superata solo mediante l'azione di disconoscimento della paternità che può essere ammessa solo nei seguenti casi elencati all'articolo 235.

- 1) Non coabitazione nel periodo che va dal 300° giorno anteriore alla nascita e il 180°;
- 2) Impotenza generandi o impotenza coeundi nel periodo sopra indicato;
- 3) Dichiarazione di relazione adulterina e la moglie ha tenuto celata la gravidanza nel detto periodo.

In quest'ultimo caso tale prova da sola non è necessaria ma deve essere integrata da prove scientifiche autorizzate dal giudice. La cassazione ha dichiarato illegittima tale norma nella misura in cui subordinava la possibilità di esperire tale prove solo a una

relazione adulterina della moglie.

I termini per esperire tale azione sono:

- 1) Per il marito: un anno dal giorno della nascita, ma tale periodo può essere prorogato in caso di assenza o lontananza dalla residenza familiare ad un anno dal suo ritorno. Ancora è stato ammesso che questo tempo possa decorrere da quando il marito viene a conoscenza dell'adulterio della moglie e della propria impotenza.
- 2) Per la madre: nel termine di sei mesi dalla nascita. Termine che può decorrere anche dal momento in cui si scopre l'impotenza del marito.
- 3) Per il figlio: entro un anno dal compimento della maggiore età e quando venga a conoscenza di una delle cause del disconoscimento.

Se il titolare muore prima di aver promosso tale azione ma prima di essere decaduto dal diritto di intenderla, l'azione può essere promossa dai suoi discendenti e ascendenti.

Altre azioni sono:

-Azione di contestazione della legittimità: chi dall'atto di nascita risulta senza esserlo genitore. L'azione è imprescrittibile e richiede la presenza in giudizio di entrambi i genitori e il figlio.

-Azione di reclamo della legittimità: in caso di mancanza di titolo adeguato (atto o possesso di stato) il figlio può chiedere di far accertare giudizialmente tale status.

### **Procreazione medicalmente assistita.**

In tale ambito la legislazione è intervenuta solo con la legge n°40 del 2004. Essa è vista come soluzione a problemi derivanti da infertilità e sterilità (art 1). Possono accedere a tali procedure solo coppie etero conviventi o sposate in età fertile (art 5). Non sono ammesse pratiche eterologhe o che prevedono surrogazione di maternità (art 4). Il consenso deve essere "informato" (art 6). Dall'espressione del consenso deve trascorrere almeno 7 giorni. Il consenso può essere revocato per l'uomo fino alla fecondazione. In caso di revoca (inefficace) dopo la fecondazione, la

donna può accettare lo stesso l'innesto. La donna può revocare de facto fino a prima dell'impianto creando un ostacolo insormontabile in quanto per la Costituzione sarebbe vietata qualsiasi impianto coattivo. Il nato diventa figlio legittimo o naturale a seconda che i genitori siano coniugati o no. In questo caso l'acquisto dello status di figlio naturale avviene con la nascita e non con il riconoscimento. L'articolo 9 inibisce qualsiasi ripensamento da parte dei genitori. In caso di inseminazione "eterologo" (magari all'estero o compiuta illecitamente) l'uomo non può in nessun caso intentare qualsiasi azione di disconoscimento della paternità. Il donatore perde qualsiasi diritto sul seme donato. Sono vietate pratiche sull'embrione che abbiano scopi sperimentali, eugenetici, di creazione di ibridi, di clonazione.

### **Rapporti tra genitori e figli.**

I genitori hanno l'obbligo di mantenere, educare ed istruire i figli seguendo le inclinazioni naturali e le aspirazioni degli stessi.

I figli hanno l'obbligo di rispettare i genitori e contribuire al mantenimento della famiglia finché convivono con essa.

I genitori esercitano congiuntamente la potestà sui figli sicché questo non raggiungano la maggiore età. In caso di contrasti nell'interesse del figlio si può riferirsi al giudice senza formalità alcuna. In caso di incombente pericolo sui figli, per i quali vi sia un contrasto e non vi sia il tempo di rivolgersi al giudice, la decisione spetta al padre (art 316 deroga all'eguaglianza fra i coniugi).

I genitori rappresentano i figli in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. Li atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti dai coniugi disgiuntamente. Quelli di straordinaria necessitano dell'autorizzazione del giudice tutelare. In caso di conflitto di interessi il giudice nomina un curatore speciale per integrare la volontà del figlio. Se il contrasto è solo fra il figlio e un genitore, l'altro può assumere la rappresentanza del figlio. Nel caso di omissione di atti necessari e che eccedono l'ordinaria amministrazione, può essere nominato un curatore speciale che compia questi atti. Gli atti compiuti in violazione di tali norme possono essere annullati su richiesta del figlio, dei genitori che ne esercitano la potestà, dagli eredi o aventi

causa.

Ai genitori spetta l'usufrutto legale dei beni del figlio, tranne per quelli esclusi dall'art 324. Tali frutti devono essere destinati al mantenimento della famiglia e del minore stesso. A differenza di quello ordinario tale usufrutto non può essere alienato, costituito in garanzia, né sottoposto ad azione esecutiva da parte dei creditori dei genitori.

Il giudice può dichiarare decaduta la potestà in caso di violazione o se vengano trascurati i diritti del minore o venga abusato dei relativi poteri, e per gravi motivi può essere pure dichiarato l'allontanamento dalla residenza per il minore o di uno dei genitori, o del convivente responsabile dei maltrattamenti.

Vi può essere il controllo giudiziale sull'amministrazione dei beni del minore da parte dei genitori per volere del giudice il quale, in caso di mala amministrazione, può prendere i provvedimenti adeguati.

### **Tutela del minore.**

Essa si apre in tutti i casi in cui i genitori non possono esercitare la potestà sul minore. Organi di questa sono: il tutore, il protutore e il giudice tutelare.

I poteri del tutore sono minori rispetto a quelli di un genitore in quanto si tiene conto del più debole legame che può insorgere in questo caso. Il protutore esercita i suoi poteri tutte le volte che il tutore non possa farlo. Il tutore deve procedere all'inventario dei beni del minore, deve amministrarli e investire i capitali. Per compiere atti di straordinaria amministrazione ha bisogno dell'autorizzazione del giudice tutelare. Il tutore quando cessa dalle funzioni deve renderne conto. Le azioni contro il tutore e quelle del tutore contro il minore si prescrivono in 5 anni dalla fine della tutela.

## L'ADOZIONE

### **L'adozione. Premesse.**

L'adozione ha perso la sua vecchia funzione di garantire una successione a chi già grande non aveva più la possibilità di avere figli, in favore di una nuova concezione

che tuteli il diritto del minore ad avere una famiglia. Per questo motivo l'adozione di minore d'età non è disciplinata nel codice civile ma la materia è oggi regolata dalla legge 28 marzo 2001 n 149 che porta il titolo di "Diritto del minore ad una famiglia".

### **L'adozione dei minori.**

L'adozione non è altro che un provvedimento di emergenza, al fine di garantire al minore la crescita nell'ambito della propria famiglia, e utilizzabile quando non sia possibile l'utilizzo di altri strumenti di tutela nell'ambito della famiglia.

L'adozione è possibile solo nei confronti dei minori dichiarati in stato di adottabilità, la quale è ammessa solo se questi versino in stato di *abbandono*. Si parla di abbandono quando il minore non riceva le adeguate cure morali e materiali da parte dei genitori o parenti tenuti a provvedervi. Sussiste l'abbandono anche quando il minore riceve tali cure ma queste cure non gli sono date dalla famiglia di origine. Non si considera abbandono se vi è una causa di forza maggiore e tale situazione è semplicemente transitoria. Non occorre una "colpa dei genitori".

Lo stato di adottabilità è dichiarato da parte del tribunale per i minorenni. In particolare per la riforma del 2001 la dichiarazione di abbandono può essere emessa con sentenza quando: i genitori o parenti convocati dal tribunale non si sono presentati senza valido motivo; l'audizione di parenti o genitori abbiano dimostrato il persistere di situazioni di abbandono; inadempimento delle prescrizioni del tribunale da parte dei genitori. Contro la sentenza può essere proposta impugnazione che può svolgersi per più gradi di giudizio.

Requisiti di adottabilità. Possono adottare solo *coniugi* uniti in matrimonio da almeno tre anni, idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare. L'età dell'adottante deve essere maggiore di 18 anni e minore di 45 nei confronti del minore adottato. A tali regole sono concesse deroghe se il tribunale accerti che: la mancata adozione arrechi un danno grave al minore, ovvero quando la coppia abbia almeno un figlio minore ancora quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella di un altro minore adottato.

Dichiarato lo stato di adottabilità il minore viene collocato in *affidamento*

*preadottivo* alla coppia ritenuta idonea. Se il minore è maggiore di 14 anni deve manifestare il consenso alla coppia prescelta. L'affidamento preadottivo è come una adozione provvisoria che deve durare almeno un anno. Non può essere concesso un tale affidamento di uno solo di più fratelli se non per gravi motivi.

Sentiti tutti gli interessati e il minore stesso, in caso di esiti positivi, il tribunale pronuncia l'adozione, ovvero dispone di non far luogo. In entrambi i casi la sentenza è impugnabile.

L'adozione ha l'effetto di far acquistare all'adottato lo status di figlio legittimo degli adottanti, compreso l'acquisto del cognome, e quello di far cessare ogni rapporto con la famiglia di origine se non i divieti di procreazione per prevenire incesti.

Se sta ai genitori l'obbligo di fornire informazioni al figlio riguardo la possibilità di essere edotto, per converso, è assicurata la riservatezza nei confronti dei terzi, in quanto notizie di tale genere dai pubblici ufficiali possono essere rilasciate solo per autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

L'adottato può accedere alle informazioni riguardanti la sua famiglia di origine al raggiungimento del 25° anno di età o anche al raggiungimento della maggiore età se sussistono gravi motivi psico-fisici che attentano la vita dell'interessato.

Non è consentito l'accesso a tali informazioni se i genitori naturali abbiano espressamente richiesto di mantenere l'anonimato in qualsiasi sua forma.

Per il maggiorenne non è richiesta alcuna autorizzazione se i genitori naturali siano morti o irreperibili.

Casi particolari in cui è concessa l'adozione con deroghe ad alcuni dei principi sopra esposti sono i seguenti:

- a) Il minore orfano può essere adottato dai coniugi non separati o da persona sola che siano uniti con l'orfano da vincolo di parentela fino al 6° grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori;
- b) Caso del minore figlio del coniuge dell'adottante.
- c) Caso di minore orfano di padre e di madre e affetto da handicap;
- d) Caso di minore per cui risulti impossibile l'affidamento preadottivo.

In questi casi il minore non acquista lo status di figlio legittimo degli adottanti

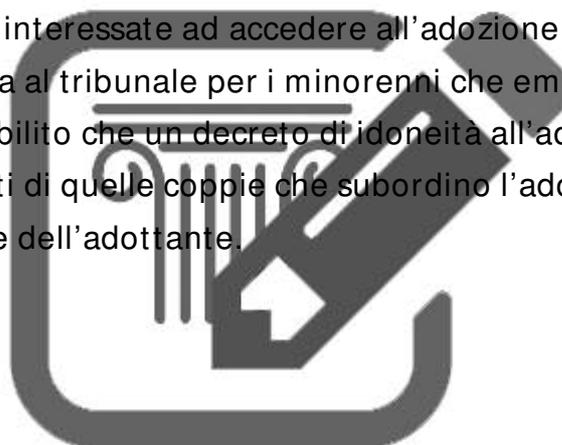
ma solo gli stessi diritti e doveri che a questo spetterebbero. In più egli può mantenere i rapporti con la famiglia d'origine.

### **L'adozione internazionale.**

Si considerano rientranti in questo tipo in casi in cui: un minore straniero sia adottato da coniugi italiani; o un minore straniero adottato da coniugi stranieri residenti in Italia; o un minore italiano adottato da coniugi residenti all'estero.

A tale tipo di adozione si fa ricorso nel caso in cui non sia stato possibile praticare una soluzione locale. L'adottabilità del minore deve essere dichiarata dall'autorità del paese d'origine. In ogni caso si adotta una completa eguaglianza con la normativa interna.

Le coppie residenti in Italia interessate ad accedere all'adozione internazionale devono presentare richiesta al tribunale per i minorenni che emette un decreto di idoneità all'adozione. È stabilito che un decreto di idoneità all'adozione non può essere emesso nei confronti di quelle coppie che subordinano l'adozione alla richiesta di particolari caratteristiche dell'adottante.



### **Affidamento di minori.**

Esso è un rimedio di carattere temporaneo quando il minore si venga a trovare in un ambiente familiare non idoneo ad assicurargli il mantenimento, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno. Per ciò il minore viene dato in custodia a qualcuno con il compito di prendersi cura di lui.

Il minore può perciò essere affidato:

- 1) ad una famiglia preferibilmente con minori;
- 2) in una comunità di tipo familiare (ove la prima soluzione non sia possibile) o un istituto d'assistenza.

La procedura varia a seconda che i genitori abbiano prestato consenso o meno all'affidamento. Nel primo caso l'affidamento è disposto dal servizio sociale locale,

sentito il minore se maggiore di dodici anni o se minore, in relazione alle proprie capacità di discernimento. Nel secondo caso è disposta dal tribunale per i minori.

Il provvedimento deve essere motivato e deve regolare appieno l'affidamento e i poteri attribuiti all'affidatario. Esso deve contenere anche la durata che non può essere superiore ai due anni e prorogabile dal tribunale per i minorenni.

L'affidamento cessa per mano della stessa autorità che l'ha disposto quando sia venuta meno la condizione che aveva reso necessario prendere tale provvedimento o quando il continuo dell'affidamento possa provocare pregiudizio per il minore.

L'affidamento deve avere natura temporanea e tende al reinserimento del minore nella famiglia di origine. Se sopravviene una situazione di abbandono si deve far luogo alla procedura di adottabilità.

### **L'adozione di persone maggiori di età.**

L'adozione tradizionale è stata conservata solo nei confronti delle persone maggiorenni. Essa può essere compiuta da persone sole o coniugate e se con figli questi devono essere maggiorenni e consenzienti all'adozione (che essi siano legittimi o naturali). L'adottante deve avere almeno 36 anni. E non esiste alcun limite per essere adottati basta che vi sia una differenza di 18 anni fra adottato e adottante. Può essere adottato chiunque tranne i figli naturali, per evitare un sovrapporsi di status. La sentenza è emessa dal tribunale compiute le dovute verifiche. L'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio. Se figlio naturale può sostituirlo. Esso assume tutti i diritti di successione nei confronti dell'adottante ma non accade mai l'inverso. L'adozione può essere revocata per *indegnità*, cioè quando si attenti la vita dell'adottante o di un familiare di questi o quando si sia reso colpevole verso di loro di delitto con pena carceraria non inferiore ai tre anni. Gli stessi fatti portano la revoca dell'adozione se sono compiuti dall'adottando.

## LA FILIAZIONE NATURALE

### **Il riconoscimento dei figli naturali.**

Sono: figli *naturali* i figli concepiti da genitori non uniti in matrimonio; figli *adulterini* i figli concepiti da genitori uniti in matrimonio non con il genitore; figli *incestuosi* i figli nati dai genitori fra i quali intercorreva un vincolo di parentela( infinito in linea retta, collaterale fra fratello e sorella, di affinità fra suocero e nuora o genero e suocera).

Con la riforma del 1975 è stato ammesso il riconoscimento dei figli adulterini e per i figli incestuosi ma in questo caso solo dal genitore che era in buona fede. In questa ipotesi è però stata introdotta la necessità di una autorizzazione giudiziale. In nessun caso è invece ammesso il riconoscimento di una persona che abbia già lo status di *figlio illegittimo* di un'altra persona, se non precede una sentenza in seguito a una azione di disconoscimento della paternità.

Mediante il riconoscimento un fatto naturale assume la qualificazione di giuridico.

Per effettuare questo è necessario un atto ad substantiam e cioè:

- nell'atto di nascita;
- in una dichiarazione ad un ufficiale di stato civile;
- in atto pubblico;
- in un testamento;
- tramite la presentazione al giudice nel quale si evidenzia la volontà di effettuare questo riconoscimento o in un atto pubblico o in un testamento seppure poi questo non abbia luogo;

Il riconoscimento se effettuato non è revocabile, anche se espresso in un testamento e questo poi venga revocato.

La capacità di riconsocere un figlio si acquista al raggiungimento dei 16 anni. Se il genitore non li abbia ancora compiuti, il figlio non è posto in stato di adottabilità prima che questo non li compia,previo il fatto che il figlio riceva le giuste cure.

Il riconoscimento può essere fatto: da entrambi i genitori; da uno solo di essi, in questo caso è necessario l'assenso di questo se l'altro genitore voglia riconoscere il figlio in futuro e il figlio non ha compiuto i 16 anni per dare il suo assenso.

Il riconoscimento può essere impugnato in qualsiasi momento. Le impugnazioni possono avvenire: per difetto di veridicità, per violenza o incapacità del riconoscente seppure genitore naturale. L'azione può essere impugnata sia dall'autore, sia dal riconosciuto, sia da chiunque ne abbia interessa. Non rilevano gli altri vizi della

volontà quali l'errore o il dolo.

