



Maurizio Santise

Coordinate ermeneutiche di

DIRITTO CIVILE

Quinta edizione

2021



G. Giappichelli Editore

Coordinate ermeneutiche di
DIRITTO CIVILE



Maurizio Santise

Coordinate ermeneutiche di
DIRITTO CIVILE

Quinta edizione

2021



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3768-4

ISBN/EAN 978-88-921-9386-4 (ebook - pdf)

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: Rotolito S.p.A. - Pioltello (MI)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Ai miei genitori

Fai quel che devi, succeda quel che può

PRESENTAZIONE DELLA V EDIZIONE

La V Edizione delle *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile* vede la luce in un momento storico destinato a rimanere nei libri di Storia: la Pandemia, oltre a seminare lutti e paure, ha cambiato le nostre vite, imponendo modelli comportamentali inediti, rovesciando certezze che si immaginavano granitiche e chiamando tutti a responsabilità nuove, personali e collettive.

L'emergenza sanitaria innescata dal dilagare del Covid-19 ha avuto inevitabili ripercussioni anche sul terreno del diritto, stimolando in ogni ambito riflessioni sulla necessità di adattare le tradizionali categorie giuridiche alle dirompenti e drammatiche conseguenze sociali scaturite dalla diffusione del contagio e dalla predisposizione, spesso estemporanea, dei relativi rimedi.

In questo contesto così incerto si muove la V Edizione delle *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile* completamente rivista e aggiornata, con l'inserimento di nuovi capitoli, quali il capitolo 4 della Parte I, dedicato ai *diritti fondamentali della persona*, con un approfondimento sul diritto all'oblio in relazione al diritto di cronaca, il capitolo 5 della parte II Sez. II, sul *riconoscimento dello status di genitore alla "madre intenzionale"*, il capitolo 3 della Parte IV, sulla *divisione dell'eredità* in relazione all'*immobile abusivo*, il capitolo 14 della Parte VII dedicato in generale al *tempo e contratto* e alla *rilevanza delle sopravvenienze fattuali e normative*.

Al di là dell'introduzione di nuovi capitoli, il resto del manuale risulta aggiornato in ogni sua parte.

Si pensi al tormentato tema della maternità surrogata (attinto di recente dalla sentenza della Corte costituzionale n. 127/2020), alla distinzione tra diritti reali e diritti obbligatori, che ha dato alle Sezioni unite l'occasione di confermare il principio di tipicità dei diritti reali e di risolvere questioni giuridiche in tema di negozio atipico di concessione dello *ius ad aedificandum*, di diritti edificatori e di uso esclusivo della cosa comune. Si è poi dato conto della ancora non del tutto risolta questione della natura del condominio, giunta sino alla Corte di Giustizia UE che l'ha esaminata attraverso la lente della nozione del consumatore, della continua e inesorabile evoluzione del principio di buona fede e al connesso tema dell'obbligo di rinegoziazione che proprio dall'emergenza da Covid-19 ha trovato nuova linfa. Si sono poi registrati gli ultimi arresti giurisprudenziali relativi al tormentato tema degli interessi moratori e dell'usura, nonché in tema di danno non patrimoniale, con uno sguardo privilegiato alle sentenze San Martino *bis* che si sono pronunciate anche sulla responsabilità medica.

Fedele alla sua impostazione originaria, il testo ripropone i preziosi richiami storici al diritto romano, per i quali non sarà mai ringraziato a sufficienza il Professore Cosimo Cascione.

Il risultato finale è, come di consueto, un *manuale operativo* in cui il punto di partenza è rappresentato dallo studio dei principi generali del diritto civile che vengono

declinati trasversalmente nelle varie branche del diritto civile, senza mai perdere di vista i recenti orientamenti giurisprudenziali.

Ai colleghi e amici Roberta Cafiero, Mattia Caputo, Marco Cirillo, Maria Compagnone, Chiara Cucinella, Ivana Genduso, Giannicola Paladino, Leonardo Papaleo, Renata Russo, Massimiliano Sacchi e Luca Vitale rivolgo il mio più sentito ringraziamento per la preziosa opera di aggiornamento e revisione dell'opera.

Del resto, uno degli insegnamenti più importanti che ci viene anche dall'esperienza dell'epidemia è che, di fronte alle sfide di oggi, non solo sanitarie, ma anche economiche e culturali, l'unica ancora di salvezza rimane, in ogni contesto, la competenza tecnica, il cui consolidamento costituisce la premessa indispensabile per continuare a orientarsi anche nell'ora buia, in modo da affrontare con lucidità i nuovi problemi senza esserne sopraffatti.

Napoli, gennaio 2021

L'AUTORE

PRESENTAZIONE DELLA IV EDIZIONE

La IV Edizione delle *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile* è stata completamente rivista e aggiornata ai recenti sviluppi giurisprudenziali.

