

Le finzioni giuridiche nel diritto civile

07 giugno 2012 ¹⁾

Il concepito

Già nel diritto romano il *conceptus* era trattato come se fosse una persona.

La tradizione è stata portata fino ai giorni nostri. In questo caso la finzione è frutto di un ponderato bilanciamento tra gli interessi del concepito e quelli della madre: infatti, il legislatore – con la legge 194/1978, la c.d. 194 – stabilisce che il concepito può essere trattato come persona – e, quindi, destinatario del diritto alla vita – solo a partire dal 4° mese dal concepimento. La scelta del momento da cui far decorrere la finzione sarebbe potuta cadere su un altro dei vari stadi di evoluzione dell’embrione: “subito dopo la fecondazione dell’uovo nelle tube ovariche, nel corso dell’evoluzione del cosiddetto pre-embrione, come si chiama il germe tra la fusione dei gameti e il termine dell’annidamento nell’utero al 14° giorno, allo stadio di morula di 16 cellule tre giorni dopo l’ovulazione, quando inizia lo sviluppo del sistema nervoso o quando l’embrione assume caratteri primatomorfici”; ²⁾ l’elencazione – a mero titolo esemplificativo – **dimostra dove può giungere il potere del legislatore che maneggia una finzione giuridica**, fino al punto di decidere quando un’entità è – fittiziamente – viva.

Le persone giuridiche

Savigny, alla fine del XIX secolo, per primo si riferì alle persone giuridiche considerandole soggetti creati artificialmente dall’ordinamento giuridico, quindi fittizi.

Storicamente, questa finzione giuridica nacque con Papa Innocenzo IV, che decise di rendere la Chiesa una persona giuridica fittizia, affinché le eredità dei sacerdoti restassero all’interno del circuito ecclesiastico e non fossero rivendicate dagli eredi legittimi.

Per quanto riguarda il diritto italiano, mentre il codice civile del 1942 usa espressamente la locuzione persone giuridiche, la Costituzione del 1948 non utilizza tale espressione, ma impiega altre formule per riferirsi a esse e dotarle di copertura costituzionale (l’Art. 2 Cost. parla di formazioni sociali e l’Art. 18 riconosce il diritto di associarsi liberamente per fini leciti).

Sul rapporto tra finzione giuridica e persone giuridiche esistono due orientamenti.

Un primo filone, che segue le orme del Giurista franco-tedesco fondatore della [Scuola storica del diritto](#) e precursore della [pandettistica](#), sostiene che l’espressione finzione giuridica – *latu sensu* – si riferisce a tutte quelle entità “chiamate in vita dal diritto”, ma avvertite come irreali: tra queste, anche le persone giuridiche. ³⁾ La natura fittizia di tali entità deriva dal fatto che, essendo il diritto «[un insieme di norme giuridiche tese a] disciplinare, in ultima istanza, comportamenti di individui umani, e null’altro», ⁴⁾ esse sono avvertite come artificiali, non naturali e non percepibili ai sensi. ⁵⁾

Secondo altri, le persone giuridiche non sono una finzione giuridica, ma una realtà, ancorché creata dall’ordinamento, con la conseguenza che si determina una distinzione tra le persone giuridiche e le persone fisiche che le costituiscono. ⁶⁾

La morte civile

La morte civile era un istituto giuridico, che comportava la privazione della capacità giuridica come conseguenza di una condanna giudiziale: il *Code Civil* francese del 1804 all’Art. 22 la definiva come

«privazione dei diritti civili in conseguenza di condanne giudiziali». Una condanna alla morte civile.

La finzione giuridica non consisteva nel fatto che il soggetto condannato perdeva i diritti civili, in quanto questa era una mera sanzione giuridica conseguente a un determinato comportamento considerato riprovevole, accertato in giudizio e punito con apposito provvedimento.

La *fiction iuris* era ravvisabile dal momento che l'individuo, colpito da morte civile, pur essendo fisiologicamente vivo, in realtà era considerato defunto e giuridicamente trattato come tale: in seguito alla dichiarazione di morte civile, la sua successione si apriva e la sua eredità era devoluta agli eredi *secundum legem*, come se egli fosse morto naturalmente e senza testamento; in seguito alla dichiarazione di morte naturale, i beni in suo possesso erano devoluti allo Stato.