### **Lo status di figlio naturale riconosciuto.**

La riforma nel 1975 ha equiparato lo status di figlio legittimo a quella di figlio naturale riconosciuto, anche se rimane la differenza sostanziale del fatto che, mentre il figlio legittimo, essendo entro una famiglia, ha un rapporto congiunto con i genitori, il figlio naturale ha un rapporto con i genitori separatamente.

Per quanto riguarda l'attribuzione del cognome, se questo è riconosciuto da entrambi i genitori, assume il cognome del padre; se riconosciuto da un solo genitore assume il cognome del genitore che l'ha riconosciuto; se prima riconosciuto dalla madre e poi successivamente dal padre, egli può decidere di assumere il cognome paterno o affiancarlo a quello della madre. In ogni caso è stata data la facoltà al figlio maggiorenne di decidere se ricevere l'attribuzione del cognome dei genitori o no, se questo fosse avvenuto quando, avendo già ricevuto il cognome dall'ufficiale di stato, vi sia un suo particolare interesse che lo spinge a mantenerlo.

La potestà genitoriale spetta ai genitori che hanno riconosciuto il figlio. Se il riconoscimento è stato fatto da entrambi e questi convivono, la potestà spetta ad entrambi congiuntamente, se non convivono spetta al genitore con cui convive e all'altro spetta il compito di vigilare sullo svolgimento di questo compito. Se non convive con alcuno di essi, l'esercizio spetta al primo che abbia fatto il riconoscimento. In caso di successiva interruzione della convivenza si applicano le regole dell'affidamento condiviso.

Se il riconoscimento avviene da persona congiunta con altra persona che non sia la madre, il giudice valuta i provvedimenti da prendere negli interessi del figlio. Questo se minorenni non potrà essere inserito nella casa coniugale senza l'assenso dell'altro coniuge e degli altri figli legittimi se hanno più di 16 anni e dell'altro genitore naturale e sempre che il giudice dia l'autorizzazione.

### **La dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturale.**

Se il figlio non è stato riconosciuto può agire in giudizio per ottenere l'accertamento del rapporto di filiazione e ricevere lo status di figlio naturale riconosciuto. Se questo è infra sedicenne, l'azione può essere proposta dal genitore che ne eserciti la potestà

o dal tutore.

Con la riforma del 1975 è stata abolita ogni differenza in questa ricerca. Il limite per i figli che hanno già lo status di figli legittimi permane. Tale azione dopo la riforma è permessa anche ai figli incestuosi.

La prova a tale giudizio può essere data con ogni mezzo e quindi anche per presunzione o in via indiretta. Si esclude che possa essere prova necessaria una dichiarazione della madre o il fatto che in quel periodo vi possano essere stati rapporti sessuali fra i presunti genitori. Non è ammesso nessun esame forzato per il presunto padre, ma il rifiuto può essere considerato dal giudice un atto a concorrere a fondare il convincimento della fondatezza della domanda.

Se la proposta è intentata dal genitore o dal tutore del figlio che ha compiuto i sedici anni, è necessario l'assenso di questo.

Per il figlio l'azione è imprescrittibile. Essa può essere anche promossa dai suoi discendenti legittimi o naturali riconosciuti entro due anni dalla morte di questo o semplicemente è possibile continuare l'azione già intentata. La sentenza che dichiara la maternità o paternità ha gli stessi effetti del riconoscimento spontaneo.

#### **Figli non riconosciuti o non riconoscibili.**

Sicché il figlio non viene riconosciuto, giuridicamente non sussiste nessun legame con i presunti genitori.

Per i figli non riconoscibili sappiamo che l'unico caso è quello dei figli incestuosi di genitori in mala fede. In questo ambito è consentito un *accertamento giudiziale* della paternità, mentre è in ogni modo vietato un *atto di riconoscimento* per il genitore in mala fede. Per l'articolo 279 questo può però far valere il diritto ad essere mantenuto, istruito e educato, e se maggiorenne ed in stato di bisogno potera agire per ottenere gli alimenti. Al figlio naturale non riconoscibile sono dati anche dei diritti successori allorché riesca a dimostrare di essere figlio del defunto (art 580 e 594). Si pensa che tali diritti elencati in questi ultimi articoli possano essere fatti valere anche dai figli naturali non riconosciuti quando ne abbiano interesse a farli valere pur non essendo interessati allo status di figli riconosciuti.

### **La legittimazione.**

Con questa il figlio nato fuori dal matrimonio acquista la qualità di figlio legittimo. Data l'equiparazione della riforma, si può dire che la legittimazione assumerà rilevanza solo in sede successoria.

I figli che non possono essere riconosciuti non possono essere legittimati, mentre possono esserlo i figli premorti.

La legittimazione per susseguente matrimonio si verifica automaticamente.

Essa può essere anche richiesta dal giudice quando: sia domandata dai genitori o da almeno uno di essi; vi sia difficoltà a legittimare il figlio per susseguente matrimonio che vi sia l'assenso dell'altro coniuge se il richiedente sia sposato e non legalmente separato; che vi sia il consenso del figlio 16enne già riconosciuto e se minore del curatore speciale o dell'altro genitore.

La richiesta può essere espressa pure dal legitimando se il genitore aveva espresso questa volontà in un atto pubblico o in un testamento prima di morire affermando che sussistevano gravi difficoltà a riconoscere per susseguente matrimonio dei genitori naturali. Questo deve essere comunicato ad ascendenti discendenti e coniuge del genitore premorto per far sì che essi esprimano ragioni in contrario. Se questo manca deve essere comunicata a due parenti entro il quarto grado.

### OBBLIGAZIONE DEGLI ALIMENTI

### **Fondamento e natura.**

Il presupposto di tale obbligo sta nello stato di bisogno in cui versa il creditore. La legge esclude se si possano valutare le ragioni di tale stato. Esso è anche subordinato alla prova dell'impossibilità di provvedere al proprio mantenimento. Il bisogno dell'alimentando ha importanza anche in relazione alla misura degli alimenti, che comunque non deve superare le esigenze dell'alimentando.

In caso che questo obbligo sorga in seguito a donazione, l'alimentante non è tenuto oltre al valore della donazione.

Tale obbligo non ha durata prestabilita e può variare a seconda di come variano le

condizioni di vita dell'alimentando.

Esso ha carattere personale. Cessa con la morte di uno dei soggetti, non si può cedere ad altri il proprio credito e questo non può essere oggetto di pignoramento. Nel caso l'alimentando fosse debitore dell'alimentante, questo non può opporre la compensazione. Non possono essere concesse prestazioni arretrate. L'obbligato può scegliere di concedere l'assegno o di mantenere in casa sua l'alimentando. Il giudice può però decidere diversamente.

### **Ordine tra gli obbligati.**

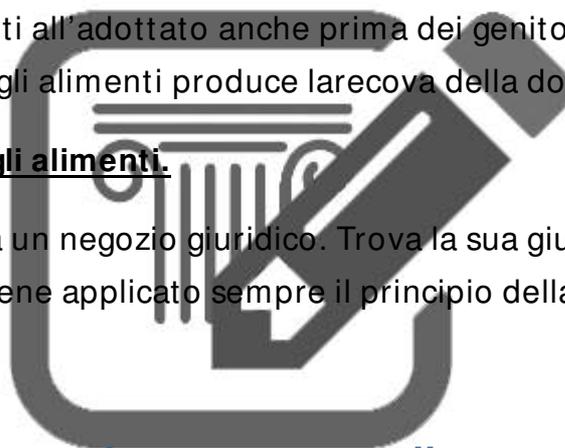
La legge stabilisce una graduatoria in relazione all'intensità del vincolo.

L'alimentando deve seguire l'ordine o dimostrare che il precedente non può adempiere all'obbligo.

L'adottante deve gli alimenti all'adottato anche prima dei genitori naturali di questo. La mancata prestazione degli alimenti produce la revoca della donazione

### **Obbligazione volontaria agli alimenti.**

Tale obbligazione deriva da un negozio giuridico. Trova la sua giustificazione solo nella volontà delle parti. Viene applicato sempre il principio della proporzionalità al bisogno.



## **La successione per causa di morte**

### PRINCIPI GENERALI

#### **Premesse.**

Con il termine successione si designa il fenomeno per cui un soggetto subentra ad un altro nella titolarità di diritti o rapporti giuridici. Questa è disciplinata per l'esigenza negativa che un patrimonio non resti privo di titolare e dunque evitare incertezza nella sorte dei rapporti obbligatori, garantendone la sicurezza anche in caso di morte di uno dei soggetti del rapporto.

Gli interessi che emergono sono molteplici. In primis quelli dell'ereditando

preoccupato della sorte post mortem dei suoi beni. L'interesse dei familiari, per cui il nostro ordinamento non fa distinzione riguardo la sussistenza di una maggiore o minore intensità di questo rapporto. L'interesse dei creditori del de cuius. Infine gli interessi dello Stato, il quale oltre ad essere il titolare ultimo dell'eredità (in caso cioè vi fosse rinuncia o prescrizione di questi diritti o non vi siano eredi), può anche avere interessi a tassare i trasferimenti ereditari.

Ma il legislatore limita la libertà del testatore, in quanto riserva una quota dei beni (indicata come quota di legittima o quota non disponibile) ai familiari di questo stesso e le determina anche in relazione alle donazioni effettuate da questo. Della parte disponibile, invece, il testatore può disporre a piacimento.

Se il defunto non abbia disposto mediante testamento dei suoi beni, la successione è regolata *ex lege*. I successibili chiamati dalla legge sono in ordine: il coniuge, i discendenti legittimi e naturali, gli ascendenti legittimi, i collaterali, gli altri parenti e, infine, lo Stato. Si pensa infatti che il defunto non abbia voluto dar vita al testamento per la tranquillità di conoscere che i suoi beni sarebbero comunque finiti ai suoi discendenti.

Si incorre nella successione legittima quando non vi sia testamento o quando questo non disponga di tutti i beni. Nel nostro ordinamento non è quindi seguita la regola per cui *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Infine la legge tutela anche gli interessi degli eventuali creditori.

### **Eredità e legato.**

Costituisce *eredità* il complesso dei rapporti attivi e passivi trasmissibili facenti capo al de cuius al momento della sua morte.

La successione *mortis causa* può essere a titolo universale o a titolo particolare. Nel primo caso parleremo di eredi ed eredità o in caso di pluralità di coeredi. Nel secondo parleremo di legato e legatario. La differenza sta nel diverso *titolo* con cui opera la chiamata alla successione. Il legatario è chiamato a succedere in uno o più diritti, mentre l'erede è chiamato a succedere in *tutti* i rapporti trasmissibili, ad

eccezione di quelli per cui la legge dispone diversamente e compresi anche quelli di cui il de cuius non era a conoscenza. La differenza fra legatario ed erede si differenzia anche per numerosi altri profili che verranno affrontati nella sede opportuna. L'erede può anche essere definito <<*continuatore della personalità*>> del defunto.

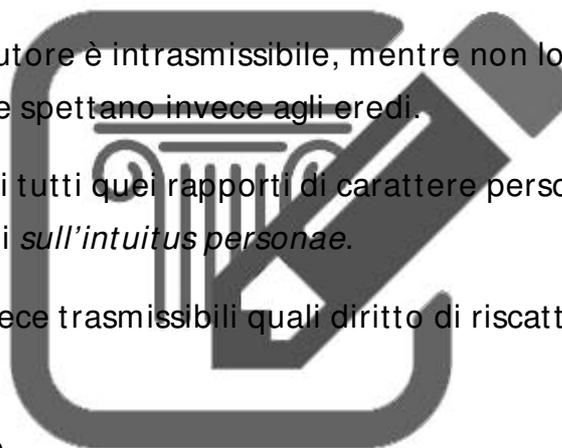
Se la successione è interamente ex lege, la vocazione è configurata quasi sempre dal legislatore come chiamata a titolo universale, anche se esistono talune ipotesi per cui è il legislatore stesso che dispone come dei legati. Nel caso di coeredi la chiamata è sempre a titolo universale ma per quote, dalle quali discende l'instaurazione di un regime di comunione.

I rapporti di diritto familiare sono per lo più intrasmissibili tranne per le ipotesi previste dalla legge agli articoli 267 o 249.

Anche il diritto morale di autore è intrasmissibile, mentre non lo sono i diritti di utilizzazione economica che spettano invece agli eredi.

Sono tuttavia intrasmissibili tutti quei rapporti di carattere personale e quelli derivanti da contratti basati *sull'intuitus personae*.

I diritti potestativi sono invece trasmissibili quali diritto di riscatto, di recesso, di ratifica, di impugnazione.



### **Apertura della successione.**

Al fine della certezza della legislazione da prendere in considerazione, la legge stabilisce che la successione si apre al momento della morte del de cuius e nel suo ultimo domicilio. Alla morte naturale è equiparata la *morte presunta*, mentre in caso di *assenza* e concesso agli eredi solo il possesso dei beni.

### **Patti successori.**

All'apertura della successione spetta vedere a chi spettino i beni ereditari. Si parla allora di *vocazione ereditaria* con la quale si intende l'indicazione di colui che è chiamato all'eredità. Per la dottrina classica può usarsi anche l'espressione di *delazione ereditaria* che indica più la messa a disposizione dell'eredità per l'accettazione.

La designazione del successibile può avvenire in due modi: per legge (successione legittima) e per testamento (successione testamentaria).

La successione per contratto è esclusa. In particolare sono esclusi tre tipi di contratti o patti successori: quelli *confermativi o istitutivi* (con cui Mevio conviene di lasciare la propria eredità a Caio, e vietato in quanto vincola la libertà che invece dalla legge è data fino al momento della morte); *dispositivi e rinunciativi* (vietati in quanto si dispone di un bene del quale non si è ancora in possesso).

È vietata la donazione mortis causa, in cui la causa dell'attribuzione patrimoniale è quindi la morte del donante. È invece valida la condizione di *premorienza* del tipo "se il donante morirà prima del donatario", in quanto retroagendo esso risulta essere un atto *inter vivos*.

### **Giacenza dell'eredità.**

Chi è chiamato all'eredità è solo 'chiamato' ma non acquista l'eredità automaticamente. Per questo è necessario una sua espressione di volontà. L'accettazione ha effetto retroattivo e retroagisce fino al momento dell'apertura della successione.

Ma può accadere che l'erede impieghi anche molto tempo per accettare, per questo è previsto l'istituto dell'*eredità giacente*, per il quale accade che viene nominato un *curatore dell'eredità giacente*, al quale sono attribuiti poteri amministrativi, prevalentemente conservativi anche se non sono esclusi poteri dispositivi. Il curatore è legittimato ad agire in giudizio sia passivamente sia attivamente. Previa autorizzazione del tribunale può pagare i debiti e i legati a meno che non sia fatta opposizione da parte di un legatario o creditore. Le sue funzioni cessano con l'accettazione dell'eredità.

Se non viene nominato un curatore non si può parlare di giacenza, bensì di *vacanza* dell'eredità. In questo caso l'amministrazione dei beni è data al *chiamato all'eredità*. Questo ha il compito di difendere e conservare l'eredità, infatti ad esso sono date le azioni possessorie contro eventuali tentativi di occupazione o spoglio. Può anche compiere atti conservativi di vigilanza e amministrazione temporanea.

### **La capacità di succedere.**

È capace di succedere qualsiasi persona fisica già nata. Se il chiamato è assente, questa si devolve verso coloro i quali avrebbe dovuto devolversi in caso l'assente fosse morto, dando sempre la possibilità a questo di riavere i beni qualora ritorni prima della prescrizione del suo diritto.

La legge dà la capacità di succedere anche a chi è stato solo concepito, sebbene la chiamata sia subordinata alla nascita. In questo caso l'amministrazione spetta al padre e in mancanza di questo alla madre (caso di non equiparazione anche ad opera della riforma).

Nell'ambito della successione testamentaria, possono essere chiamati a succedere anche coloro i quali non sono ancora concepiti. Per questo caso il legislatore dispone che l'amministrazione dei beni spetti a coloro i quali l'eredità spetterebbe se questi non sarebbero mai stati concepiti, salvo il diritto della persona indicata nel testamento di rappresentare i nascituri e tutelarne le aspettative.

Nessun dubbio sussiste sulla capacità di succedere per testamento delle persone giuridiche. Per le persone giuridiche l'accettazione può aversi solo con beneficio d'inventario.

### **L'indegnità.**

Essa non ha niente a che vedere con l'incapacità di succedere. Questa, infatti, si ha a seguito di una incompatibilità morale del successibile. L'indegnità funziona perciò come una causa di esclusione in virtù di una sentenza del giudice che ha carattere sostitutivo.

Cause di indegnità sono: 1) atti contro la persona fisica o la personalità morale del de cuius oppure del coniuge o del discendente o dell'ascendente di lui; 2) atti diretti o con violenza o con dolo contro la libertà di testare del de cuius. 3) decadenza della potestà genitoriale.

L'indegnità non si comunica ai figli dell'indegno, ma comunque a questo sono vietati l'usufrutto legale su tali beni, né il potere di amministrarli.

La sentenza ha effetto retroattivo per cui l'indegno è obbligato a restituire i beni che ha ereditato.