In particolare, sono stati introdotti nuovi capitoli, quali il capitolo 3 della Parte III, dedicato alla *libertà di autodeterminazione, alla disponibilità del bene vita e al biotestamento*, il capitolo 6 della Parte IV, sulle *Liberalità indirette*, il capitolo 4 della Parte V dedicato al *Principio di accessione e ai rapporti con la comproprietà sul suolo comune*, il capitolo 2 della Parte VII sulle *Clausole generali e sul controllo del giudice sul contratto* e il capitolo 14 sempre della Parte VII sulle relazioni esistenti tra *il tempo e il contratto* e in particolare sul fenomeno dell'*usura sopravvenuta*.

Al di là dell'introduzione di nuovi capitoli, il resto del manuale risulta aggiornato in ogni sua parte.

Si pensi, ad esempio, al capitolo 1 della Parte V, in cui si trovano i nuovi paragrafi dedicati alle *servitù di parcheggio* e al *condhotel*, oppure a tutta la Parte VII in cui sono registrati i recenti interventi giurisprudenziali sulla *forma nel contratto di investimento* (S.U., n. 1465/2018), sulla *mediazione atipica*, sulla *nozione di meritevolezza degli interessi* (anche avendo riguardo alle clausole *claims made* apposte nei contratti di assicurazione), sulla *compensatio lucri cum damno* (S.U. nn. 12564, 12565, 12566, 12567/2018) e sulla c.d. *nullità per inadempimento*.

Il risultato finale è un *manuale operativo* in cui il punto di partenza è rappresentato dallo studio dei principi generali del diritto civile che vengono declinati trasversalmente nelle varie branche del diritto civile, senza mai perdere di vista i recenti orientamenti giurisprudenziali.

Per questa edizione deve essere ringraziata la collega Alessandra Tedesco che ha collaborato al capitolo 2 della Parte VII sulle clausole generali, nonché il dott. Carlo Mandile che ha collaborato al capitolo 6 della Parte IV.

Napoli, settembre 2018

L'AUTORE

PRESENTAZIONE DELLA III EDIZIONE

Le *Coordinate ermeneutiche di Diritto Civile*, giunte alla terza edizione, si arricchiscono di ulteriori capitoli: in particolare, è stata introdotta, all'interno della Parte II, la Sezione II dedicata alle "altre relazioni familiari", in cui si è dato conto delle unioni civili e delle convivenze di fatto alla luce della legge n. 78/2016. All'interno della Parte VII, dedicata all'"autonomia negoziale e contratti", sono stati inseriti tre nuovi capitoli: il capitolo IV sulla forma "funzionale" del contratto, il capitolo V sugli "elementi accidentali, condizione potestativa e finzione di averamento" e il capitolo X dedicato alla nuova fattispecie di leasing abitativo introdotta dalla legge di stabilità del 2016. On line è stato introdotto il capitolo "La crisi del divieto del patto commissorio e il nuovo patto marciano del d.l. n. 59/2016 (convertito con modifiche in l. 119/2016)". Il risultato finale è un vero e proprio manuale diviso in IX parti e composto da 48 capitoli a fronte degli iniziali 25 della I edizione. La crescita esponenziale del manuale, non solo quantitativa, ma soprattutto qualitativa, è il frutto di uno studio continuo della materia che registra i continui cambiamenti legislativi e giurisprudenziali, ma che non muta il tradizionale obiettivo delle *Coordinate*: fornire, in modo chiaro e innovativo, una chiave di lettura della recente evoluzione normativa e giurisprudenziale, analizzando, in maniera sistematica, i principali istituti del diritto civile, sia mediante il richiamo alle tesi dottrinarie più accreditate, sia e soprattutto attraverso l'esame critico dei più recenti interventi della giurisprudenza di merito e di legittimità. In quest'ottica il testo approfondisce i più recenti interventi legislativi in tema di pattuizione commissoria, pegno non possessorio, unioni civili, convivenza di fatto, anatocismo e *leasing* immobiliare abitativo, senza tralasciare i più importanti interventi giurisprudenziali (si pensi alla donazione di beni altrui, all'esatta delimitazione delle liberalità indirette, alla *step child adoption*, alla compensazione del credito contestato, alla forma "funzionale" del contratto, al preliminare "abusivo", alla validità delle clausole *claims made* e ai danni punitivi).

Nel testo non mancano i riferimenti al diritto romano curati, con il consueto rigore scientifico, dal Professor Cosimo Cascione, Ordinario di Storia del diritto romano presso l'Università "Federico II" di Napoli.

Un sentito ringraziamento va all'Editore che ha creduto e crede in questa esaltante avventura.

L'ultimo pensiero è diretto, come al solito, agli studenti che dovranno sostenere le prove scritte nei concorsi nelle magistrature e nelle avvocature, affinché le *Coordinate* possano fornire loro un concreto aiuto per costruire i temi che possono cambiare la vita, come è, peraltro, accaduto con riguardo alla prova di diritto civile del concorso in magistratura del 2016 (sulla tutela dell'utilizzatore nel leasing), o con riguardo a quella del concorso per procuratore di stato del 2017 (sulla compensazione del credito contestato), cui erano dedicati appositi capitoli nella II edizione delle *Coordinate* (in relazione a questa edizione si possono confrontare i capitoli 3 della Parte VI e 8 della parte VII).