La portata di questa finzione giuridica era talmente dirompente – e per certi versi crudele – che, ben presto, la morte civile fu abolita in tutti gli ordinamenti giuridici: a tal proposito la Costituzione italiana del 1948 stabilisce che «nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica» (Art. 22 Cost).

La morte presunta

Abolita la morte civile, negli ordinamenti giuridici moderni permane l'istituto della morte presunta.

La morte presunta si differenzia da quella civile sia nei presupposti sia nella ratio: infatti, la prima deriva da una situazione d'incertezza circa l'esistenza in vita di un soggetto e mira a tutelare le posizioni giuridiche di coloro che, altrimenti, verrebbero pregiudicati da uno stato perenne, mentre la seconda – lo si è visto – consegue a una condanna giudiziale.

Vero è che la morte presunta si avvicina a quella civile quanto agli effetti: infatti, entrambe producono la stessa conseguenza giuridica (con lievi sfumature da periodo storico a periodo storico e da paese a paese), ovvero considerano morto quel determinato individuo, anche in assenza di un obiettivo riscontro fattuale.

Quindi, anche con riferimento alla morte presunta, è corretto parlare di una finzione giuridica: dal punto di vista prettamente normativo, l'art. 58 c.c., ammettendone la dichiarazione «quando sono trascorsi dieci anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia dell'assente» e l'Art. 63 c.c., prevedendo che a tale provvedimento seguano effetti analoghi a quelli conseguenti alla morte naturale del soggetto, palesano che l'istituto della morte presunta ha natura di *fiction iuris*:

Finzione giuridica destinata a uscire allo scoperto e cedere il posto alla verità reale, nel caso emerga la prova dell'esistenza della persona di cui è stata dichiarata la morte presunta. La reversibilità, disciplinata dall'Art. 66 c.c., però, non toglie la sostanza di *fiction iuris* all'istituto della morte presunta; anzi, è tipico del diritto richiedere un onere della prova per vincere la finzione in cui il diritto stesso si è immerso, sì da ricondurre la realtà giuridica alla realtà storica; il diritto non è così presuntuoso – almeno in questo caso – da pretendere d'imporre le sue finzioni sulla realtà, anche qualora sia inconfutabile che la verità reale si sia manifestata in modo diverso.

Commorienza

L'Art. 4 c.c. stabilisce che «quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona a un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento».

Il caso tipico è quello di due fratelli, che perdono la vita nel medesimo incidente automobilistico. A

seconda di quale dei due è morto per primo, si avrà un determinato percorso ereditario, piuttosto che un altro. Ma, nell'impossibilità di stabilirlo, la legge italiana assume che tali persone siano decedute nello stesso momento.

Non a caso è stato utilizzato il vocabolo "assume": infatti, secondo alcuni la commorienza è un esempio di presunzione, mentre secondo altri – come chi scrive – è una finzione. A sostegno di questa tesi si consideri quanto segue.

Chi intende fondare un proprio diritto sulla maggiore sopravvivenza di una delle persone decedute deve fornirne la prova. Perciò parlare di presunzione è, in questo caso, improprio: infatti – lo si è visto – la presunzione è l'argomentazione logico-giuridica che permette di risalire da un fatto noto a un fatto ignoto. Orbene, nel caso della commorienza manca del tutto il fatto noto: o meglio, si sa che i soggetti sono entrambi deceduti nello stesso incidente, ma non con quale ordine o se in contemporanea; perciò, il fatto ignoto rimane appunto tale. La commorienza è un esempio di finzione legislativa, non già presunzione: si finge che un determinato fatto sia vero – la morte perfettamente contestuale di due o più soggetti – nonostante non vi siano prove certe e inconfutabili circa la sua effettiva verifica.

In questo caso, il legislatore del 1942 introduce una realtà fittizia, che quasi sicuramente non può coincidere con la realtà storica. Appare ovvio, infatti, che è praticamente impossibile che due soggetti decedano nello stesso istante, dal momento che sia giuridicamente sia biologicamente il momento caratterizzante la morte di una persona è di difficile identificazione e sempre al centro di vivaci dibattiti.