Esso può essere riabilitato totalmente o parzialmente, quando questa compare in un atto pubblico ad *hoc*. In caso di riabilitazione parziale all'indegno sono devoluti sono i singoli beni oggetto della disposizione e nient'altro ne per legittima ne per accrescimento e neppure può agire per lesione di questi.

Questa non è da confondere con la *diseredazione*, che sarebbe quella esclusione di quella determinata persona da un testamento. Questa comunque non inciderebbe con i diritti che la legge attribuisce ai riservatari.

### **La rappresentazione.**

Esso è l'istituto in forza del quale i discendenti, legittimi o naturali(c.d. rappresentati) subentrino al loro ascendente del diritto di accettare un lascito qualora questo *non può* o *non vuole* accettare l'eredità o il legato. Essa può aver luogo solo per un figlio o un fratello o una sorella del defunto.

La rappresentazione è esclusa quando, in successione testamentaria, il testatore abbia già provveduto con una sostituzione del destinatario del lascito. È anche esclusa quanto si debba succedere a un diritto personale quale usufrutto o altro diritto di tal natura.

I rappresentati hanno diritto di partecipare all'eredità anche qualora abbiano rifiutato o siano indegni verso l'eredità del loro ascendente.

Quando si applica la rappresentazione la divisione si fa per stirpi. Si fa luogo a rappresentazione anche in caso di unica stirpe(il che ha conseguenza per quanto riguarda le quote di riserva.

### **L'accrescimento.**

Questo istituto consiste nella devoluzione della quota del chiamato che non abbia voluto accettare nella quota dei rispettivi coeredi che quindi vedono la propria accrescersi.

Non si fa luogo ad accrescimento quando si possa applicare la rappresentazione(a meno che il rappresentante a sua volta non possa o non voglia accettare) o la sostituzione.

Requisito sostanziale affinché si possa verificare tale istituto è che vi sia una

chiamata *congiunta*. Questa si verifica:

-nella successione legittima quando le persone chiamate ex lege siano nello stesso grado;

-nella successione testamentaria occorre distinguere che:

- a) Se si tratta di istituzione di erede, quando gli eredi siano stati chiamati nello stesso testamento e questo non abbia fatto parti oppure pur facendole queste siano uguali.
- b) Se si tratta di legato basta che sia stata legata la stessa cosa a più persone.

L'accrescimento opera di diritto senza bisogno di una particolare accettazione.

### **Le sostituzioni.**

Quando il testatore prevede il caso in cui una persona chiamata non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato parliamo di *sostituzione ordinaria o volgare*. La sostituzione può avvenire con più persone o viceversa.

Si ha invece *sostituzione fideicommissaria* quando sia presente: una doppia successione, un passaggio in conseguenza della morte del primo e il vincolo di conservare per restituire.

Per questo motivo nel codice del 1865 essa non era nemmeno contemplata, nel 1942 aveva avuto forti vincoli e infine con la riforma del 1975 questa è stata modificata tutta in favore della protezione di soggetti incapaci, essendo ammissibile solo se l'istituito è un interdetto o un minore di età in condizioni di abituale infermità mentale.

## L'ACQUISTO DELL'EREDITA' E LA RINUNCIA

### **L'accettazione dell'eredità. La trasmissione del diritto di accettare l'eredità. La vendita dell'eredità.**

Sappiamo già della necessità dell'accettazione dell'eredità. Essa ora vediamo i due tipi di accettazione: Accettazione pura e semplice, nella quale si verifica la *confusione* del patrimonio del defunto con quello dell'erede, sicché l'erede sarà obbligato a

pagare anche i debiti che superano il valore dell'eredità; Con beneficio di inventario, con la quale questa confusione non si verifica.

Questo atto può presentarsi sotto 3 morfologie diverse.

*Accettazione espressa* → non è altro che l'esplicita manifestazione della volontà di acquistare l'eredità. Per l'accettazione c.b.d.i. è necessaria una dichiarazione ricevuta da un notaio o da un cancelliere del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione; per l'accettazione p.e.s. deve essere fatta in atto pubblico o in scrittura privata dichiarando l'accettazione e di voler diventare erede.

Come ricordato per le persone giuridiche, associazioni, fondazioni ed enti non riconosciuti, per i minori e gli incapaci, non possono che accettare con beneficio di inventario.

Si condivide l'idea che tale tipo di accettazione rappresenta un negozio giuridico.

*Accettazione tacita* → per l'articolo 476 cc tale accettazione si definisce quando l'erede compie un atto che necessariamente presuppone necessariamente la sua volontà di accettare e che non avrebbe diritto di fare se non in qualità di erede.

*Accettazione presunta* → in questo caso l'acquisto avviene automaticamente solo per il fatto che non si è compiuti un atto che era stato imposto dalla legge, oppure perché si è tenuto un comportamento che preclude la rinuncia all'eredità e fa diventare erede puro e semplice. Comunque in questo caso non è una vera e propria presunzione, ma più semplicemente di una fattispecie legale tipica autonomamente sufficiente a far acquistare l'eredità.

L'accettazione dell'eredità necessita della trascrizione quando abbia ad oggetto l'acquisto dei diritti al numero 1, 2, e 4 dell'art 2643. La trascrizione dell'accettazione tacita avviene sulla base dell'atto implicante l'accettazione tacita (sentenza, atto pubblico, scrittura privata..).

Se il chiamato all'eredità muore, il diritto di accettarla si trasmette ai suoi eredi. In questo caso, essendo un vero e proprio diritto che si eredita, non può essere ovviamente accettato se si è indegni o si rifiuta l'eredità del secondo de cuius. Questo è la differenza con l'istituto della rappresentazione.

Il diritto ad accettare l'eredità è soggetto a prescrizione ordinaria (10 anni) e non può essere soggetto ad interruzione. Ad esempio se si aspettasse 9 anni per accettare e poi si rifiutasse, il chiamato ulteriore avrebbe solo un anno per accettare.

Quando si ha l'interesse che un chiamato accetti in un lasso minore di tempo, si può far ricorso all'actio interrogatoria. Un termine all'accettazione può essere imposto anche dal testatore.

L'impugnazione dell'eredità può avvenire solo per dolo o per violenza ma non per errore, perché per ovviare a questo la legge predispone uno strumento adatto che è il beneficio di inventario.

Per quanto riguarda la vendita dell'eredità, il compratore di questa, salvo patto contrario, è tenuto a pagare anche i debiti ereditari, oltre ad acquistare la parte positiva della stessa. Da parte sua il venditore non è tenuto a dare altra garanzia se non quella di essere erede. È necessaria la forma scritta anche se questa non contiene beni immobili.

### **Accettazione con beneficio di inventario.**

Effetti di tale tipo di accettazione sono: che l'erede mantiene tutti gli obblighi che aveva nei confronti del defunto e che non si sono estinti con la morte di questo; l'erede non è tenuto a pagare i legati e i debiti oltre il valore dell'eredità; i creditori e i legatari del defunto hanno precedenza sul patrimonio di questo rispetto ai creditori dell'erede. E comunque onere di questi ultimi se non vogliono perdere tale preferenza di chiedere la *separazione* per ovviare al fatto che l'erede decada dall'accettazione. Non c'è divieto del testatore che possa impedire all'erede di accettare con tale beneficio.

Tale scelta ha carattere puramente personale. In questa materia è quindi esclusa l'*azione surrogatoria*.

Tale accettazione ha una forma ad substantiam particolare (detta sopra), è soggetta anche ad un regime di pubblicità notizia, e deve essere preceduta o seguita dall'inventario da redigersi nelle forme secondo le forme descritte da codice di procedura civile.

L'inventario deve essere redatto entro 3 mesi se l'erede chiamato è già in possesso

dei beni ereditari e deliberare entro 40 giorni se accettare o meno. Trascorso tale termine (o quello eventualmente prorogato) il chiamato è considerato erede puro e semplice.

Se il chiamato non è ancora in possesso dei beni ereditari, può fare la dichiarazione di accettare con beneficio di inventario sicché non sia prescritto il diritto di accettare, e poi redigere l'inventario entro tre mesi. Passato questo termine è dichiarato erede puro e semplice. Se abbia fatto l'inventario ma non abbia ancora effettuato la dichiarazione, questa deve avvenire entro i 40 successivi pena la perdita del diritto di accettare.

Se contro il chiamato che non sia in possesso dei beni ereditari sia stata fatta l'actio interrogatoria, questo deve fare inventario e dichiarazione entro il termine imposto dal giudice. Se non fa l'inventario è erede puro e semplice. Se non fa la dichiarazione perde diritto ad accettare.

Tale erede è anche amministratore dei beni ereditari. Dato che i beni sono i suoi, incorre nella responsabilità per cattiva amministrazione solo se versa in colpa grave. Gli è vietata l'alienazione dei beni ereditari senza l'autorizzazione del giudice. Se non adempie a tale obbligo diventa erede puro e semplice.

Accettata l'eredità con tale beneficio i creditori possono essere pagati nei seguenti modi:

- 1) Paga i creditori 'qui primi veniunt'. In caso l'asse si esaurisca questi possono valersi contro i legatari nel limite del valore di questi. Questa procedura può iniziare solo dopo tre mesi dalla fine delle formalità pubblicitarie così da dare il tempo ai creditori di presentare l'eventuale opposizione.
- 2) Su opposizione dei creditori o su iniziativa dello stesso erede, si può procedere alla liquidazione dei beni ereditari. Esso è un procedimento che si svolge in presenza di un notaio ed è definito *concorsuale* in quanto vengono chiamati appositamente tutti i creditori e pagati con la vendita dei beni ereditari in proporzione. Se l'erede paghi i debiti contro opposizione dei creditori decade dal beneficio di inventario.
- 3) L'erede può anche lasciare i beni ai creditori ed ai legatari mediante la nomina di un curatore che toglie ogni responsabilità all'erede.

### **La separazione del patrimonio del defunto.**

La separazione è disposta nell'esclusivo interesse dei creditori del defunto che, a seguito dell'accettazione tramite beneficio di inventario, vedrebbero preclusa la possibilità di soddisfarsi sui beni del defunto se l'erede decada dal beneficio. Per questo essi hanno l'onere di chiedere la separazione. Tale separazione opera per separare i due patrimoni, con lo scopo però di favorire esclusivamente i legatari e i creditori del defunto che potrebbero essere danneggiati se si dovessero trovare a concorrere con i creditori in dell'erede, ipotesi possibile in caso di decadenza dal beneficio.

Tale separazione ha carattere particolare e non universale, cioè non opera sull'intera massa di beni per i quali non sia stata fatta valere specificatamente.

I creditori separatisti hanno preferenza rispetto a quelli che non l'hanno richiesta. I creditori hanno preferenza sui legatari. Il diritto di separazione, come già detto, ha un termine di 3 mesi dall'apertura della successione. Per i beni mobili è necessaria una domanda giudiziale, per gli immobili l'iscrizione del credito o del legato sopra ciascuno dei beni ereditari per i quali il creditori o legatario separatista faccia valere il suo diritto.

### **L'azione di petizione ereditaria.**

Acquistata l'eredità, l'erede può agire nei confronti di chiunque possenga beni ereditari con titolo o senza titolo per farsi conoscere la qualità di erede ed ottenere la restituzione dei beni ereditari.

Egli deve dimostrare di essere erede e che i singoli beni appartenevano al de cuius. L'azione può essere proposta solo contro colui che possenga beni ereditari presumendo di essere l'erede o che li possenga senza titolo alcuno. Non può perciò essere fatta valere contro chi li possenga allegando un altro titolo.

L'azione è imprescrittibile ma il possessore potrebbe anche usucapire i beni. Non è imprescrittibile l'azione di annullamento del testamento, per cui, chi voglia fare

valere tale titolo deve prima impugnare tale azione e poi quella per la petizione dell'eredità.

Se l'azione viene accolta il possessore deve restituire i beni secondo le regole della *rivindica*. Valgono perciò le regole di buona fede, in quanto, se il possessore ha in buona fede alienato un bene ereditario, questo è tenuto a corrispondere solo ciò che ha ricevuto in cambio.

### **Gli acquisti dell'erede apparente.**

Per preservare la circolazione dei beni, la legge fa salvi gli acquisti in buona fede dall'erede apparente. In questo caso però deve essere il compratore a dover dimostrare di aver acquistato il bene in buona fede. La convenzione deve essere inoltre a titolo oneroso.

Per quanto riguarda l'alienazione di beni registrati, tali transazioni sono fatte salve secondo le regole sopra descritte, solo se le necessarie trascrizioni sono state effettuate dall'erede apparente e dal compratore, anteriormente all'acquisto del vero erede o alla richiesta di petizione ereditaria.

### **La rinuncia all'eredità.**

Essa è una dichiarazione unilaterale non recettizia con il quale il chiamato decide di voler rinunciare all'eredità. Richiede una forma particolare: deve essere ricevuta da un notaio o dal cancelliere del tribunale del circondario nel quale si è aperta la successione. È soggetta anche a pubblicità notizia che avviene nel registro delle successioni. La rinuncia non può essere fatta da chi dopo tre mesi dalla successione si trovi ancora in possesso di beni ereditari o da chi abbia sottratto o nascosto beni ereditari (art 485).

La rinuncia è un *actus legitimus*. È altresì nulla la rinuncia che si riferisca solo ad una parte soltanto dell'eredità. La rinuncia fatta sotto corrispettivo ovvero a favore solo di alcuni dei chiamati importa l'accettazione dell'eredità. Chi rinuncia all'eredità è considerato come se non fosse mai stato chiamato (retroattività della rinuncia). Essa è però revocabile sin quando non avviene l'accettazione da parte di tutti i chiamati.

Come sappiamo alla rinuncia segue prima la *sostituzione* poi la *rappresentazione*

e infine *l'accrescimento*. La rinuncia può essere impugnata solo per violenza o dolo.

I creditori sono tutelati essendo messo a loro disposizione la possibilità di accettare l'eredità in nome e in luogo del rinunziante.

## LA SUCCESSIONE LEGITTIMA

### **Fondamento e presupposto.**

Quando il singolo non ha disposto in tutto o in parte dei suoi beni, interviene la legge ad indicare come devono essere assegnati e distribuiti. Fondamento di questa è quindi la solidarietà familiare.

### **Le categorie di successibili.**

Le categorie sono: il coniuge, i discendenti, gli ascendenti legittimi, i collaterali, i genitori del figlio naturale, gli altri parenti e lo Stato.

Con la riforma del 1975 si è passati dall'attribuire al coniuge una quota in usufrutto a una parte dell'eredità la quale varia dalla metà in presenza di un solo figlio, al terzo in presenza di due figli ai quali spetta dividersi i restanti due terzi.

Se separato conserva i diritti ereditari tranne nell'ipotesi in cui sia addebitata a questo la separazione. In tal caso ha diritto solo ad un assegno vitalizio se godeva degli alimenti. L'assegno è commisurato alle sostanze alimentari e al numero degli eredi legittimi, ma in ogni caso non può superare il valore della prestazione precedentemente dovuta.

Al coniuge divorziato che avesse invece goduto dell'assegno divorzile (dato che perde qualsiasi legame con l'eredità) ha diritto ad un assegno periodico che tenga conto dello stato di bisogno, della quantità dell'eredità, del numero degli eredi, dell'assegno di reversibilità eventualmente dovuto.

Abbiamo tre ordini di successibili:

- 1) I figli legittimi, naturali, adottivi e legittimati. Questi escludono tutti i successivi gradi e cioè gli ascendenti e i collaterali. In caso di premorienza di questi per rappresentanza succedono i loro discendenti. Non escludono il coniuge con i quali invece concorrono.
- 2) Del secondo fanno parte i genitori, i collaterali(fratelli), gli ascendenti(zii?).  
padre e madre succedono in pari quota. I fratelli germani in pari quota che è doppia di quella che spetterebbero ai fratelli unilaterali se presenti.  
I genitore concorrono con i fratelli del de cuius. In questo caso tutti concorrono per capi ma sempre in modo che ai genitori non spetti mai meno della metà dell'asse. Fra i fratelli quelli unilateri prendono la metà  
Gli ascendenti concorrono solo se non ci sono ne fratelli ne genitori. In questo caso l'asse si divide metà agli ascendenti della madre e metà a quelli del padre. Gli ascendenti più prossimi escludono quelli di grado più remoto.

- 3) Del terzo grado fanno parte i collaterali dal terzo al sesto grado. Qui vale il principio che il più vicino esclude il più remoto.

Ai figli naturali non riconoscibili spetta un assegno vitalizio pari all'ammontare della quota dell'eredità per i quali avrebbero concorso se la filiazione fosse stata riconosciuta.

### **La successione dello Stato.**

In mancanza di altri successibili l'eredità è devoluta allo stato. Lo stato non risponde mai dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore della cosa. E questo ipse iure senza alcuna necessità di una particolare accettazione. La finalità non è quella di arricchire l'erario ma solo quella di assicurare la gestione dei rapporti giuridici riferibili a persone defunte.

## LA SUCCESSIONE NECESSARIA

### **Fondamento e natura.**

Pur avendo garantita la libertà di disporre dei proprio beni dopo la morte, il testatore non deve ledere i diritti che la legge assicura ai congiunti più stretti.