PRESENTAZIONE DELLA II EDIZIONE

Giungono alla seconda edizione le *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile*, in seguito al successo inatteso della prima edizione (2014) e del volume di aggiornamento del 2015.

Nonostante il breve lasso di tempo trascorso, il volume è profondamente mutato nella struttura, subendo sostanzialmente una metamorfosi, dovuta alla continua riflessione operata sugli istituti cruciali del diritto civile, favorita anche dai recenti interventi giurisprudenziali. Confrontando gli indici delle due edizioni, è possibile notare che si è passati dagli iniziali 25 capitoli agli attuali 41. Si tratta di una crescita non soltanto quantitativa, ma soprattutto qualitativa.

Il volume conduce il lettore attraverso un diritto civile in profonda crisi, che viaggia verso il tendenziale superamento della tradizionali categorie delineate dagli interpreti nel secolo scorso (si pensi, a titolo esemplificativo, alla nozione di soggettività giuridica, alla rilevanza giuridica della convivenza di fatto e al connesso problema dei matrimoni monoaffettivi, all'autonomia negoziale nella fase di scioglimento del matrimonio, alla frantumazione dell'unitarietà del contratto e alla crisi di identità della responsabilità civile). Grazie anche all'opera incessante della giurisprudenza, si impone un costante e meditato aggiornamento, che, tuttavia, non trascuri mai l'impostazione dogmatica della disciplina sostanziale.

Il volume approfondisce, peraltro, i più recenti interventi legislativi (si pensi alla negoziazione assistita nel diritto di famiglia, al *rent to buy*, alle sanzioni civili indirette) e giurisprudenziali in tema di rapporti multipolari e tutela dell'utilizzatore nel contratto di *leasing*, di nullità, di divieto di maternità surrogata, di donazione di beni altrui, di capacità di donare delle persone giuridiche, di promesse unilaterali atipiche, di compensazione del credito *sub iudice*, di danno da morte e di funzione anche sanzionatoria del risarcimento del danno).

Le *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile*, nel registrare tali orientamenti, forniscono un valido supporto a chi si accinge ad uno studio approfondito e trasversale del diritto civile, quanto mai prezioso per gli addetti ai lavori e per gli studenti che si accingono ai concorsi nelle magistrature e nell'avvocatura.

Di tutto questo devono essere consapevoli gli operatori del diritto e coloro che si apprestano a svolgere le prossime imminenti prove concorsuali.

A quest'ultimi, in particolare, rivolgo un tenero auspicio, affinché le "temute prove" possano per loro essere il momento per dimostrare di aver colto la logica intima del diritto civile, nella consapevolezza che nessuna traccia è di per sé agevole, in quanto il compito si "costruisce" in otto appassionate ore, senza schemi precostituiti o eccessivi sforzi mnemonici.

Anche questa volta l'opera è stata impreziosita dai riferimenti al diritto romano curati, con il consueto rigore scientifico, dal Professor Cosimo Cascione, Ordinario di Storia del diritto romano presso l'Università "Federico II" di Napoli.

È doveroso poi ringraziare l'Editore, che ha creduto e crede in questa esaltante avventura, che ha richiesto una vera e propria *task force* di persone sempre pronte a rispondere con garbo e professionalità alle domande e alle esigenze del sottoscritto.

Ulteriori ringraziamenti devono andare ai miei allievi, che mi hanno affettuosamente aiutato a rivedere le bozze in tempi record (in particolare Luisa D'Elia e Ciro Lotoro) e alla sistemazione di alcune parti del volume (in particolare, Mattia Caputo, in relazione ai §§ 12 e 13 del cap. 9 della Parte VII, Giuliana Moccia, in relazione al cap. 2 della Parte IX, Giuseppe Palumbo in relazione ai §§ 6, 6.1 e 6.2 del cap. 1 e del § 4.1 del cap. 2 della Parte II, Alessia Stadio in relazione ai §§ 7 e 8 del cap. 2 della Parte I.

Napoli, febbraio 2016

L'AUTORE

PRESENTAZIONE DELLA I EDIZIONE

Seguire e percepire le “coordinate ermeneutiche” che la giurisprudenza traccia quotidianamente è certamente tra i compiti più ardui del giurista, dell’interprete, dello studente. Il tumulto giurisprudenziale che anima dibattiti e contrasti spesso sfugge allo studioso, non sempre calibrato sulla rapidità e freneticità delle pronunce. Eppure, per tutti gli operatori conoscere il diritto vivente è fondamentale quanto conoscere il dato legislativo. La Corte di Cassazione, a sezioni unite (Cass. pen., SS.UU., 21 gennaio 2010, n. 18288), in tempi non sospetti, ha esaltato l’attività di “mediazione accertativa” della giurisprudenza, evidenziando che la norma va intesa non in astratto, ma quale è operante “nella quotidiana applicazione dei giudici” (nello stesso senso, Corte Cost. sent. n. 3/1956) e “come vive nella realtà concreta” (Corte Cost., sent. n. 198/1972).