Quando vi siano determinate categorie di successibili( coniuge, figli, e in mancanza di figli, gli ascendenti), una parte dei beni del de cuius deve essere attribuita a questo. La quota riservata dalla legge a questo ultimi è detta proprio 'quota di legittima' o 'riserva', mentre i successibili sono definiti 'legittimari, riservatari o successori necessari'. Tutta la disciplina legislativa che tutela questi soggetti è definita 'successione necessaria'.

### **Categorie di legittimari.**

Le quote spettanti a queste non sono fisse ma variabili a seconda della presenza combinata dei legittimari, perciò la quota è definita come quota mobile.

- 1) Quando manca il coniuge, ai figli spetta: se vi è un solo figlio metà del patrimonio; se più di uno ad essi spettano 2 terzi. I figli naturali sono stati equiparati ai figli legittimi con la sola differenza che ad essi è attribuita la possibilità (per via delle vecchie norme non abrogate completamente) di essere soddisfatti in denaro o attraverso beni immobili ereditari, purché questi non si oppongano.
- 2) Nel caso vi sia un coniuge, se non vi sono figli concorre con gli ascendenti in misura di metà al coniuge e un quarto a questi. Se il coniuge concorre con un figlio spetta un terzo a testa. Se il coniuge concorre con più figli a questo spetta un quarto e ai figli la metà.
- 3) Se vi sono solo ascendenti a questi spetta un terzo.

Al coniuge spetta anche un legato ex lege che consiste nel nell'uso della residenza familiare e dei mobili di cui arredata se questa è in comproprietà o di proprietà solo del testatore.

Tali diritti sono attribuiti pure al coniuge separato al quale non sia addebitata la separazione. Se invece la separazione fosse stata addebita a questo e lo stesso godeva di un assegno alimentare, a questo spetta un assegno vitalizio tenuto conto degli eredi legittimi, delle sostanza ereditarie e della prestazione già goduta.

Ai figli non riconoscibili spetta lo stesso assegno previsto per successione legittima.

### **La quota di legittima.**

Il testatore non può imporre alcuna condizione limitativa alla legittima. Tuttavia è ammesso che il testatore abbia potuto disporre dei propri beni in modo tale da soddisfare la quota di legittima dei successibili.

L'art 550 si occupa della cosiddetta cautela sociniana. Essa considera il caso in cui il testatore lasci con legato in usufrutto il 70% dei suoi beni ad un estraneo, lasciando all'erede il restante 30% e la nuda proprietà dell'altra parte di eredità. Per tale motivo la legge consente all'erede di poter scegliere se accontentarsi dello stato di cose o di ottenere solo la parte spettante alla sua quota di legittima e lasciare tutto il resto al legatario.

Altro modo con il quale il testatore può influenzare la legittima è mediante il legato in *sostituzione* di legittima. Con tale mezzo il legittimario può scegliere se accettare il legato e rinunciare alla quota che gli sarebbe aspettata oppure rinunciare completamente al legato e prendersi la sua quota. Tale tipo di legato deve essere espressamente indicato come tale dal testatore.

Esso si distingue dal legato *in conto di legittima*, il quale non è in sostituzione ma in questo caso per soddisfare il legittimario basta dare a questo la deferenza con quello che gli sarebbe aspettato. Se il primo tipo di legato detto sopra non è specificato, si ritiene si stia intendendo di questo tipo.

### **La riunione fittizia.**

Con questo termine si intende un procedimento meramente contabile che mira a valutare il complesso attivo del patrimonio ereditario al fine della divisione. Esso comprende la sottrazione dei debiti e la somma delle donazioni effettuate in vita dal de cuius.

### **L'azione di riduzione.**

Essa è una azione che mira ad eliminare la lesione delle quote di legittima per via di disposizioni testamentarie come legati o donazioni in vita. Tale azione non può essere esercitata contro estranei (non coeredi) se l'accettazione non sia stata fatta con

beneficio di inventario. Tale azione è *irrinunciabile* dai legittimari finché il donante è in vita.

In caso di donazioni simulate, nell'agire per dimostrare la simulazione, essendo considerato come terzo, non ha le limitazioni imposte dall'art 1417, cioè non vi sono limite di alcun genere e per questo come prova e sufficiente anche la prova per testimoni o per presunzione.

Nella riduzione è imposto che vengano proporzionalmente ridotte prima le disposizioni testamentarie e poi le donazione da quelle più recenti a quelle più distanti.

Se la domanda è accolta si è tenuti a restituire i beni e liberi da ipoteche (si può agire con l'azione di riduzione). I frutti da restituire sono quelli maturati dalla domanda giudiziale.

Per i beni immobili indivisibili la questione è più complessa. Se il donatario o il legatario trattengono un immobile il cui valore superi di un quarto la porzione disponibile, questi devono lasciarlo all'eredità. Se non è così devono compensare la porzione in più in denaro.

L'azione è sottoposta a prescrizione ordinaria di 10 anni. Questa decorre: in caso ledino la legittima le disposizioni testamentarie, da quando questi accettino l'eredità; se la lesione è avvenuta per donazione, da quando si è aperta la successione.

### **L'azione di restituzione.**

È l'azione volta alla restituzione dei beni in lesione delle quote di legittima. Essa incontra però dei limiti temporali se il bene è stato alienato a terzi in quanto si deve preservare la libera circolazione dei beni.

Per i beni immobili il limite consiste nell'impossibilità di far valere tale azione nei confronti del terzo al quale tale bene sia stato alienato quando siano passati 20 anni dalla trascrizione della donazione oggetto della riduzione.

Per i beni mobili vale quanto detto sopra facendo salvi gli effetti del possesso in buona fede, secondo il principio 'possesso vale titolo'.

L'ultimo comma dell'art 653 consente al coniuge e ai parenti in linea retta del donante di far valere una *azione di opposizione* con l'effetto di far sospendere nei loro confronti il decorso del termine ventennale. Tale opposizione deve essere rinnovata prima di 20 anni dalla sua trascrizione pena la perdita di efficacia.

Il terzo acquirente contro il quale sia stata proposta l'azione di restituzione ha la facoltà di restituire il valore dei beni acquistati anche tramite denaro oltre che in natura.

### **Il patto di famiglia.**

Esso è un contratto con il quale il testatore dispone dell'azienda di famiglia nei confronti solo dei discendenti ma tutelando anche i successori necessari ed evitando così eventuali dispute che non avrebbero avuto altro risultato se non quello di portare allo sfasciamento dell'azienda.

Deve essere redatto per atto pubblico pena nullità e devono parteciparvi anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari in quel momento se si aprisse la successione.

Coloro che partecipano al patto possono rinunciare a quanto disposto in esso, limitandosi poi a dividersi il *relictum* dell'eredità che non contempla il patto, oppure possono essere liquidati attraverso scorporazioni dell'azienda di parti non necessarie o altro modo. L'assegnazione di beni ai non assegnatari può avvenire anche con un contratto collegato e successivo.

I legittimari non partecipanti possono chiedere ai beneficiari il pagamento della somma prevista dall'art 768 quater e chiedere anche gli interessi legali.

Il patto può essere annullato per vizi del consenso ma l'azione di annullamento si prescrive entro un anno.

Infine il patto può essere sciolto per successivo contratto concluso dalle medesime persone e con le medesime caratteristiche (mutuo dissenso) o per recesso se tale forma era prevista nel patto.

## LA SUCCESSIONE TESTAMENTARIA

### **Il testamento.**

Esso è l'atto con il quale ciascuno dispone dei suoi beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

Esso è revocabile dal testatore in ogni momento. Non si può in alcun modo rinunciare alla facoltà di fare testamento ed è invalido ogni patto in tal senso.

Il testamento contiene sia disposizioni patrimoniali, ma può anche contenere altro tipo di disposizioni tipo quelle di riconoscimento di figli naturali o di nomina di un tutore. Le disposizioni che hanno ad oggetto il riconoscimento sono irrevocabili.

Esso è un tipico negozio unilaterale, non recettizio, espressione della volontà del testatore. È un atto strettamente personale, cioè non è ammessa rappresentanza né volontaria né legale. Non è consentito il testamento *congiuntivo* mentre è permesso quello simultaneo dove cioè su uno stesso foglio sono iscritti due atti distinti, ciascuno sottoscritto da una sola persona. Inoltre il testamento è annullabile se si può rilevare una captazione di volontà. Per quanto riguarda la reciprocità di due testamenti è nulla ogni disposizione fatta in testamento così da essere avvantaggiato in un altro.

### **Il testamento come negozio giuridico.**

Non è ammessa una sostituzione per rappresentanza. Sono incapaci: i minori di età; gli interdetti per infermità di mente; gli incapaci naturali. Il testamento fatto da un incapace è annullabile ma l'azione si prescrive entro 5 anni dall'esecuzione del testamento.

Il testamento si deve interpretare assecondando il più possibile l'intenzione del testatore. Esso può essere ricostruito anche mediante fonti extra testuali secondo il principio di conservazione del negozio giuridico.

Anche al testamento sono applicabili le norme riguardo l'impugnabilità nei negozi giuridici per vizi della volontà. Essi come sappiamo sono errore, dolo e violenza.

In caso di dolo si parla anche di cooptazione della volontà e tali raggiri sono

annullabili da chiunque vengano posti in essere.

Per quanto riguarda l'errore, è causa di annullamento l'errore sul motivo, quando tale motivo erroneo è l'unico sul quale si basa la disposizione.

Anche il motivo illecito rende nulla la disposizione, anche qui, solo quando è l'unico che tiene in piedi la disposizione. In caso di errore sulla designazione di erede è possibile renderla valida se in qualche modo (o nel testamento stesso o per fonti extratestuali) è possibile ricavare univocamente il destinatario della disposizione.

In caso di simulazione di testamento, tipo testamento pubblico redatto al solo scopo di farlo conoscere ma essendo d'accordo con il beneficiario, rende nullo quel testamento se si riesce a dimostrare la simulazione.

Per quanto riguarda l'incapacità di ricevere, oltre all'incapacità di succedere, può dipendere dalla libertà testamentaria che determina l'incapacità di succedere per testamento delle persone che potrebbero abusare della funzione esercitata. Sono nulle tutte le disposizioni verso persone incapaci di ricevere.

Per quanto riguarda le interposizioni a favore di persone incapaci, esse sono annullabili solo se si riesce a dimostrare, da parte dell'interessato, e la legge presume l'interposizione se fatta in favore di una persona vicinissima all'incapace.

Per quanto riguarda la disposizione fiduciaria (il latino fedecommesso) non è dato modo all'ultimo beneficiario di rivendicare la cosa dall'intermediario in quanto si basa solo sulla fiducia riposta dal testatore.

La disposizione verso persona incerta è nulla. Per le disposizione a favore dei poveri il legislatore fa intendere la donazione come a favore dell'ente comunale di beneficenza.

Il divieto della rimessione all'arbitrio di un terzo è assoluto per l'istituzione di erede, mentre è concesso se questa persona è da ricercare all'interno di una cerchia da stabilire e se a questa è da devolvere un legato.

### **Elementi accidentali di un testamento.**

Per quanto riguarda le condizioni sia sospensive che risolutive, queste possono essere apposte al testamento. Tali condizioni per giunta retroagiscono al momento

dell'apertura della successione. Se le condizioni sono impossibili o illecite si considerano come non apposte. Illecite sono le condizioni che limitano la libertà dell'individuo come il divieto di convolare a nuove nozze.

Il termine non si considera apposto a disposizioni a titolo universale.

Anche l'onere può essere apposto anche se questo non prevede l'obbligo di adempiervi o almeno la subordinazione, a meno che questo non sia stato espressamente previsto dal legislatore, che questo non risulti l'unico motivo che ha indotto il testatore a fare tale disposizione e che non si sia l'interesse di un terzo.

### **Forme di testamento.**

Dato che il testamento è un atto particolare che richiede la forma ad substantiam è richiesto sempre lo scritto. Non è valido il così detto testamento *nuncupativo*. Si distinguono forme ordinarie e forme speciali. Fra le forme ordinarie ritroviamo due figure: testamento olografo o testamento per atto di notaio. Quest'ultimo si distingue poi in pubblico o segreto.

### **Il testamento olografo.**

Deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto dal testatore.

Gli elementi principali sono perciò tre e sono l'autografia, la data e la sottoscrizione.

*L'autografia* implica che il testamento deve essere scritto tutto di pugno del testatore. Anche una lettera con quei requisiti può valere da testamento se si riesce a dimostrare che il testatore era intenzionato che questa fosse considerato come tale. Non vi può essere collaborazione grafica con un terzo tipo il sorreggere la mano. È ammessa altresì una così detta collaborazione intellettuale che possa aiutare meglio il testatore nell'espressione più appropriata. Esso ha valore probatorio quando venga riconosciuto dalla parte contro cui lo si esibisce.

*La data* consiste nell'indicazione del giorno, del mese e dell'anno. Valgono espressione del tipo 'natale 200' o 'pasqua 2002' ma nessuna espressione è valida se manca il giorno, il mese o l'anno. Essa ha lo scopo di individuare temporalmente il testamento, sia per valutare come sia impostato cronologicamente rispetto a successivi, sia per verificare che in quel periodo il testatore fosse capace. La

mancanza della data o la sua incompletezza produce l'*annullabilità* dell'atto. È però possibile integrarla con elementi desumibili dal testamento stesso.

La *sottoscrizione* serve ad individuare il testatore e comprende nome e cognome ma può anche comprendere lo pseudonimo o il vezzeggiativo.

### **Il testamento pubblico.**

È un documento redatto con le richieste formalità da un notaio. Essendo un atto pubblico e dotato di piena forza probatoria e garantisce che il documento sia posto al riparo da ogni evento naturale o umano che possa comprometterne l'integrità.

I requisiti necessari sono:

- 1) Dichiarazione di volontà orale al notaio.
- 2) Presenza dei testimoni. (ne sono richiesti 4 se oltre ad essere muto o/e sordo è anche analfabeta.
- 3) Redazione per iscritto della volontà del notaio.
- 4) Lettura dell'atto alla presenza del testatore e dei testimoni
- 5) Sottoscrizioni del testatore, del notaio e dei testimoni. In caso di qualsiasi tipo di impedimento (tipo cecità o analfabetismo) questo deve essere fatto presente dal notaio prima della lettura dell'atto.
- 6) La data che comprende anche l'ora.
- 7) La menzione dell'osservanza delle formalità enunciate.

### **Il testamento segreto.**

Si compone di due elementi. Il primo è la scheda testamentaria, la quale contiene le disposizioni del testatore; il secondo è l'atto di ricevimento, con il quale il notaio documenta che il testatore, alla presenza di due testimoni, ha consegnato la scheda e ha dichiarato che lì sono comprese le sue ultime volontà. Quindi il vero momento perfezionativo del negozio è proprio l'atto di ricevimento. In mancanza di questo la scheda sola potrebbe valere solamente come testamento olografo se ne ha i 3 requisiti.

La scheda può anche non essere autografa ma il testatore deve poter saper leggere cosa vi è scritto e controllarla. È necessaria la sottoscrizione della scheda. Se essa non è autografa, per evitare che a sua insaputa siano aggiunti fogli, è necessario una

sottoscrizione in ciascun mezzo foglio.

Il testamento può essere ritirato in ogni momento. Esso implica la revocazione del testamento a meno che esso non possa valere come olografo.

### **Il testamento <<internazionale>>.**

Con la legge 29 novembre 1990 n 387 è stata ratificata la convenzione adottata a Washington il 26 ottobre 1973. Per via di questa conversione, in caso di testamenti non redatti in Italia, è ormai necessario valutare solo se il paese nel quale è stato redatto ha aderito a tale convenzione, e non è più necessario valutare se il testamento rispetta le leggi in materia di testamento del luogo nel quale è stato redatto.

### **Testamenti speciali.**

Le forme anche troppo minuziose dei testamenti ordinari possono anche non essere rispettate in circostanze particolari nelle quali non è possibile o agevole accedere al notaio. La loro caratteristica è che perdono valore dopo 3 mesi dalla fine di dette calamità.

### **Invalidità del testamento per vizi di forma.**

Il legislatore ha distinto la mancanza di abbastanza indicazioni o informazioni per i quali non vi è la certezza che il testamento provenga dalla persona alla quale la si vuole attribuire, e l'inosservanza delle altre formalità prescritte. Nel primo caso si ha la nullità assoluta e imprescrittibile dell'atto, nel secondo caso è comminata l'annullabilità nei confronti di tutti coloro i quali ne abbiano interesse, soggetta a prescrizione quinquennale e decorre dal giorno in cui è stata data esecuzione al testamento.

### **Sanatoria del testamento nullo.**

L'art 590 stabilisce una particolare deroga alla regola per cui la nullità è insanabile. Questa diventa sanabile infatti, nel momento in cui le persone a conoscenza di tale

vizio che porterebbe alla nullità della disposizione, danno comunque esecuzione alla stessa. La sanatoria è inapplicabile per disposizioni illecite.

### **La revoca del testamento.**

La revoca, che può essere fatta sino a che il testatore sia in vita, può essere espressa o tacita.

È espressa quando vi sia un apposito atto che abbia gli stessi requisiti formali per un testamento, indipendentemente che in esso siano contenute nuove disposizioni i solo la volontà di revocare il precedente testamento, oppure con un apposito atto notarile nel quale venga espressa tale volontà.

È tacita in appositi atti quali: un nuovo testamento, che prevede la revoca di tutte le disposizioni posteriori e incompatibili; la distruzione di un testamento olografo; il ritiro di un testamento a meno che esso non si faccia valere quale olografo.

Analogamente si presume revocato il legato quando il testatore disponga in altro modo dei beni legati. Infine la revoca di diritto che consiste nella venuta a conoscenza di nuovi figli naturali a seguito della stesura del testamento.

In forma espressa è consentita anche la revoca della revoca.

### **La pubblicazione del testamento.**

Alla morte del testatore è necessario che il testamento sia reso noto per poterne attuare le volontà. È anche fatto obbligo a tutti coloro i quali siano in possesso di un testamento olografo di farlo presente. Può essere indetto un termine entro il quale tutti i testamenti di tal genere devono essere presentati.

È richiesta la presenza di due testimoni e che sia redatto un verbale in forma di atto pubblico. Questo può essere iscritto nel registro dei testamenti ed essere consultato da chi, interessato, ne faccia richiesta.

### **L'esecuzione del testamento.**

Il testatore può nominare uno o più esecutori testamentari. Esso può essere sia un erede che un legatario, basta che esso abbia la capacità di obbligarsi. Alla fine deve rendere conto della gestione del patrimonio da lui effettuata. Il testatore può

prevedere una ricompensa. In caso essa non sia prevista l'atto è completamente gratuito.

## IL LEGATO

### **Nozione.**

Il legato è una disposizione a titolo particolare cioè relativa solo a beni determinati. La persona a cui favore è fatta tale disposizione è detta legatario o onorata.

La persona tenuta alla prestazione è invece definita *onerata*. Tale persona può essere un erede o anche un altro legatario. In questo caso si parla di *sublegato*. Diverso è ancora il *prelegato*, cioè il legato a favore di un erede ed a carico dell'eredità.

Su un legato possono essere apposte oneri o modi ma sempre nei limiti della cosa legata.

Esso è di regola disposto tramite testamento ma può dipendere anche dalla legge come gli assegni vitalizi nei confronti di figli non riconoscibili o il diritto di abitazione per il coniuge superstite sulla casa familiare.

Oggetto del legato può essere un diritto di proprietà o altro diritto reale su cosa determinata ed appartenente al testatore, in tal caso avremo un legato detto *di specie*. Se oggetto del legato è invece una cosa definita solo nel genere, questo dà luogo ad un rapporto obbligatorio nei confronti degli eredi che saranno tenuti a corrispondere quella cosa sebbene essa non faccia parte del patrimonio ereditario.

### **Accettazione del legato.**

Il legato si acquista di diritto senza bisogno di accettazione. Questo ha però facoltà di rinunciare. Se il legato ha ad oggetto beni immobili la rinuncia deve essere fatta per iscritto. Se il legatario non si dia cura se intende rinunciare o meno, con una *actio interrogatoria* può essere disposto un termine, dopo il quale il legatario si intende come se avesse accettato. È onere del legatario di domandare all'erede la cosa legatagli.

### **Tipi particolari di legato.**

*Legato di cosa altrui.* In questo caso il legato ha valore solo se il testatore fa espressa menzione di conoscere che quella cosa non era più in suo possesso. In questo caso l'erede sarà obbligato ad acquistare dal terzo tale cosa e darla al legatario. In caso di opposizione del terzo, la legge stabilisce che si può dare al legatario anche un giusto riconoscimento pagando il giusto prezzo.

*Legato di genere.* Che some detto fa sorgere una obbligazione.

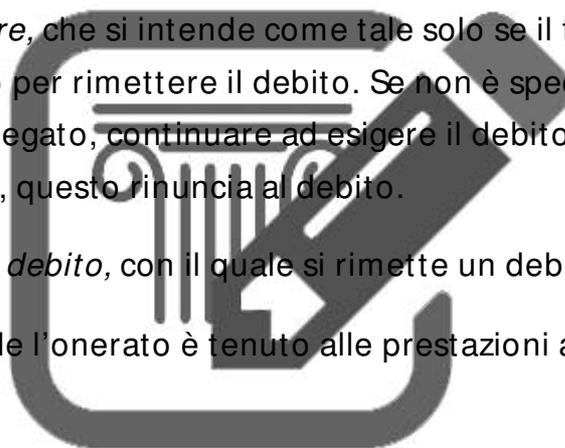
*Legato alternativo,* nel quale sta all'onere la scelta.

*Legato di credito,* con il quale si ha un passaggio di credito dal testatore al legatario.

*Legato a favore del creditore,* che si intende come tale solo se il testatore specifica che tale legato è stato dato per rimettere il debito. Se non è specificato il creditore potrà, oltre ad accettare il legato, continuare ad esigere il debito. Se è specificato e il creditore rinuncia al legato, questo rinuncia al debito.

*Legato di liberazione da un debito,* con il quale si rimette un debito al creditore.

*Legato alimentare,* nel quale l'onere è tenuto alle prestazioni alimentari indicate.



## LA DIVISIONE EREDITARIA

### **La comunione ereditaria. Il retratto successorio.**

Quando l'eredità è accettata da più persone sui beni ereditari si istaura una comunione ereditaria. Il legislatore per evitare che terzi si intromettano in tale comunione ha introdotto il concetto di *retrato successorio* che consiste nel fatto che si deve dare precedenza ai coeredi in caso di alienazione di quote dell'eredità. Per questo motivo prima di procedere con l'alienazione verso terzi, tale intenzione deve essere notificata agli altri coeredi e deve essere indicato il prezzo. Se non viene fatta tale notificazione, i coeredi possono riscattare la quota per il prezzo. Il retratto può essere esercitato finché la comunione non viene sciolta.

### **La divisione.**

Con tale atto si ottiene che ciascuno dei coeredi che partecipavano alla comunione, ottiene una parte della stessa di cui è esclusivo titolare.

Ogni coerede può sempre domandare la divisione. A tale regola possono derogare le parti stesse, statuendo di rimanere in comunione per non più di 10 anni, o il testatore: nel caso in cui vi sia un minore, può scaturire che la comunione cessi solo quando questo raggiunga la maggiore età; se questo non vi sia, può disporre che la comunione duri 5 anni. In ogni caso se la divisione può pregiudicare l'interesse degli altri è lo stesso giudice che può imporre che una giusta dilazione non superiore ai 5 anni.

### **Natura della divisione.**

Essa ha natura dichiarativa ed effetto retroattivo. Ogni erede si considera infatti come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni. Qualsiasi atto di ogni coerede fatto sulla propria quota mentre era in comunione, con la divisione non può che ricadere sui beni che a questo sono realmente assegnati.

La divisione può essere fatta dal testatore nel proprio atto di ultime volontà, ovvero d'accordo fra i coeredi, ovvero se le parti non sono d'accordo opera il giudice.

### **La divisione contrattuale.**

Se la divisione ha ad oggetto un immobile è richiesta la forma scritta. Il contratto può essere annullato per violenza o dolo. Per errore può essere annullato solo se viene meno il presupposto della divisione come la successiva scoperta di un nuovo testamento.

In caso di omissioni di beni è data l'azione *per supplemento di divisione*. Se vi è stato errore nella stima dei beni è data l'impugnativa *rescissione per lesione*. Essa si distingue dalla rescissione per lesione dai contratti in quanto esclude ogni forma di soggettività, è semplicemente necessario che il valore oggettivamente sia maggiore di un quarto del valore che avrebbe dovuto avere. In più essa si prescrive in un maggiore tempo pare a due anni. Il coerede può in ogni caso troncare il corso e impedire una nuova divisione dando il supplemento.

### **La divisione giudiziale.**

Il giudizio divisorio può essere promosso da tutti i coeredi per ottenere lo scioglimento della comunione ereditaria. Prima si procede alla stima dei beni e subito dopo alla formazione delle porzioni. Ciò che può essere diviso è venduto all'incanto e il denaro ricavato diviso fra i coeredi. Fatto ciò si procede alla divisione a sorte se le quote sono uguali o all'assegnazione se queste sono disuguali.

### **Divisione fatta dal testatore.**

Ogni testatore ha la facoltà di fare le divisioni comprendendo tutti i coeredi e considerando anche la parte indisponibile. Se non considera qualche coerede la disposizione è nulla. Se viene lesa qualche quota di legittima si può agire con l'azione di riduzione.

### **I debiti e i crediti ereditari.**

I debiti ereditari sono distribuiti fra i coeredi in proporzione alla quota ereditaria di ciascuno. In caso un coerede abbia pagato un debito in misura maggiore della quota che gli spettava, può agire con una azione di regresso nei confronti dei gli altri coeredi.

Il legatario non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari. Se a questo quindi è legato una immobile sul quale grava una ipoteca, egli può riscattarlo, pagando l'ipoteca e facendola valere nei confronti degli eredi.

I crediti non si dividono proporzionalmente come i debiti. Se un erede fa valere un credito, la somma ricevuta deve essere rimessa nella comunione.

### **La garanzia per evizione.**

I coeredi sono garanti fra di loro delle garanzia di evizione. Così se un terzo affermando che un bene già oggetto della divisione era di sua proprietà, quell'erede, restituendolo, non subisce un danno in quanto tale danno deve essere ridistribuito fra tutti i coeredi.

### **La collazione.**

Se il testatore ha fatto una donazione in vita, si presume che questo abbia voluto

disporre del proprio bene anticipatamente rispetto a quando sarebbe morto. Per questo motivo le donazioni vengono considerate al momento della divisione della comunione ereditaria.

Non si fa luogo a tale collazione se il testatore abbia lui stesso disposto altrimenti. I frutti delle cose donate e gli interessi degli stessi sono dovuti dal momento dell'apertura della successione. In caso di donazione di usufrutto o costituzione di una rendita è necessario valutare il valore capitalizzato di tale usufrutto.

La collazione ha effetto solo fra coniuge, altri figli e altri discendenti che succederebbero per rappresentazione e ha effetto solo tra loro in quanto esclude gli estranei.

La differenza con la *riduzione* sta nel fatto che questa ha lo scopo solo di preservare la quota di legittima, mentre la collazione serve a mantenere fra i destinatari le proporzioni stabilite dalla legge o dal testamento.

La differenza con la *riunione fittizia* è che la collazione è una integrazione con l'eredità reale per formare la massa da dividere con i coeredi, mentre la riunione può anche essere semplicemente un lavoro contabile.

Per gli immobili la collazione si fa o rimettendo il bene nella comunione, o prendendo dalla comunione tanti beni in meno quanto è il valore.

Per i mobili la collazione si fa solo per imputazione e il valore è quello che aveva all'inizio della successione.

## I diritti reali

### I DIRITTI REALI IN GENERALE E LA PROPRI ETÀ

#### A) DIRITTI REALI

##### Caratteri e categorie dei diritti reali.

Tradizionalmente si ritiene che i diritti reali siano caratterizzati:

- a) *Immediatezza*, la possibilità di esercitare il proprio potere senza bisogno della cooperazione di altri.
- b) *Absolutezza*, il dovere di tutti i consociati di astenersi dall'interferire nel rapporto fra il bene e il titolare del relativo diritto su quel bene.
- c) *Inerenza*, l'opponibilità del diritto a chiunque possieda o vanti diritti sulla cosa.

Tali caratteristiche non devono essere considerate circoscritte a solo tali diritti.

Si ritiene che tali diritti siano a numero chiuso (non è possibile creare altri diritti reali) e tipici (non è possibile modificarli).

Si è soliti distinguere tra: la *proprietà* (ius in re propria) e i diritti reali che gravano su cosa di cui altri ha la proprietà, con l'effetto di restringere tale diritto su quel bene (c.d. ius in re aliena).

A loro volta i *diritti reali in re aliena* si distinguono in: *diritti reali di godimento* (superficie, enfiteusi, usufrutto, uso, abitazione e servitù prediali) e *diritti reali di garanzia* (pegno e ipoteca). Con i primi si trae dal bene talune delle utilità che il bene stesso è in grado di fornire, con i secondi attribuiscono al titolare il diritto, con prelazione rispetto ad altri creditori, di farsi assegnare il ricavato dall'alienazione di tale bene.

Collegate ai diritti reali sono le obbligazioni *propter rem*, che si caratterizzano perché la persona dell'obbligato viene individuata in quella che vanta un diritto reale sulla cosa.

Queste ultime non sono da confondere con *l'onere reale* in forza del quale il creditore, per ricevere il pagamento di somme di denaro, può soddisfarsi sul bene stesso chiunque ne diventi proprietario.

## B) LA PROPRIETÀ

### Il contenuto del diritto.

Nella concezione liberal ottocentesca il diritto di proprietà era centrale all'interno della società, tanto che anche il diritto di voto era subordinato alla proprietà di un determinato censo. Nel codice civile essa (art 832) viene descritta come 'il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo'.

La proprietà attribuisce quindi al titolare:

a) *potere di godimento del bene*, il potere di trarre dalla cosa tutte le utilità che questa può fornire, utilizzando direttamente o indirettamente;

b) *il potere di disposizione*, cioè il potere di cedere ad altri in tutto o in parte poteri sulla cosa.

Da qui la considerazione che la proprietà sia caratterizzata dai connotati: *della pienezza* (*ius utendi et abutendi*), e dell'*esclusività* (*ius excludendi alios*).

Però l'art 832 pone certi limiti e l'osservanza di obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico. Le caratteristiche forti dell'assolutezza e dell'esclusività sono ormai tipiche solo dei beni di uso strettamente personale. Il codice ormai infatti detta una disciplina differenziata per la proprietà *dei beni d'interesse storico e artistico*, per la *proprietà rurale*, per la *proprietà edilizia*, per la *proprietà fondiaria* elaborando per ognuna di queste delle previsioni miranti a coniugare l'interesse del singolo con quello generale.

Tale differenza dal passato si vede anche nella costituzione dove la proprietà non è più annoverata fra i principi fondamentali e sempre più importante appare lo scopo

di assicurare la funzione sociale della stessa.

Va infine segnalato che nella legislazione internazionale la proprietà sembrerebbe stare riacquistando questo carattere di *principio fondamentale*.

La proprietà si ritiene caratterizzata:

- 1) Dall' *imprescrittibilità* (non si può perdere per non uso, in quanto il non uso rientra fra le facoltà del proprietario);
- 2) Dalla *perpetuità* (non ha senso parlare di una proprietà a tempo);
- 3) Dall' *elasticità* (i poteri del proprietario possono essere compressi in virtù della creazione di altri diritti sullo stesso bene).

### **Espropriazione ed indennizzo.**

Secondo la costituzione la proprietà può essere espropriata, salvo indennizzo, per ragioni di pubblica utilità. Da valutare è il significato da dare al termine "espropriazione" e "indennizzo".

Per quanto riguarda il primo, sembra che non si deva più intendere che vi sia espropriazione quando vi sia un atto traslativo della proprietà da un soggetto allo stato (*espropriazione traslativa*). Con tal termine deve invece intendersi qualsiasi tipo di limitazione che siano tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà, incidendo sul godimento del bene così tanto da renderlo inutilizzabile o provocandone una apprezzabile diminuzione del valore di scambio (*espropriazione larvativa*).

Si suole distinguere anche quando determinati interventi siano destinati ad *interesse categorie di beni o beni singoli*. In questi casi i provvedimenti sui primi sono da considerarsi come 'provvedimenti di conformazione' e quindi non di espropriazione come si potrebbe parlare nel secondo caso.

Per quanto riguarda l'indennizzo si pensa che questo non deva né corrispondere al valore venale della cosa, né ad un semplice risarcimento irrisorio. Il D.P.R. n. 327/2001:

- a) In caso di Ed di una area non edificabile coltivata, l'indennizzo è pari al suo valore agricolo
- b) In caso il terreno fosse non edificabile e non coltivato la Corte costituzionale ha

dichiarato illegittima la norma secondo cui l'indennizzo doveva essere pari al valore agricolo medio del terreno in base anche alla coltura prevalente nel territorio circostante

- c) In caso di Ed area edificabile l'I è pari al suo valore venale, ma tale valore può essere diminuito del 25% se si persegue di attuare una riforma economico sociale.
- d) Per una costruzione legittimamente edificata si tiene conto del valore venale;
- e) In caso di vincolo sostanzialmente espropriativo l'indennizzo è commisurato all'entità del danno effettivamente prodotto;

Al fine di incentivare la *cessazione volontaria* la legge prevede che tale corrispettivo sia maggiore dell'indennizzo (pari a questo aumentato del 10%).

### **La proprietà dei beni culturali.**

Con beni culturali si intendono quei beni mobili o immobili che hanno un interesse artistico, storico, archeologico, archivistico, bibliografico

Con riferimento a tali beni si impone al privato, cui sia stata notificata dal Ministero Dei Beni Culturali la c.d. *Dichiarazione dell'interesse culturale*, i seguenti limiti:

- a) Al potere di godimento (non possono essere distrutti, deteriorati, danneggiati o adibiti a usi non compatibili con quelli del bene stesso) e impongono a questo di garantirne la conservazione.
- b) Al potere di disposizione (comunicando al Ministero eventuali atti che ne trasferiscano la proprietà e dando allo stato obbligo di prelazione);

### **La proprietà edilizia.**

L'attività edilizia è subordinata:

- a) Al previo rilascio da parte del comune del permesso di costruire per gli interventi edilizi di maggiore impatto
- b) Alla segnalazione certificata di inizio proprietà;
- c) Alla comunicazione anche per via telematica dell'inizio dei lavori.