La legge, si può quindi dire, vive attraverso la voce dei giudici e il nostro ordinamento vive una “relazione concorrenziale tra potere legislativo e potere giurisdizionale”.

Su queste basi è stato pensato *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile*.

Il testo è stato scritto con uno sguardo rivolto ai miei allievi e a tutti coloro che stanno preparando i concorsi nelle magistrature, i concorsi in genere o l’esame di abilitazione alla professione forense; nell’auspicio che possa essere di supporto per il candidato che dovrà confrontarsi, prima o poi, con le temute prove.

Si rivolge, quindi, sia al fresco laureato, che, uscendo dalle prestigiose aule universitarie, immagina il concorso come un sogno, come la realizzazione di un esaltante e irripetibile percorso professionale; si rivolge a colui che è disilluso dalla pregresse esperienze concorsuali, abbandonato alla (falsa) convinzione che la stessa non faccia per lui; al professionista insoddisfatto che immagina “d’un sol colpo” di cambiar vita; alle mamme e ai papà che coniugano lo studio con la difficile arte dell’educazione dei figli e scovano nella notte angoli bui per studiare.

Nella mia esperienza didattica ho conosciuto ciascuno di questi e da tutti ho tratto insegnamenti e spunti per scrivere questo testo, cui hanno partecipato Magistrati e Professori universitari, che mai smetterò di ringraziare. Su tutti una particolare nota va al Prof. Cosimo Cascione, che in questa esperienza ha profuso l’entusiasmo dello studente e la professionalità che unanimemente gli è riconosciuta.

Coordinate Ermeneutiche di Diritto Civile si rivolge, quindi, a coloro che da un po’ immaginano le prove tanto ambite e sono spesso tormentati dai dubbi, dall’inquietudine di non sapere, dalla sentenza dell’ultimo momento che può (?) rivoluzionare una vita.

Si rivolge allo spavaldo, che non vede l’ora di sedersi sulla “bollente sedia” e vuole spaccare il mondo con una penna, ma anche al pavido, al timoroso, allo scoraggiato, che vive la tre giorni concorsuale come le tre tappe di un percorso nefasto.

In realtà, ho imparato che ognuno di questi sentimenti vive spesso all’interno dello stesso candidato, eroso dai dubbi, ma spinto, talvolta, da momenti di incontrollabile

esaltazione, stretto tra la convinzione di essere pronto e la consapevolezza di non poterla mai fare.

È, del resto, lo stesso disagio che mi accompagna in questa “calda” notte di gennaio, in cui sto scrivendo gli ultimi rigi di questa prima entusiasmante avventura.

La sensazione di aver fatto tutto il possibile, ma non ancora abbastanza, con la consapevolezza che si può fare sempre meglio. È la stessa sensazione che, sono certo, governa il candidato al concorso all’atto della consegna del compito. A lui, quindi, sento di lasciare un pensiero di un grande atleta che rappresenta la metafora del “disperato” studio concorsuale, nella convinzione che il raggiungimento di grandi risultati richiede enormi sacrifici.

«Papà dice che se colpisco 2500 palle al giorno, ne colpirò 17500 alla settimana e quasi un milione in un anno. Crede nella matematica. I numeri, dice, non mentono. Un bambino che colpisce un milione di palle all’anno sarà imbattibile» (Open, A. Agassi).

Napoli, gennaio 2014

IL CURATORE

PRESENTAZIONE DELL’AGGIORNAMENTO 2015

L’attività frenetica della giurisprudenza, che non conosce stasi, ha reso necessario pubblicare, a distanza di circa un anno dall’uscita delle *Coordinate ermeneutiche di Diritto Civile*, un aggiornamento capace di fare un punto della situazione sulle pronunce di maggiore interesse pubblicate nel 2014 e nei primi mesi del 2015.

In particolare, l’irruzione di Corte Cost. 2 aprile 2014, n. 77 ha acuito le incertezze sulla distinzione tra equità e buona fede e avvalorato la pratica di scolorimento della buona fede nelle regole di equità. Nello stesso senso sembra collocarsi anche Cass., SS.UU., 2 dicembre 2014, n. 26242, che, tra le altre cose, ha dettato (forse) definitivamente le regole in tema di rilievo officioso della nullità. Su altro versante si collocano molteplici questioni ermeneutiche (in tema di preliminare di preliminare, donazione di beni altrui, di comodato di lunga durata senza termine, di proponibilità delle azioni contrattuali in tema di leasing, di criterio di imputazione della responsabilità in caso di danno da lastrico solare, di danno da morte, di maternità surrogata, di responsabilità medica, di soggettività del condominio) che hanno costituito così lo spunto per una rilettura dei temi trattati, operata anche stavolta cercando di non perdere di vista il coordinamento della singola novità giurisprudenziali con gli istituti tradizionali.

Come sempre, l’evoluzione giurisprudenziale non rappresenta un punto di arrivo, ma un punto di partenza da cui l’analisi muove per la ricostruzioni dei singoli istituti con il consueto taglio trasversale.