Non richiede alcun titolo abilitativo la realizzazione di interventi edilizi minori.

Al fine di evitare l'abusivismo edilizio la legge si avvale anche di strumenti di diritto

privato come ad es.:

- a) Sanziona con la nullità gli atti aventi ad oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti su terreni o edifici;
- b) Vieta alle aziende erogatrici di servizi pubblici di somministrare le loro opere;
- c) Impone a chi abbia intrapreso tali attività di risarcire il danno causato a terzi;

in ogni caso qualsiasi intervento di modificazione del territorio deve essere conforme agli *strumenti urbanistici*.

### **La proprietà fondiaria.**

In linea verticale tale proprietà si estende *usque ad sidera, usque ad inferos*. Peraltro il proprietario non può opporsi a attività sopra e sotto la sua proprietà che egli non abbia interesse ad escludere.

In senso orizzontale ciascuna proprietà si estende dell'ambito dei propri confini ed ha la facoltà di cingere e di impedire l'accesso a chiunque (salvo alcune eccezioni).

### **I rapporti di vicinato.**

Per contemperare gli interessi di fondi contigui il codice detta una serie di norme in materia di:

- A) *Atti emulativi;*
- B) *Immissioni;*
- C) *Distanze*
- D) *Muri*
- E) *Luci e vedute;*
- F) *Acque.*

Tali norme non sono dei limiti al diritto di proprietà, bensì sono semplicemente tese ad assicurare un giusto coordinamento fra tutti i diritti riconosciuti ai singoli titolari.

### **Gli atti emulativi.**

Con tali si intendono quegli atti che non hanno altro scopo se non quello di arrecare molestia o nuocere ad altri. Essi si rifanno al principio che vieta l'abuso del diritto.

Per considerare un atto quale emulativo si deve considerare:

- 1) Un fattore *oggettivo*, cioè l'assenza di utilità per chi lo compie;
- 2) Ed uno *soggettivo* cioè l'intenzione di nuocere o arrecare molestia ad altri.

Si pensa che non si parla di atto emulativo un semplice comportamento *omissivo*.

### **Le immissioni.**

Il proprietario è legittimato ad opporsi ad eventuali *immissioni materiali* da parte del fondo contiguo.

Per quando riguarda invece le immissioni immateriali si deve distinguere se:

- a) Rimangono al di sotto della normale tollerabilità, non possono ne essere fatte cessare ne richiede un rimborso;
- b) Superano la normale tollerabilità ma sono giustificate dalle esigenze della produzione, non possono essere fatte cessare ma si può ricevere un risarcimento;
- c) Superano la soglia della normale tollerabilità e non sono giustificate dall'esigenza della produzione, possono essere fatte cessare e si può ricevere un indennizzo.

La normale tollerabilità va valutata volta per volta avendo considerazione per la *condizioni dei luoghi* e assolutamente per il soggetto che le subisce.

### **Le distanze legali.**

Per evitare che tra fondi contigui o costruzioni si creino anguste intercapedini dove i rifiuti potrebbero accumularsi e l'aria diventare stagnante l'art 873 dispone che le costruzioni fra fondi vicini, se non sono unite, devono essere costruite a una distanza non minore di tre metri.

Gli strumenti urbanistici possono anche prevedere una distanza maggiore. In caso di violazioni di tali norme vi è da distinguere i casi in cui:

- a) Tali disposizioni siano mirate a quel preciso fine, l'interessato potrà agire per

- la rimozione dell'opera costruita e per il risarcimento del danno sofferto.
- b) Tali disposizioni siano mirate all'esclusiva tutela di un interesse generale, l'interessato potrà agire solo per il risarcimento del danno.

Disposizioni sono previste anche per i muri, fra i quali troviamo la possibilità del proprietario confinante di acquisire la comproprietà del muro pagandone la metà del valore del muro e del suolo su cui insiste.

Si prevedono anche distanze minime da pozzi, cisterne, fosse, tubi e fabbriche o depositi pericolosi, fossi, canali e piantagioni e apiari.

### **Le luci e le vedute.**

Le aperture nel muro si distinguono in:

- a) Vedute o prospetti, che sono quelle che consentono di inspicere senza l'ausilio di mezzi meccanici per vedere di fronte, di lato e obliquamente. È sempre consentito aprire tali tipo di vedute ma in rispetto delle distanze minime.
- b) *Luci*, cioè aperture che consentono il passaggio di aria e luce e non permettono la vista o l'affaccio. La legge per queste prevede determinate caratteristiche. Una luce che non rispetta tale caratteristiche è definita *luce irregolare* e il vicino può esigere che questa sia resa regolare. Il proprietario ha sempre la facoltà di costruire luci, ma il vicino può chiuderle in ogni tempo solo se costruisce in aderenza o appoggio al muro nel quale tali luci risultano aperte.

### **Modi di acquisto della proprietà.**

Si distinguono:

- A) Modi di acquisto <<a titolo derivativo>> che importano la successione del diritto, sicché i vizi che inficiavano il titolo precedente inficiano anche questo. I più importanti sono: *il contratto, la successione a causa di morte, l'espropriazione per pubblica utilità e la vendita forzata dei beni del debitore.*
- B) Modi di acquisto <<a titolo originario>> che determinano la nascita di un diritto nuovo. Questi sono:
- 1) *L'occupazione* → consiste nella presa di possesso di cose che non sono di

proprietà di alcuno o sono abbandonate. I beni immobili non sono oggetto di occupazione.

- 2) *L'invenzione* → riguarda le cose mobili smarrite. Queste devono essere restituite al proprietario o, qualora non se ne conosca l'identità, al sindaco. Trascorso un anno, se la cosa non è stata consegnata, la proprietà spetta al a colui che l'ha trovata. Se il proprietario si presenta questo deve un premio al ritrovatore.

Particolare è il caso di ritrovamento di tesoro (cosa mobile di valore di cui nessuno può dimostrare di essere proprietario). Se questa è trovata nel proprio fondo se ne acquista immediatamente la proprietà, se trovata in fondo altrui se ne deve dare metà del valore al proprietario del fondo. Per i beni culturali invece al ritrovatore e al proprietario del bene competono un premio.

- 3) *L'accessione* → opera in caso di *stabile incorporazione* di beni di proprietari diversi. Per questo si distingue:

a) *Accessione di bene mobile su immobile*, dove la proprietà del mobile passa al proprietario dell'immobile. A questo si può derogare concedendo il diritto di superficie. Eccezione si ha nel caso *dell'accessione invertita* che si ha quando, inconsapevolmente, si eccede nel costruire su un suolo di cui non siamo proprietari. In questo caso, passati 3 mesi senza che il proprietario del suolo abbia fatto opposizione, si diventa proprietari di quel suolo pagando al proprietario il doppio del valore dello stesso.

b) *Accessione di immobile ed immobile*. Si hanno solo due casi: quello dell'alluvione (dove un fondo viene accresciuto impercettibilmente a seguito dell'azione di un fiume o un torrente) e quello dell'avulsione (che è il percettibile distaccamento di consistenti porzioni di terreno per cui il proprietario del fondo accresciuto è tenuto a pagare un'indennità nei limiti del valore recato al suo fondo). Gli altri casi dell'alveo derelitto e delle isole che si formano nel letto di un fiume non sono più contemplati in quanto di questi acquista la proprietà il demanio pubblico).

c) *L'accessione di mobile a mobile*. Si hanno due casi: l'*unione* (per cui si ha la comproprietà o la proprietà passa ad uno solo salvo indennizzo) e

la *specificazione* (che si ha nel caso di costruzione con materie prime altrui e si risolve attribuendo la proprietà a chi ha impiegato un maggior valore e indennizzando l'altro).

### **Azioni a difesa della proprietà.**

A difesa della proprietà sono esperibili le c.d. *azioni petitorie*.

Esse sono:

- *Azione di rivendicazione* → è concessa a chi afferma di essere proprietario di un bene al fine di ottenere l'*accertamento* del suo diritto e la *condanna* di chi lo possiede alla sua restituzione. Se il convenuto aliena la cosa, si può solo agire per il risarcimento del valore della cosa.

Per quanto riguarda la prova, è l'*attore* che ha l'onere di dimostrare che quella cosa gli apparteneva. Se l'acquisto della proprietà di tale bene era avvenuto a titolo originario gli sarà sufficiente dimostrarne il titolo. Se era un acquisto a titolo derivativo, l'attore dovrà dimostrare che anche tutti i proprietari precedenti hanno acquistato la proprietà per mezzo di un titolo valido. Per questo motivo soccorrono due istituti:

- a) Rispetto a beni mobili sarà sufficiente dimostrare che la cosa sarebbe acquistata per via della regola *possesso vale titolo*, avendo al tempo ricevuto in buona fede il possesso della cosa di cui ora lamenta la perdita.
- b) Rispetto ai beni immobili dovrà dimostrare che anche se l'acquisto fosse avvenuto *a non domino* ne avrebbe acquistato la proprietà per via di usucapione.

Il convenuto per quanto riguarda la prova può limitarsi a dire *possiedo quia possiedo*. Tale azione è imprescrittibile e deve essere rigettata se il convenuto dimostra di aver acquistato la cosa per usucapione.

Diversa da questa è l'azione di *restituzione*. Essa ha natura personale e si basa sul fatto che l'attore vanta un diritto alla restituzione nascente da un contratto o dalla risoluzione dello stesso o dalla sua scadenza. Per tale azione basta la prova che tale obbligazione sia sorta.

- *Azione di mero accertamento della proprietà* → tale azione è mossa con lo scopo di avere la certezza per quanto riguarda il diritto di proprietà su un determinato bene.

- *Azione negatoria* → ha come fine l'accertamento che su un bene non vi siano costituiti diritti reali vantati da terzi. L'attore deve dimostrare un valido titolo d'acquisto mentre sarà il convenuto a dover dimostrare la sussistenza di un tale diritto reale. Anche questa è imprescrittibile.
- *Azione di regolamento di confini* → si ha un conflitto tra fondi e non un conflitto tra titoli. La prova dell'ubicazione del confine può essere data con ogni mezzo. In mancanza di altri elementi ci si rifarà alle misure catastali. Anche questa è imprescrittibile.
- *Azione per apposizione di termini* → presuppone la conoscenza del confine e serve a far apporre i segni lapidei che manchino o siano divenuti irriconoscibili.

## I DIRITTI REALI DI GODIMENTO

### Generalità.

I *diritti reali su cosa altrui* non costituiscono una parte o una frazione del diritto di proprietà ma al massimo una limitazione a questo. Questi si suddividono, come già detto, in *diritti reali di godimento* e in *diritti reali di garanzia*. I diritti reali di godimento si dividono in: *superficie, enfiteusi, usufrutto, uso, abitazione e servitù prediali*. Di questi tutti si possono costituire solo su beni immobili tranne usufrutto e l'uso che può anche essere di beni mobili.

### A) LA SUPERFICIE

Tale diritto di godimento nasce come deroga al principio di accessione per cui qualsiasi cosa si trovi sopra o sotto il suolo e di proprietà del proprietario del suolo stesso.

Questo può consentire alternativamente nel diritto:

- a) Costruire sopra il suolo di cui altro sia il proprietario. In questo modo si ottiene l'acquisizione a titolo originario di tale costruzione.
- b) Nella proprietà di una costruzione già esistente di cui si diviene proprietari in

modo disgiunto dal suolo.

Tali separazioni si possono stabilire anche per il *sottosuolo*, ma mai per le *piantagioni*.

Importante distinguere che:

-se la costruzione ancora non esiste, si ha solo un diritto reale su cosa altrui che si estingue se il concessionario non costruisce per 20 anni;

-se la costruzione già esiste si ha una proprietà della costruzione separata da quella del suolo e non si può estinguere per non uso.

La superficie può essere *perpetua* oppure *a tempo*. In questo ultimo caso allo scadere del termine la proprietà passa al proprietario del suolo.

La superficie può acquistarsi per *contratto, testamento o usucapione*.

Il superficario può disporre come vuole della sua costruzione, anche istituendo diritti reali su di essa; nel caso in cui però tale diritto sia a termine, alla scadenza del termine i diritti sulla costruzione imposti dal superficario si estinguono e quelli sul suolo si espandono alla costruzione (a questo però fanno eccezione solo le ipoteche sul suolo).

Nel caso del perimento della costruzione non si ha il perimento del diritto, e questo perché il diritto di superficie è distinto dalla costruzione di cui questa non è altro che una delle estrinsecazioni.

## B) L'ENFITEUSI

### **Nozione e disciplina.**

L'enfiteusi attribuisce alla persona a favore di cui è costituita lo stesso potere di godimento che è attribuito al proprietario al proprietario di un bene immobile salvo l'*obbligo di migliorare il fondo* e di *pagare un canone periodico*. L'enfiteuta può infatti anche migliorare la destinazione del fondo purché non lo deteriori. Il potere di godimento dell'enfiteuta si suole definire *dominio utile*, quello del nudo proprietario *dominio diretto*.

Può essere anche perpetua o a tempo, ma in quest'ultimo caso non può essere di

durata inferiore ai 20 anni.

Si può acquistare tramite testamento, contratto, e usucapione.

La legge: da all'enfiteuta il potere di *affrancazione* con la quale l'enfiteuta può, attraverso il pagamento di una somma di denaro, acquistare la piena proprietà del fondo; al concedente il potere di *devoluzione* tramite il quale se l'enfiteuta non adempie ad uno dei tre obblighi (o pagare il canone, o migliorare, o fa perire il fondo) può liberare il fondo dal diritto enfiteutico.

### C) L'USUFRUTTO, L'USO E L'ABITAZIONE

#### **L'usufrutto: nozione.**

Con tale termine si intende il diritto di godere della cosa altrui con l'obbligo però di rispettarne la destinazione economica (*ius utendi fruendi salva rerum substantia*). Tale istituto è necessariamente a tempo. Se costituito per una persona fisica ha durata massima pari alla vita della persona, se a favore di una persona giuridica la durata massima è pari a 30 anni.

#### **L'oggetto dell'usufrutto. Il quasi usufrutto.**

Oggetto dell'usufrutto può essere ogni tipo di bene tranne quelli consumabili.

Dato che questi ultimi non potrebbero essere restituiti al proprietario al termine dell'usufrutto, l'usufrutto di tali bene viene sostituito con il *quasi - usufrutto*. In virtù di tale istituto la proprietà di tali beni passa al quasi - usufruttuario che ha l'obbligo di restituire il valore di tali bene o tanti beni dello stesso genere.

Oggetto di usufrutto possono essere anche beni inconsumabili ma deteriorabili. In tal caso l'usufruttuario ha diritto di servirsene secondo l'uso normale per il quale sono destinati.

#### **Modi di acquisto dell'usufrutto.**

Essi possono essere:

-la legge;

-la volontà dell'uomo(contratto a titolo gratuito o oneroso, testamento, promessa al pubblico, donazione obnuziale);

-L'usucapione;

-il provvedimento del giudice.

Quando l'usufrutto riguarda beni immobili, questo deve essere fatto per iscritto e soggetto a trascrizione come a trascrizione sono soggetti anche l'acquisto dell'eredità e del legato che comportano l'acquisto di tali diritti su detti beni.

### **Diritti dell'usufruttuario.**

All'usufruttuario competono:

- a) *Il potere di godimento sul bene* che implica: il possesso della cosa(se questo è esercitato da altri si può esperire l'actio confessoria, analoga alla rei vindicatio, per questo chiamata anche *vindicatio usufructus*), l'acquisto dei frutti naturali e civili della cosa. A tal proposito è da ricordare il fatto che i frutti civili si acquistano giorno per giorno mentre i frutti naturali si acquistano solo al momento della separazione. In relazione ai frutti naturali del fondo rustico è stabilito che la ripartizione tra proprietario ed usufruttuario ha luogo in proporzione della durata del rispettivo anno agrario. Con il medesimo criterio si ripartiscono anche le spese relative alla loro produzione.
- b) *il potere di disposizione(solo per atto inter vivos) del diritto di usufrutto*. Tale possibilità di cessione non deve danneggiare il nudo proprietario aumentando la durata dell'usufrutto. Se il termine non è fissato questo corrisponde sempre alla morte del primo usufruttuario.
- c) *Potere di disposizione del godimento del bene*(sempre e solo con atti inter vivos, anche perché quando questo morisse, terminerebbe il suo diritto).

In caso l'usufruttuario abbia disposto di una locazione, il legislatore ha stabilito la possibilità che le locazioni in corso possano proseguire fino alla durata stabilita.

### **Obblighi dell'usufruttuario.**

Tali obblighi si ricollegano al dovere di restituire la cosa al termine del suo diritto. Da ciò deriva che è tenuto:

- a) *Usare la diligenza del buon padre di famiglia*
- b) *Non modificarne la destinazione*
- c) *Fare l'inventario e prestare garanzia.*

È tenuto alle spese di ordinaria amministrazione, mentre sono al nudo proprietario le spese straordinarie.

### **Estinzione dell'usufrutto.**

Avviene:

- a) Scadenza del termine o morte dell'usufruttuario;
- b) Prescrizione estintiva ventennale;
- c) Consolidazione (riunione dell'usufrutto e della nuda proprietà in capo alla stessa persona);
- d) Perimento totale della cosa,
- e) Abuso dell'usufruttuario del proprio diritto, alienando i beni, deteriorandoli o lasciandoli perire per mancanza di ordinarie riparazioni.

La rinuncia ha effetto immediato e opera automaticamente, non richiede quindi la forma dell'atto pubblico sebbene richieda la forma scritta se abbia ad oggetto beni immobili.

L'estinzione porta alla riespansione della nuda proprietà e della proprietà piena. L'usufruttuario può operare miglioramenti ma limita il credito che chi li fa può vantare alla minor somma fra lo speso e l'aumento di valore conseguito per la cosa.

### **Uso ed abitazione.**

Questi non sono che tipi limitati di usufrutto.

L'uso consiste nel diritto di servirsi di un bene e, se fruttifero di raccoglierne i frutti, limitatamente a se e alla propria famiglia. L'abitazione consiste nel diritto di abitare una cosa limitatamente ai bisogni propri e della propria famiglia.

Per questo motivo tali diritti non si possono cedere né il bene può essere concesso in locazione o altrimenti ceduto a terzi.

## D) LE SERVITÙ

### **Nozione.**

La servitù prediale corrisponde nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo. Questi si definiscono rispettivamente fondo servente e fondo dominante. Il fondo dominante si avvantaggerà di una attività o di una limitazione che svolgerà o sarà imposta al fondo servente.

I vantaggi o le limitazioni possono essere vari, per questo accanto alla servitù previste dal codice (dette *tipiche*) sono concesse anche la creazione di altre servitù (dette *atipiche*). Nulla vieta che le servitù possano essere reciproche.

Non consistono servitù le così dette *servitù irregolari o personali*, cioè quelle costituite da un fondo a favore di una persona. Queste saranno piuttosto considerate come obbligazioni.

### **Principi generali.**

Tali principi possono essere riassunti dai seguenti brocardi:

- a) *Servitus in faciendo consistere nequit* → l'attività del fondo servente potrà essere o un *non fare* o un *patire*.
- b) *Nemini res sua servit* → i proprietari dei fondi devono essere distinti. È ammessa la comproprietà.
- c) *Predia vicina esse debent* → i fondi devono essere *relativamente* vicini.

### **Costituzione.**

La costituzione delle servitù può avvenire:

- a) In attuazione di obbligo di legge;
- b) Per volontà dell'uomo;
- c) Per usucapione;

d) Per destinazione del padre di famiglia;

### **Le servitù coattive o legali.**

In alcuni casi la legge si preoccupa del pregiudizio che la posizione di un fondo arreca alla sua utilizzazione e per questo, attribuisce al suo proprietario il diritto potestativo di ottenere l'imposizione della servitù sul fondo altrui così da avviare a quel pregiudizio. In contropartita, chi subisce il sacrificio ha diritto ad una indennità.

Tale tipo di servitù è chiamata *servitù coattiva o legale*. Per costituirla concretamente occorrerà:

- a) Un contratto, nella quale la servitù dovrà ritenersi coattiva anche se costituita con contratto;
- b) Una sentenza *costitutiva* del giudice che farà nascere la mia servitù, determinando anche l'indennità che devo al fondo servente.

In talune ipotesi la legge prevede che si ci possa rivolgere anche alla P.A. che provvederà alla costituzione di questa tramite un atto amministrativo.

Quando vengono meno i presupposti che hanno portato alla formulazione della richiesta, è legittimata la richiesta di estinzione.

Le figure più importanti di servitù coattive sono le seguenti:

- a) Acquedotto coattivo → ogni proprietario è obbligato a permettere il passaggio di acqua sia per usi abitativi che agrari o industriali. Tale diritto sussiste anche quando l'acqua non è necessaria ma è utile.
- b) Elettrodotto coattivo → per le condutture elettriche;
- c) Passaggio coattivo → per consentire l'accesso ad un fondo. Tale sussiste anche nel caso in cui il proprietario possa guadagnarsi l'uscita ma con molto disagio. Nel caso in cui già tale accesso vi sia questa può essere costituita lo stesso quando:
  - vi sia bisogno per un uso conveniente del fondo;
  - passaggio esistente inadatto o insufficiente ai bisogni del fondo o ad esigenze di accessibilità da parte di portatori di handicap.

Il principio è che il sacrificio deve essere il minore possibile secondo il principio di

*minore brevità del passaggio e minor danno del titolare.*

### **Le servitù volontarie.**

La formazione di una servitù può anche avvenire volontariamente mediante contratto che deve farsi per iscritto e che, per l'opponibilità ai terzi, necessita di trascrizione.

Alcune servitù (e specialmente quelle *apparenti*) possono sorgere anche per usucapione o per destinazione del padre di famiglia. Le servitù non apparenti possono solo istituirsi per contratto o testamento.

Si dicono apparenti quelle visibili e permanenti che oggettivamente sono finalizzate all'esercizio della servitù da appalesare in modo non equivoco per la loro struttura e funzione.

### **Esercizio della servitù.**

L'esercizio della servitù è regolato dal *titolo* o in difetto dalla *legge*. Il diritto di servitù comprende tutto quello che è necessario per usarne. Si chiama *modo* d'esercizio della servitù il come la servitù può essere esercitata.

Il modo è usucapibile solo nelle servitù apparenti e se è determinato nel titolo si può usucapire solo quel modo indicato.

Vige il divieto di aggravare il fondo servente e di diminuire quello della servitù.

### **Estinzione della servitù.**

Possono estinguersi per:

- a) *Rinuncia* da parte del titolare fatta per iscritto: serve atto unilaterale se questa è fatta spontaneamente; contratto se è fatto in cambio di un corrispettivo.
- b) *Per scadenza del termine;*
- c) *Per confusione;*
- d) *Per prescrizione estintiva ventennale;*

la prescrizione agisce:

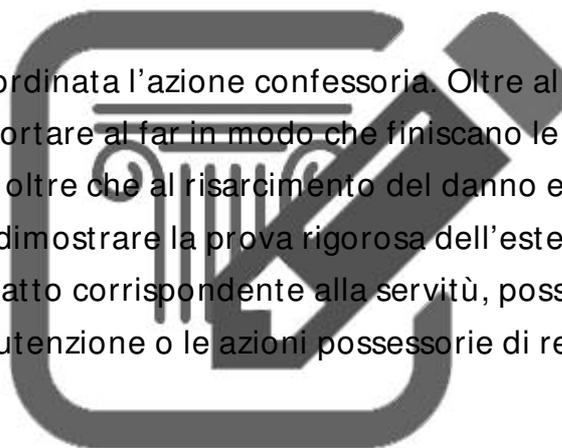
- a) Per le servitù negative, da quando il proprietario del fondo servente pone in essere un atto contrario al non fare che gli era stato imposto;+
- b) Per quelle affermative, quando il proprietario pone in essere per l'ultima volta ciò che è in suo potere fare.

dato che le servitù affermative si distinguono in continue o discontinue, per quelle continue la prescrizione decorre da quando si sia verificato un atto *contrario* all'utilizzo della servitù; per quelle discontinue da quando non viene più posto in essere ciò che si aveva il potere di fare.

Quando vi sia un impossibilità di fatto che non permette di utilizzare la servitù, allora si ha la sospensione della servitù. Il modo di una servitù non si può sospendere distintamente dalla servitù.

### **Tutela della servitù.**

A tutela delle servitù è preordinata l'azione confessoria. Oltre all'accertamento è del diritto, questa può anche portare al far in modo che finiscano le turbative che hanno portato a chiedere l'azione oltre che al risarcimento del danno eventualmente subito. È l'attore che deve dimostrare la prova rigorosa dell'estensione della servitù. A tutela delle situazioni di fatto corrispondente alla servitù, possono invece esprimersi le azioni di manutenzione o le azioni possessorie di reintegrazione.



## LA COM UNIONE E IL CONDOMINIO

### A) LA COM UNIONE

#### **Nozione.**

Un diritto soggettivo può appartenere a più persone le quali sono tutte titolari del medesimo(unico) diritto. Tale fenomeno di *contitolarità* prende il nome di *comunione pro indiviso*. Tale diritto investe l'intero bene, seppure il relativo diritto di ciascuno trovi limite nell'esistenza dell'egual diritto degli altri compartecipi. A ciascun contitolare spetta dunque una *quota ideale* sull'intero bene. Tale quota è detta *disponibile* e determina la *misura di facoltà*, di diritti ed obblighi dei titolari.

Quando non è prevista alcuna disposizione a riguardo le quote si presumono uguali.

### **Comunione e società.**

La differenza sostanziale è che sia ha una società quando i membri esercitano una attività che abbia finalità economica e mirata, cioè, alla produzione di beni e servizi.

### **Costituzione.**

Vi sono tre modi di costituzione di una comunione:

- *volontaria*, quando scaturisce dall'accordo dei futuri contitolari;

- *incidentale*, “ “ senza un atto dei futuri contitolari diretto alla sua costituzione;

- *forzosa*, quando scaturisce dall'esercizio di un diritto potestativo da parte di uno dei futuri contitolari.

### **Disciplina: profili generali.**

Si è soliti distinguere tra:

- *Comunione ordinaria*

- *Comunioni speciali*, quelle figure autonomamente previste dal codice.

Per quanto riguarda la comunione ordinaria, la disciplina può essere derogata dal titolo, sicché le regole legali trovano applicazione solo in mancanza di diversa disposizione.

### **I poteri di godimento e disposizione.**

Il diritto di ogni contitolare trova il suo limite nel diritto degli altri contitolari.

Per quel che riguarda il potere di godimento:

a) Ciascun contitolare può servirsi della cosa comune a condizione che:

- non ne alteri la destinazione economica;

- non impedisca agli altri di utilizzarla parimenti al diritto di ciascuno;

L'utilizzo che ciascuno ne fa non deve essere necessariamente proporzionato alla sua quota. Le parti possono derogare alla regola *dell'uso promiscuo*,

concordando la divisione del godimento del bene nello *spazio* o nel *tempo*.  
Al fine di migliorare la cosa, ogni partecipante può apportare miglioramenti, senza alterare la destinazione o l'utilizzo che ne possono ricevere altri partecipanti, e a sue spese.

- b) Ha diritto a percepirne i frutti in proporzione alla sua quota pur dovendo partecipare anche alle spese.

Per il potere di disposizione, si può disporre come si vuole della propria quota, mentre per gli atti di disposizione del bene comune è richiesto il consenso di tutti i contitolari.

### **L'amministrazione della cosa comune.**

A tal riguardo tutti i contitolari hanno diritto a parteciparvi ma non è richiesto il consenso di tutti. Il codice prevede infatti di far ricorso al principio di maggioranza. In particolare:

- semplice maggioranza( cioè dei titolari che detengono il maggior numero di quote) per gli atti di ordinaria amministrazione;
- maggioranza dei due terzi per gli atti di straordinaria amministrazione;
- due terzi anche per le innovazioni.

Se non vengono presi i provvedimenti necessari per l'amministrazione della cosa comune, si può fare ricorso all'autorità giudiziaria che può nominare un *amministratore*. Se spese, deliberate a maggioranza, pesano su ciascun titolare in proporzione alla propria quota. Questo può comunque, per non pagare, rinunciare al suo diritto.

La giurisprudenza ritiene che ciascun contitolare sia legittimato a compiere da solo atti di ordinaria amministrazione quando questo agisca, fino a prova contraria, con il consenso degli altri contitolari. In tali azioni rientrano: *azioni petitorie, possessorie, di risarcimento*.

Con il consenso della maggioranza può essere creato un regolamento della cosa comune e nominato anche un amministratore della stessa.

### **Scioglimento della comunione.**

La facoltà di chiederla è concessa a ciascuno dei partecipanti, anche senza il consenso della maggioranza, e in qualsiasi momento. Le parti non possono vincolarsi per un tempo superiore ai 10 anni. Lo scioglimento non è permesso solo quando tali beni se divisi cesserebbero di servire all'uso a cui sono destinati.

## B) IL CONDOMINIO

### **Il condominio degli edifici.**

Si parla di condominio quando in un medesimo stabile coesistono più porzioni immobiliari di proprietà esclusiva di singoli condomini e parti comuni strutturalmente e funzionalmente connesse al complesso delle prime. Tali parti, salvo diversa disposizione, sono appartenenti in comunione a tutti i proprietari esclusivi delle singole unità immobiliari *pro quota*. Ogni condomino può:

- a) Far uso delle parti comuni (seguendo gli stessi limiti previsti per la comunione);
- b) Deve contribuire, in misura proporzionale alla propria quota, delle spese necessarie per la conservazione e il godimento delle parti comuni (le spese sono proporzionate all'uso che di ciascuna parte ciascun condomino fa uso).
- c) Non si può disporre delle parti comuni nella loro totalità e neppure nella loro quota se non congiuntamente alla porzione immobiliare di cui è proprietario.

Per disporre dei beni condominiali occorre l'accordo di tutti. Le parti comuni sono *indivisibili*.

### **L'assemblea e l'amministratore di condominio.**

Essi sono organi del condominio.

Di competenza dell'assemblea sono:

- adozione del regolamento condominiale;
- nomina dell'amministratore;
- approvazione del preventivo delle spese occorrenti durante l'anno;

- decisione in ordine alle opere straordinarie da effettuare;
- innovazioni;
- decisione in ordine ad eventuali azioni giudiziarie, attive o passive.

L'assemblea è validamente costituita se vi partecipano la maggioranza di tanti condomini che rappresentino i due terzi del valore dell'intero edificio. Se tale quorum non si raggiunge si può riconvocare il giorno dopo (mai più di 10 giorni dopo con lo stesso ordine del giorno) ed è costituita validamente qualunque sia il numero dei partecipanti. Qui per le deliberazioni è richiesto almeno un terzo di tutto il condominio. Nella prima basta la metà.

Delle deliberazioni verbali si deve dirigere verbale da trasciversi nel registro dell'amministratore. Queste sono vincolanti per tutti i condomini. I condomini assenti o dissenzienti possono impugnare davanti all'autorità giudiziaria se la deliberazione è contraria al regolamento o alla legge entro 30 giorni da quando si è tenuta l'assemblea o da quando hanno ricevuto notizia che questa si sia tenuta.

Sono ritenute annullabili le deliberazioni tenute quando non si sia avvisato uno dei condomini o quelle nel cui verbale non sono trascritti i condomini presenti e gli assenti.

Sono nulle le deliberazioni prive degli elementi essenziali o quelle con contenuto illecito o impossibile, o con oggetto che non compete alle competenze assembleari. L'azione di nullità può essere promossa da chiunque abbia interesse e non scade e non è soggetta a prescrizione.

L'amministratore, nominato dall'assemblea, dura in carica un anno ed è revocabile in ogni momento. Tale incarico può essere conferito a persona fisica, giuridica o anche ad un ente. I provvedimenti presi dall'amministratore nell'ambito dei suoi poteri sono vincolanti per i condomini. Contro detti provvedimenti è ammesso ricorso all'assemblea. Esso ha rappresentanza del condominio. I condomini rispondono delle obbligazioni rispetto al terzo creditore solo in proporzione alle proprie quote.

### **Il regolamento condominiale.**

L'assemblea approva un regolamento che contenga le norme circa le divisioni della spesa, l'uso delle cose comuni, le disposizioni circa il decoro, l'amministrazione delle cose comuni. Al regolamento è allegata una tabella millesimale che indica il rapporto fra la singola unità immobiliare e l'intero.

Può essere costituito un regolamento contrattuale nel quale partecipino tutti i condomini così da derogare alla divisione delle parti. Esso deve essere fatto per iscritto.

### **Il super condominio.**

Pluralità di edifici distinti legati tra loro dall'esistenza di cose, impianti o servizi comuni, in rapporto di accessorietà rispetto i singoli condomini. Ad esso sono applicate:

- a) Le norme del codice dettate in tema di condominio per le aree destinate all'uso e al godimento dei condomini (c.d. rapporto di accessorietà necessaria)
- b) Le norme del codice in materia di comunione per altre strutture dotate di una propria ed autonoma utilità.

C) LA MULTI PROPRIETÀ

### **La multiproprietà.**

Proprietà su una unità immobiliare ma solo per un determinato ed invariabile periodo di ogni anno.

Per regolare tale istituto si è fatto riferimento all'istituto della comunione, infatti:

- a) A ciascun multiproprietario viene venduta una quota pro indiviso di un complesso residenziale;
- b) A questi viene fatto accettare un regolamento della comunione che prevede la divisione topografica e cronologica del bene.

In alternativa:

- a) Viene venduta una quota in comproprietà di una singola unità immobiliare;
- b) Viene fatto accettare un regolamento che prevede la divisione topografica e

cronologica.

## IL POSSESSO

### Le situazioni possessorie.

Il codice attribuisce rilevanza a situazioni *di fatto* che si estrinsecano in attività corrispondenti all'esercizio di diritti reali. Queste sono definite *situazioni possessorie*. Tale factum possessionis attribuisce al possessore determinati vantaggi, fra i quali: la tutela possessoria, l'acquisto della proprietà per usucapione o in forza della regola possesso vale titolo, la posizione di convenuto in una azione di rivendica per cui il possessore può limitarsi a dire *possiedo quia possiedo*, e tutto ciò indipendentemente che il possessore sia o meno proprietario del bene.