L'auspicio è di riuscire, anche quest'anno, come per quello trascorso, a fornire un valido supporto a coloro che dovranno sostenere le prove concorsuali (in particolare quelle nelle magistrature).

Va, infine, un ringraziamento alle dottoresse Chiara Cucinella (Capitoli 11, 12, 13), Paola Giacalone (Capitolo 7) e Sara Menna, per la loro preziosissima collaborazione.

Napoli, febbraio 2015

L'AUTORE

In relazione alla quinta edizione hanno collaborato i seguenti autori:

Mattia Caputo, <i>Magistrato ordinario</i> :	Parte VII, cap. 4, par. 5 e 9; cap. 12, par. 15
Maria Compagnone, <i>Magistrato ordinario in tirocinio</i> :	Parte VII, cap. 6; Parte IX, cap. I e 5
Chiara Cucinella, <i>Magistrato ordinario</i> :	Parte II e Parte III
Ivana Genduso, <i>Magistrato ordinario in tirocinio</i> :	Parte IV, cap. 3
Giannicola Paladino, <i>Magistrato ordinario in tirocinio</i> :	Parte I, cap. 4; Parte V, cap. 1
Leonardo Papaleo, <i>Magistrato ordinario in tirocinio</i> :	Parte VII, cap. 11
Renata Russo, <i>Magistrato ordinario</i> :	Parte V, cap. 1, par. 5 e 7; Parte V, cap. 4; Parte VII, cap. 8, 12 par. 14, cap. 14; Parte VIII, cap. 2, par. 2
Massimo Sacchi, <i>Magistrato ordinario</i> :	Parte VI, cap. 5
Massimo Teresi, <i>Avvocato, Dottore di ricerca in Diritto processuale civile</i> :	Parte IV, cap. 2; Parte IX, cap. 6

Si ringraziano i seguenti autori che hanno collaborato esclusivamente alle precedenti edizioni:

Ambra Alvano, Fortuna Basile, Francesco Brando, Rosa Capozzi, Gabriella Frallicciardi, Giuseppe Iervolino, Fulvio Mastro, Andreina Mazzariello, Filomena Naldi, Andrea Penta, Fabio Perrella, Valentina Olisterno, Luca Rossetti, Francesca Sequino, Alessia Stadio e Valeria Veschini.

Si ringrazia il **prof. Cosimo Cascione**, che ha collaborato alle premesse di diritto romano inserite nei riquadri che precedono i capitoli in relazione alla prima e alla seconda edizione.

Parte I

L'ATTIVITÀ GIURIDICA E I SOGGETTI DI DIRITTO

FATTO, ATTO E NEGOZIO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Fatto, atto e negozio. – 2. Il negozio di accertamento. – 3. Il negozio di accertamento dei diritti reali. – 4. Le tabelle millesimali. – 4.1. *Segue*. L’impatto della riforma del 2012. – 5. La discussa natura dell’atto di riconoscimento del figlio naturale. – 6. La mediazione. – 6.1. *Segue*. La soluzione della Corte di Cassazione nel 2009 e le Sezioni Unite n. 19161/2017.

Diritto romano. – Il negozio giuridico. – *Negotium* nelle fonti antiche indica sia il negozio in genere, sia quello che noi chiamiamo negozio giuridico, ma il diritto romano non procedé, in nessuna sua fase, a una elaborazione complessiva di quest’ultimo concetto, che i moderni hanno considerato la principale categoria degli atti giuridici. La terminologia latina non è mai usata, dai giuristi e dagli imperatori, per indicare negozi a titolo gratuito. La categoria moderna, come la dottrina su cui si basa, che si definisce teoria generale del negozio (elaborazione di una figura astratta unitaria a cui fossero riconducibili, per inquadrarne dogmaticamente struttura ed effetti, tutti gli atti giuridici volontari), è frutto della tradizione romanistica, fondata sulla sistemazione e reinterpretazione delle fonti romane, e soprattutto della dottrina pandettistica tedesca dell’Ottocento. Oggi, anche nelle trattazioni del diritto privato vigente c’è chi evita il riferimento a tale costruzione dogmatica, soffermandosi, ad esempio, solo sul dato codicistico, che disciplina il contratto, ma non il negozio in generale (cosa che avviene, invece, in altri ordinamenti a matrice romanistica, come quello tedesco). La schematizzazione del negozio può, però, servire a una classificazione dei concetti utile a individuare elementi suscettibili di applicazione generale in ordine a serie indeterminate di atti giuridici leciti: si pensi alla condizione (*condicio*), al termine (*dies*) o ai vizi della volontà come dolo, violenza ed errore. Il negozio giuridico, a seguito della suddetta elaborazione scientifica, può essere definito come atto giuridico lecito rivolto a un fine economico-sociale (cd. causa), i cui effetti sono determinabili dalle parti, in conformità con la volontà da essi espressa. L’ordinamento, che riconosce la causa, predispose la tutela del negozio. I requisiti fondamentali di validità, tendenzialmente propri di ogni negozio, già nel diritto romano, possono essere enumerati come segue: a) possibilità dell’oggetto, che doveva essere *in rerum natura*, cioè esistente in natura (non era, per esempio, valida una compravendita avente ad oggetto una cosa già distrutta); b) liceità: lo scopo perseguito dalle parti doveva essere lecito ossia consentito dall’ordinamento giuridico (non era valida, per esempio, una *stipulatio* da cui derivassero limiti alla libertà testamentaria); c) legittimazione: ciascun soggetto poteva compiere soltanto negozi riguardanti la propria sfera giuridica (o quella di un soggetto diverso, ma rispetto alla quale fosse legittimato); d) alternatività degli effetti: i negozi giuridici potevano produrre soltanto effetti reali ovvero obbligatori. Le manifestazioni di volontà private, nel diritto romano, potevano avere efficacia nell’ambito del *ius civile*, perché tutelate in quell’ordinamento, ovvero nel *ius honorarium*, perché protette dal pretore nell’esercizio della sua funzione giurisdizionale. Un negozio del *ius honorarium* poteva incidere su un rapporto civilistico proprio grazie alle tutele elaborate dal magistrato giurisdicente (per esempio il *pactum de non petendo*, attraverso un’eccezione processuale, poteva esplicitare i suoi effetti su una relazione debitoria). La negoziabilità di *ius gentium*, a differenza di quella del più antico *ius civile* era aperta anche agli stranieri.

1. Fatto, atto e negozio

Nella tradizione civilistica italiana, il fatto giuridico figura sempre insieme ad altri due concetti: l’atto ed il negozio giuridico.

Il fatto è una *categoria ordinante dei giuristi teorici*, una sorta di *macrocategoria non immediatamente percepibile* che ricomprende in sé diversi fenomeni, quali l'atto e il negozio giuridico¹.

La priorità logico-giuridica del fatto spiega il senso del brocardo latino *ex facto oritur ius*. In realtà, come è stato in passato sottolineato, il diritto sorge con la qualificazione giuridica del fatto, ma questa richiede l'esistenza del fatto. *Dunque senza un fatto il diritto non nasce*².

Ex facto oritur ius

Fatto atto e negozio giuridico rappresentano la risposta che l'ordine giuridico dà ai vari tipi di situazioni della vita umana giuridicamente rilevanti.

Il fatto può essere definito come quell'accadimento umano o naturale idoneo a modificare la realtà esteriore. Esso può essere o meno giuridicamente rilevante: nel primo caso, sarà un fatto giuridico, diversamente si avrà un mero fatto materiale.

Fatto giuridico è il fatto cui *il diritto attribuisce rilevanza giuridica nel senso di mutare le situazioni ad esso preesistenti e di configurare situazioni nuove, cui corrispondono nuove qualificazioni giuridiche*³.

L'effetto è il risvolto dinamico del fatto⁴; fatto ed effetto sono legati da uno stretto nesso di causalità giuridica, onde le situazioni giuridiche che si producono sono denominate "effetti giuridici".

I fatti talvolta sono presi in considerazione in modo autonomo e altre volte emerge tra le stesse un collegamento: si avrà, pertanto, una **fattispecie**⁵. Quest'ultima si identifica, secondo la dottrina, *nell'insieme degli avvenimenti previsti da una singola norma come necessariamente ricorrenti al fine della produzione di un dato effetto giuridico*⁶.

Un fatto giuridicamente rilevante, ma che rappresenta allo stesso tempo un principio generale dell'ordinamento, è rappresentato dall'apparenza, in cui, al ricorrere di determinati presupposti, si riconosce prevalenza a situazione giuridiche sorte su una situazione di apparenza, piuttosto che dar rilievo al fatto come si è naturalisticamente realizzato.

Una delle principali distinzioni dell'ordinamento concerne quella tra fatto e atto: il *discrimen* passa attraverso la *rilevanza o meno per l'ordinamento della volontà – in senso lato – dell'uomo*⁷.

Atto giuridico

In particolare, la dottrina afferma che se la volontà umana permea l'accadimento, il fatto si dovrà qualificare come **atto giuridico**. Esso

¹ Il corsivo è tratto da G. AMADIO-F. MACARIO, *Diritto Civile, Norme, questioni, concetti*, I, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 251.

² C. SFORZA, *Ex facto oritur ius*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento, 1904-1929*, I, 1930, p. 95.

³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, Napoli, 2002, p. 9.

⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 81.

⁵ «Quando la fattispecie non si realizza tutta d'un tratto, ma per gradi, attraverso una progressione di fasi intermedie, alla fattispecie incompiuta corrisponde un a situazione giuridica preliminare, che talora darà luogo al fenomeno della pendenza e a una connessa aspettativa»: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, Napoli, 2002, p. 11.

⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 81.

⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 83.

dovrà, invece, qualificarsi come fatto, allorché il diritto tiene in conto il fenomeno naturale come tale, prescindendo da una eventuale concorrente volontà⁸, la quale pertanto non rileva. Dunque esclusivamente nell'atto giuridico rilevano coscienza e volontà che determinano il comportamento.