Le ragioni sono varie:

- Per garantire, proteggendo il fatto esteriore, una difesa rapida ed efficace;
- Per impedire che si arrechi molestia al possessore e garantire la pace fra i consociati.

Si può così distinguere uno *ius possessionis*, con cui si intende l'insieme dei vantaggi che il possesso genera a favore del possessore, e lo *ius possessionis*, con cui definiamo la situazione di chi ha effettivamente diritto a possedere il bene.

Il possesso non è dunque un diritto, bensì una situazione di fatto produttiva di effetti giuridici.

Oggetto di possesso sono i beni materiali di cui si può acquistare la proprietà. Sono perciò esclusi i beni demaniali, del patrimonio indisponibile e degli altri enti pubblici territoriali.

### Le distinte situazioni possessorie.

Possiamo distinguere ben tre situazioni possessorie:

- ❖ *Possesso pieno* (corpore et animo). Secondo l'opinione tradizionale si costituiva di due elementi, l'uno oggettivo (animus possidendi) e l'altro soggettivo (il corpore possidere). Il primo indicava la materiale disponibilità

della cosa, il secondo la volontà di comportarsi come proprietario ad esclusione di altri.

- ❖ *La detenzione*, anche questa caratterizzata da due elementi, l'uno oggettivo (il *corpus*) e l'altro soggettivo (*l'animus detinendi*, cioè nella volontà del soggetto di godere e disporre del bene ma nel rispetto dei diritti che questo riconosce aspettare ad altri soggetti).
- ❖ *Possesso mediato*, che è caratterizzato dal solo elemento soggettivo (*animus possidendi*), mentre la disponibilità materiale compete al detentore.

Il possesso può anche essere esercitato da più soggetti con il medesimo titolo. Si parla allora di compossesso che si concretizza in una attività corrispondente all'esercizio dei diritti reali in comunione.

### **Possesso e detenzione.**

Si distinguono tra loro in base al solo elemento soggettivo: l'*animus detinendi* nella detenzione e quello *possidendi* nel possesso.

Rileva però il fatto che nel codice non troviamo alcun riferimento a tali caratteristiche soggettive. Per tale motivo sarebbe meglio fare riferimento al *titolo* in forza del quale detta acquisizione si verifica. Infatti ciò che maggiormente rileva non è tanto lo stato psicologico interno quanto quello esterno che il soggetto manifesta, e quindi dal *titolo* o dalla *modalità* con cui tale acquisizione si manifesta.

Di solito si presume che la situazione di fatto corrispondente a tale diritto sia di possesso. È a chi nega la sussistenza del possesso l'onere di provare che sussista una semplice detenzione.

A nulla rileva la modificazione del titolo non manifestata all'esterno. Tale manifestazione, infatti, definita *interversio possessionis*, può avvenire solo:

- a) In forza di opposizione dal detentore al possessore, cioè di un atto con cui si manifesti *inequivocabilmente* l'intenzione di continuare, per il futuro, a tenere la cosa per se come possessore e non più come detentore.
- b) In forza di una causa proveniente da un terzo, cioè in forza di un atto con il quale, l'attuale possessore, attribuisca al detentore il diritto di corrispondere

la propria posizione possessoria.

### **Le qualificazioni del possesso e della detenzione.**

Il *possesso* si distingue, a sua volta, in:

- a) **Legittimo** → quando la situazione di fatto è esercitata dall'effettivo titolare del diritto di proprietà. In tal caso situazione di fatto e di diritto coincidono.
- b) **Illegittimo** → quanto chi esercita la situazione di fatto non è il titolare del diritto di proprietà. E si articola a sua volta in:
  - 1) **Di buona fede** → quando chi ha acquistato la titolarità del bene ignorava di ledere l'altrui diritto sempre che tale ignoranza non derivi da sua colpa grave.
  - 2) **Di mala fede** → quando chi acquista la titolarità conosceva il difetto del proprio titolo d'acquisto o avrebbe dovuto conoscerlo utilizzando l'ordinaria diligenza.
  - 3) **Vizioso** → quando oltre alla mala fede vi sia pure un acquisto per *violenza o clandestinità*.

La buona fede in materia di possesso si presume. Questa è una presunzione *iuris tantum*. Peraltro non occorre che la buona fede perduri ma è sufficiente che vi sia stata al momento del suo acquisto.

La detenzione si distingue a sua volta in:

- a) **Qualificata**: quando l'acquisto è avvenuto nell'interesse proprio (autonoma) o del possessore (non autonoma).
- b) **Non qualificata**: quando l'acquisto è avvenuto per ragioni di ospitalità, di servizio, o di lavoro.

### **Il possesso di diritti reali minori.**

Il possesso può sussistere anche per quando riguarda i diritti reali minori: *possesso della servitù, possesso dell'usufrutto, ecc ecc.* sul medesimo bene possono sussistere pure più possessi dello stesso tipo. Il possesso di un diritto reale minore può essere convertito in quello di un altro diritto solo tramite i mezzi già visti di inversione del possesso: opposizione o causa proveniente da un terzo.

### **L'acquisto e la perdita del possesso.**

L'acquisto può avvenire:

- a) In modo originario, cioè *contro o senza* la volontà del precedente possessore. Non si ha l'acquisto quando tale apprensione avviene per mera tolleranza del possessore.
- b) In modo derivativo, con la consegna, materiale o simbolica, della cosa dal precedente al nuovo possessore. Non è necessario che si abbia la materiale apprensione del bene da parte dell'accipiens.

A tal proposito l'esperienza conosce due tipi di traditio ficta in cui quel che muta è solo l'animus:

- 1) La traditio brevi manu, quando il detentore acquista il possesso del bene;
- 2) La constitutio possessoria, quando il possessore perde il possesso ma acquista la detenzione.

Dato che il possesso è una situazione di fatto, si ritiene inammissibile un contratto che trasferisca il possesso, disgiunto dal diritto reale di cui costituisca l'esercizio. Per trasferire il possesso occorre quindi un contratto e la traditio.

La perdita si ha allorché venga meno uno o entrambi gli elementi che lo costituiscono: del corpus e/o dell'animus. Per perdere il corpus occorre la definitiva irreperibilità della cosa.

Per gli immobili si pensa che la conservazione possa avvenire anche solo quando perduri l'animus, anche quando si sia perso il corpus ma solo entro il termine di un anno.

### **Successione nel possesso ed accessione del possesso.**

Si parla di *successione del possesso* quando il possesso si trasmette all'erede del defunto ipso iure, e questo anche in mancanza di una materiale apprensione del bene.

L'accessione del possesso si ha invece quando il possesso si acquista a titolo particolare (compratore, legatario...). Tale acquirente acquista un titolo nuovo, diverso da quello del suo dante causa, quindi in buona fede anche se il precedente l'avesse acquistato in mala fede. Ora questo può decidere di sommare al periodo in

cui lui stesso ha posseduto, il periodo in cui ha posseduto il suo dante causa.

### **Effetti del possesso.**

Il possesso rileva principalmente:

- 1) Quale titolo per l'acquisto dei frutti del bene posseduto e per il rimborso delle spese dallo stesso effettuate;
- 2) Quale possibile presupposto per l'acquisto della proprietà del bene posseduto;
- 3) Quale oggetto di tutela contro le aggressioni

### **L'acquisto dei frutti e il rimborso delle spese.**

Il possessore illegittimo è tenuto anche alla restituzione dei frutti al titolare del diritto. Da questo deve distinguersi il possessore in buona fede il quale p tenuto a restituire i frutti solo dal momento di inizio della lite. Nel frattempo questo non potrà evitare di curare la cosa perché non è interessato più alla percezione dei frutti ma dovrà comunque usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Per quanto riguarda le spese occorre distinguere:

- a) Spese ordinarie, per cui si ha diritto solo per il periodo in cui questo non ha più diritto ai frutti;
- b) Spese straordinarie, di cui si ha sempre diritto a rimborso, sia in mala che buona fede.
- c) Spese per il miglioramento, di cui il possessore ha diritto al rimborso se tali miglioramenti sussistono anche al tempo della restituzione. Se il possessore è in buona fede, l'indennità si deve corrispondere nella misura dell'aumento di valore conseguito della cosa per effetto dei miglioramenti, se il mala fede, la minor somma tra lo speso e il migliorato.

Al possessore (anche in mala fede) è riconosciuto il diritto di ritenzione, cioè il diritto a non restituire il bene fino a che non siano state restituite le somme per spese o indennità.

### **L'acquisto dell'indennità in forza del possesso: la regola <<possesso vale titolo>>.**

Secondo tale regola, chi acquista da *non domino*, ne diventa lo stesso il proprietario purché ricorrano i seguenti presupposti:

- a) L'acquisto riguardi beni mobili (esclusi mobili registrati e universalità di beni mobili);
- b) Che l'acquirente possa vantare un titolo idoneo al trasferimento della proprietà, cioè un contratto che non contenga altro vizio se non quello di essere stipulato da chi non è autorizzato a disporre del bene.
- c) Che l'acquirente ne abbia già acquistato il possesso. Per questo è necessario che si sia realizzata la traditio.
- d) Che l'acquirente sia in buona fede nel momento in cui si impossessa del bene. Basta infatti che ignori la provenienza del bene e che tale ignoranza non dipenda da sua colpa grave.

Tale acquisto costituisce un acquisto a titolo originario.

Il diritto viene acquistato libero da diritti altrui, se vi è la buona fede e questi non dipendono dal titolo. In più se taluno aliena ad altri lo stesso diritto, fra di questi è preferito quello che per primo ne acquista il possesso in buona fede, anche se il suo titolo è di data posteriore.

Per l'universalità di beni mobili il legislatore tutela non chi per primo acquista il bene in buona fede ma chi possa vantare un titolo d'acquisto valido - per i beni mobili registrati viene tutelato invece chi procede a iscrivere per primo il suo titolo.

### **L'acquisto della proprietà in forza del possesso: b) l'usucapione.**

Il possesso protratto per un determinato periodo di tempo fa acquisire la titolarità del diritto reale corrispondente alla situazione di fatto esercitata.

L'usucapione evita che si incorra in una *probatio diabolica*.

Si distingue dalla prescrizione perché, sebbene entrambi abbiano in comune il passaggio del tempo e l'inerzia del titolare, l'usucapione porta all'acquisto del diritto, mentre la prescrizione alla estinzione. In più la prescrizione si riferisce a tutti i diritti, mentre l'usucapione solo a quello di proprietà e a quelli minori.

I diritti usucapibili sono, infatti, la proprietà, i diritti reali di godimento ad esclusione delle servitù non apparenti (e secondo alcuni il diritto di superficie) e anche dei diritti reali di garanzia.

I presupposti sono:

- a) Il possesso (sia di buona che di mala fede), mentre è irrilevante la detenzione. Se il possesso avviene tramite violenza o clandestinità, l'usucapione corre da quando questi sono terminati.
- b) La continuità del possesso per un certo lasso di tempo. La legge presume il possesso intermedio, basta cioè dimostrare il possesso più lontano e quello odierno.
- c) La non interruzione del possesso per cause:
  - 1) *Naturali* → si ha quando il soggetto perde il possesso del bene. Quando però questo gli sia stato sottratto, non si considera interrotta se entro un anno sia stata proposta azione per il recupero;
  - 2) *Civile* → si ha quando venga proposta una domanda giudiziale volta a privarlo di esso, oppure quando il possessore abbia effettuato un riconoscimento del diritto del titolare. Tali cause coincidono con quelle di interruzione della prescrizione.
- d) Il trascorso di un determinato lasso di tempo. È da ricordare che il titolare può sommare al proprio anche quello del proprio dante causa (accessione del possesso) oppure quello che erede, a titolo universale, si trova già in quello del suo autore (successione del possesso).

La legge prevede un usucapione abbreviato :

- a) Per i beni immobili di 10 anni e per i beni mobili registrati di 3 anni, quando concorrano i seguenti presupposti:
  - 1) Che il possessore possa vantare un titolo idoneo a proprio favore, non inficiato da altri vizi se non da quello di essere stato stipulato da chi non era legittimato a disporre del bene;
  - 2) La buona fede dell'acquisto;
  - 3) Che sia stata effettuata la trascrizione del titolo.

- b) Di 10 anni per la universalità di mobili se il possessore possa vantare un titolo valido e l'acquisto sia avvenuto in buona fede.
- c) Di 10 anni per i beni mobili non registrati se l'acquisto è avvenuto in buona fede.
- d) Di 15 anni per i fondi rustici. Termine che si riduce a 5 se sussiste un titolo idoneo, la buona fede e la trascrizione, tale termine corre dal termine di questa.

L'usucapione avviene ex lege, quindi se l'usucapente avesse interesse a promuovere un giudizio per far accertare l'intervento di questo, tal sentenza avrebbe valore dichiarativo e non costitutivo.

#### **La tutela delle situazioni possessorie.**

Contro la altrui condotta mirata a privarmi del possesso o a recarmi turbativa posso oppormi in via di *autodifesa* finché tale condotta è in atto.

Se tale azione si è risolta il possessore può solo rivolgersi all'autorità dello stato tramite delle azioni che per questo si dicono: possessorie.

Queste si contrappongono a quelle petitorie perché queste sono concesse a chi affermi di essere titolare di un diritto di proprietà o ne affermi di averne il godimento a prescindere che questo ne abbia il possesso o meno.

Quelle possessorie si avvantaggiano di un procedimento giudiziale più agile di quello applicabile a quelle petitorie. Chi è titolare di un diritto e ne ha pure il possesso può esperire una possessoria o una petitoria. Le azioni possessorie danno una tutela solo provvisoria poiché chi perisce può comunque esperire quelle petitorie. Il convenuto di una azione possessoria non potrà esperire quella petitoria se il giudizio della prima non sia terminato (c.d. *divieto del cumulo del giudizio petitorio con quello possessorio*). Tale regola può essere derogabile quando possa derivare un giudizio irreparabile. La lesione di situazioni possessorie obbliga il suo autore a risarcire il danno che sia derivato al possessore o al detentore.

#### **L'azione di reintegrazione(o spoglio).**

L'azione di reintegrazione è volta a reintegrare nel possesso chi ne sia rimasto vittima di uno *spoglio violento o clandestino*.

Per spoglio si intende qualsiasi azione che si risolva nella duratura privazione dal possesso. Tale privazione può essere totale o anche solo parziale. Se è posto contro la volontà presunta o espressa del possessore o detentore si definisce clandestino. Si pensa che tale azione sia esperibile solo quando sia accompagnata da un animus spoliandi.

*La legittimazione attiva* spetta a qualsiasi possessore. Spetta anche a qualsiasi detentore con esclusione di quello non qualificato (chi sia tale per ragioni di servizio od ospitalità), in quanto in tale caso, è logico che tale azioni venga esperita dal reale possessore. Se la detenzione è autonoma, l'azione di spoglio può essere esperita anche nei confronti del possessore.

*la legittimazione passiva* compete oltre che allo spoliator, anche a coloro che devono rispondere del fatto di quest'ultimo, ovvero chi si trovi nel possesso del bene conoscendo la derivazione di quel bene.

Tale azione può essere anche esperita nei confronti dello spoliator anche questo sia il vero titolare del diritto e oppone l'argomentazione *feci sed iure feci*. La proposizione di tale azione è soggetta al termine di decadenza di un anno che decorre dal sofferto spoglio.

### **L'azione di manutenzione.**

Essa è volta ad:

- a) Reintegrare nel possesso del bene chi sia stato vittima di uno spoglio non violento o clandestino.
- b) Far cessare le molestie o le turbative di cui sia vittima il possessore.

Per molestia si intende qualsiasi azione, materiale o giuridica, tale da arrecare apprezzabile disturbo.

La giurisprudenza ritiene che l'azione può essere esperita solo se sussiste l'animus turbandi, cioè la *colpevolezza* dell'autore.

*La legittimazione attiva* (non spetta ne al detentore ne a tutti i possessori) ma solo

al possessore di un immobile, universalità di mobili, di un diritto reale su un immobile, e solo a condizione che sia possessore da almeno un anno in modo continuato e non interrotto.

*La legittimazione passiva* compete all'autore oltre che a chi debba rispondere delle azioni di quest'ultimo.

Anche questa azione prevede il termine di decorrenza di un anno.

### **Le azioni di nuova opera e di danno temuto.**

Tali azioni possono essere pronunciate sia a tutela del possesso sia della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Hanno finalità di cautelare poiché mirano a prevenire un danno che possa essere causato da una nuova opera o cosa altrui in attesa che successivamente se ne accerti il diritto alla proibizione.

La prima può essere esperita da chi teme che una nuova opera iniziata da meno di un anno e non terminata possa arrecare a questo un pregiudizio. Il giudice può vietare o permettere la continuazione dell'opera stabilendo le opportune cautele.

La seconda è data a chi teme un pericolo, un danno grave e prossimo derivante da qualsiasi edificio,albero o cosa(non persona) senza che ricorra l'ipotesi di nuova opera. Il giudice dispone i provvedimenti necessari e impone la garanzia per gli eventuali danni.