L'atto consapevole potrà essere lecito o illecito.

Per quanto concerne gli atti illeciti, dal codice emerge come l'autore, per essere chiamato a rispondere dello stesso, debba essere stato capace di intendere e volere al momento del suo compimento (art. 2046 c.c.).

Circa gli atti giuridici leciti, anch'essi debbono essere caratterizzati da una attività consapevole e volontaria (argomentando *ex art.* 428 c.c.) ed al loro interno si rinviene la fondamentale distinzione tra atti negoziali e atti giuridici in senso stretto.

In entrambi si rinviene la rilevanza della volontà umana; tuttavia, la distinzione è netta poiché nell'**atto giuridico in senso stretto** consapevolezza e volontarietà rilevano in ordine al mero comportamento; gli effetti dello stesso sono invece fissati direttamente dall'ordinamento.

La volontà, dunque, non "orienta gli effetti", ma viene in considerazione esclusivamente quale presupposto necessario dell'atto⁹. Essa rileva dunque al momento della scelta dell'atto, mentre l'effetto non può essere modellato o condizionato e si produce anche se l'intento della parte era diverso.

Questo spiega perché gli atti giuridici siano tutti tipici, cioè tutti previsti dalla legge, proprio in quanto è la legge a stabilirne gli effetti. Esempi sono rappresentati dalla costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia, dall'atto di adempimento, dalla confessione.

Nell'**atto negoziale**, invece, consapevolezza e volontà sono estesi agli effetti e non riguardano esclusivamente il compimento dell'atto.

Il negozio giuridico è, senza dubbio, l'atto con cui l'autonomia negoziale si estrinseca nella sua massima estensione: la volontà "penetra all'interno della disciplina dell'atto, la modella, la condiziona"¹⁰: l'autore dell'atto crea, letteralmente, la regolamentazione del rapporto. Del resto, la stessa etimologia della parola "autonomia" (dal greco *autòs* e *nòmos*) indica l'atto del dar legge a se stessi.

Il negozio giuridico è allora atto dispositivo, autoregolamentazione di privati interessi. Tuttavia tale estrinsecazione non è certo priva di controlli: gli interessi perseguiti devono essere sottoposti al vaglio di meritevolezza e liceità (art. 1322 c.c.) ad opera dell'interprete.

Se l'atto giuridico in senso stretto è necessariamente tipico, diversamente il negozio giuridico ben può essere atipico (art. 1322 II co. c.c.).

A ben vedere, nel codice civile del 1942 non si rinviene mai la parola "negozio" e il legislatore non disciplina in modo organico e specifico la figura (diversamente di quanto ha fatto il legislatore tedesco del 1900 con il BGB); il legislatore fa uso del termine

Negozio giuridico

⁸E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, Napoli, 2002, p. 14; ciò è particolarmente evidente in taluni modi di acquisto originario della proprietà, come nelle **alluvioni**, **commistioni**, **unioni**, nonché nella **destinazione del padre di famiglia** (art. 1062 c.c.).

⁹F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 83.

¹⁰F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2010, p. 86.

“contratto” o “atto” se la struttura è unilaterale. Tale scelta è il risultato di una lunga evoluzione storica ed è presumibilmente dovuta all'intento di porre l'accento sullo strumento patrimoniale di scambio (il contratto), più che sulla volontà del singolo.

La categoria è dunque frutto dell'opera della dottrina ed è viva nel sistema ed è definibile come quella manifestazione di volontà rivolta a costituire, modificare o estinguere situazioni meritevoli di tutela per il diritto.

In realtà, non può dirsi esistente il negozio giuridico, ma esistono molteplici negozi, talvolta lontani tra loro sotto il profilo della struttura ed il contenuto, accostati al fine di trarre principi di valore generale¹¹. Sono stati così avvicinati istituti eterogenei, ma tutti accomunati dal racchiudere una manifestazione di volontà diretta a produrre effetti.

In realtà la riflessione sul negozio giuridico non può essere disgiunta da quella dell'autonomia privata, anche denominata, autonomia negoziale, cui si rinvia nella parte a ciò dedicata per l'approfondimento della questione.

2. Il negozio di accertamento

Si è detto in premessa che il negozio giuridico è l'atto con cui le parti dispongono di una situazione giuridica soggettiva.

La possibilità, pertanto, per le parti di accertare una data situazione già esistente al fine di fissarne l'ambito, senza tuttavia disporne, è da tempo al centro di un acceso dibattito dottrinale. La tematica ha ad oggetto una delle figure maggiormente controverse del diritto civile: il negozio di accertamento.

Il negozio di accertamento non è disciplinato dal codice, ma è di elaborazione dottrinale, e si afferma enfaticamente come, intorno a tale figura, tutto sia incerto, in primo luogo la sua stessa ammissibilità.

Si tratta dunque di un negozio innominato, il cui giudizio di meritevolezza ed utilità va indagato in concreto, valorizzandone lo scopo pratico perseguito dalle parti.

Partendo dal contenuto dell'accordo accertativo, esso consisterebbe *«nella possibilità per le parti di dettare l'interpretazione autentica di un anteriore rapporto giuridico il cui contenuto e i cui limiti si presentino dubbî, ovvero chiarire una preesistente e ambigua situazione in qualche maniera riguardante i rapporti giuridici esistenti tra le stesse parti, e ciò al fine di raggiungere una certezza sulla portata del negozio anteriore ovvero sulla situazione oggettiva preesistente¹²»*.

Attraverso tale strumento le parti mirano a rimuovere uno stato di incertezza, senza realizzare alcun effetto costitutivo, modificativo, estintivo. La dottrina ha metaforicamente parificato tale figura *ad un rivelatore che dalla oscurità faccia apparire l'immagine, prima invisibile ma già impressa¹³*.

Orbene, la dottrina tradizionale¹⁴ sostiene pervicacemente che il negozio di accertamento non sia ammissibile.

¹¹ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle notevoli differenze che intercorrono tra il matrimonio, il testamento, il contratto, tutte figure rientranti nel fenomeno negoziale.

¹² Cass. 20 giugno 1958, n. 2164.

¹³ L. MAZEAUD, citato da A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2015, p. 100.

¹⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. e proc. civ.*, 1956.

Tale tesi trova sostegno in due principali argomenti: in primo luogo, l'atto negoziale è per definizione atto dispositivo; in secondo luogo, la funzione di accertamento ed il "potere di donare certezza" sono poteri riservati alla autorità giurisdizionale (*ius dicere*). Ai privati va riconosciuto, secondo quanto dispone l'art. 1321 c.c., un potere essenzialmente dispositivo, non contemplando la norma suddetta un potere accertativo.

Accanto a tali argomentazioni, la dottrina ne ha, nel corso del tempo, sviluppate altre.

Si è osservato come l'art. 250 c.c.¹⁵, disciplinando l'atto di riconoscimento del figlio naturale, contemplerebbe l'unica figura di riconoscimento ammessa nel sistema: ulteriori ipotesi non sarebbero ammissibili.

Sotto il profilo causale, poi, il negozio accertativo, oltre che inammissibile, sarebbe, invero, inutile: in quanto rivolto al passato e non al futuro, esso risulterebbe privo di una causa meritevole e andrebbe conseguentemente dichiarato nullo.

Di diverso avviso risulta la giurisprudenza prevalente che ritiene pacificamente ammissibile il negozio di accertamento. In risposta alle osservazioni della dottrina, il diritto vivente¹⁶ afferma che tale strumento assolve, a ben vedere, una funzione meritevole di tutela, data la sua idoneità a concorrere alla **risoluzione potenziale di conflitti** tra privati. In quest'ottica, l'ordinamento predispone molteplici strumenti assegnandoli alla autonomia privata per assicurare la pace sociale, per prevenire e risolvere controversie (si pensi, ad esempio, all'arbitrato irrituale, alla promessa di pagamento, al riconoscimento del debito, alla transazione, nonché a particolari documenti come l'atto pubblico e la scrittura privata).

Dare certezza ad una situazione intersoggettiva, risolvere un conflitto di interessi in relazione ad un bene giuridico, sono aspetti essenziali per assicurare la pace sociale e quindi assolvere ad uno degli scopi fondamentali del diritto. D'altra parte, l'eliminazione negoziale della situazione di incertezza esisteva anche nel **diritto romano**: attraverso la *litiscontestatio* le parti definivano l'oggetto del processo da portare d'avanti al giudice privato, fissandolo definitivamente.

In questo contesto si inseriscono appieno la funzione e lo scopo ultimo del negozio accertativo: attraverso di esso si consente ai consociati di dimostrare, accertare, affermare agevolmente i propri diritti nello svolgimento dei rapporti giuridici in **forma di autotutela**, senza cioè l'intervento dell'autorità giudiziaria. In tal modo si eliminano difficoltà e lungaggini che altrimenti potrebbero accompagnare l'onere di dimostrare il proprio buon diritto. Esso risulta, dunque, dotato di una considerevole utilità sociale¹⁷.

Ipotesi previste nel codice sarebbero individuabili nel riconoscimento del diritto in materia di enfiteusi (art. 969 c.c.), in materia di rendita perpetua (art. 1870 c.c.)¹⁸, in relazione all'atto di regolamento dei confini (art. 950 c.c.) e, secondo taluni, all'atto di approvazione delle tabelle millesimali¹⁹ (art. 68 disp. att. c.c.).

¹⁵ Sul cui inquadramento vedi *infra*, § 5.

¹⁶ *Ex multis*: Cass. 20 giugno 1958, n. 2164; Cass. 20 febbraio 1992, n. 2088; Cass. 19 marzo 1999, n. 2526; Cass. 24 agosto 1990, n. 8660.

¹⁷ Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 718-2013/C.

¹⁸ In particolare tali due ipotesi più che dirimere uno stato di incertezza mirano a preservare un precedente rapporto giuridico minacciato dalla prescrizione o a rinviorgirlo.

¹⁹ Su cui *infra*, § 4.