Il matrimonio

Una finzione in materia matrimoniale è ravvisabile in seguito alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale. Il riconoscimento in foro civile della sentenza canonica di nullità del matrimonio fa venir meno gli effetti personali del rapporto matrimoniale con effetto retroattivo: tale retroattività, che comporta la mancata produzione di effetti a far data dal giorno del matrimonio, comporta la finzione che le parti non si siano mai sposate tra di loro. La finzione è ricondotta a realtà, nel senso che il matrimonio si considera contratto, limitatamente a due casi: la clausola di salvezza – ancorata al dato legislativo – secondo cui sono fatti salvi i diritti di eventuali figli, posta a tutela della prole; e l'eccezione – frutto dell'elaborazione giurisprudenziale – che fa salvi gli effetti patrimoniali, e in particolare quelli riguardanti l'assegno di mantenimento, nel caso sia già intervenuta sentenza di divorzio passata in giudicato nel momento in cui interviene la delibazione.⁷⁾

Sempre con riferimento al matrimonio, due esempi paradigmatici di finzione sono ravvisabili nel codice di diritto canonico del 1983. Il can. 1161 prevede la c.d. *sanatio in radice*, in base alla quale si finge che il matrimonio regolarizzato tramite sanazione in radice sia sempre stato valido. Il can. 1137 considera legittimi i figli nati da un matrimonio valido, benché concepiti fuori dal matrimonio. Entrambe queste finzioni hanno una funzione *lato sensu* politica: "recuperare alla 'regolarità' situazioni derivanti da condotte potenzialmente o effettivamente peccaminose".⁸⁾

L'avveramento della condizione

L'Art. 1359 c.c. pone una finzione giuridica: infatti, sancendo che una condizione apposta a un negozio giuridico si considera avverata anche qualora l'evento dedotto in condizione non sia venuto in essere a causa di determinate circostanze o avvenimento, finge che un determinato fatto si sia avverato, quando, invece, nella realtà tale accadimento non ha avuto luogo.

Tale norma – positivizzazione moderna dell'antico brocardo *condicio pro impleta habetur*, altrimenti

habetur, ac si condicio impleta fuisset – prevede un avveramento fittizio in una duplice direzione: infatti, considera avverata una condizione, anche se non materialmente verificatasi nella realtà, sia nel caso dell'impedimento opposto dal soggetto avente contrario interesse all'avveramento della condizione, sia nella circostanza in cui manchi la collaborazione di un terzo nello svolgersi della vicenda negoziale.

La moderna cautio muciana

Anche l'Art. 638 c.c. – erede della *cautio muciana* – pone una finzione giuridica.

Il testo dispone che «se il testatore ha disposto sotto la condizione che l'erede o il legatario non faccia o non dia qualche cosa per un tempo indeterminato, la disposizione si considera fatta sotto condizione risolutiva...».

La finzione consiste nel considerare la disposizione testamentaria non come condizione sospensiva negativa, ma come condizione risolutiva: in pratica la disposizione “ti istituisco erede se non commetterai reati”, è letta come “ti istituisco erede fin quando non commetterai alcun reato”.

La norma mira ad assecondare l'intenzione del testatore di consentire al beneficiario l'effettivo godimento dei beni, cosa che sarebbe vanificata se la condizione rimanesse sospensiva; in questo caso, infatti, per avere la certezza del suo avveramento e quindi la relativa produzione di effetti giuridici non precari, si dovrebbe attendere la morte del beneficiario, con la conseguenza che della disposizione non potrebbe mai usufruire quest'ultimo, ma soltanto i suoi eredi.

Il rischio putativo dell'assicurazione

L'assicurazione è un contratto di scambio, che ha per oggetto il passaggio del rischio, che è trasferito dall'assicurato all'assicuratore, verso il corrispettivo di un premio.

Giacché il rischio è l'oggetto dell'assicurazione, se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto, allora l'assicurazione è nulla per mancanza dell'oggetto e della causa.⁹⁾

Il rischio putativo è un rischio mai esistito, già cessato o che ha dato origine a un sinistro verificatosi prima della conclusione del contratto assicurativo.

La logica testuale vorrebbe che, essendo il contratto di assicurazione nullo in caso di rischio inesistente ed essendo il rischio putativo un caso di inesistenza del rischio, il contratto assicurativo avente per oggetto il rischio putativo dovrebbe essere nullo.

La logica giuridica, invece, ammette una finzione: infatti, equipara – dal punto di vista disciplinare – l'arrivo della notizia e la cessazione del rischio (o la verifica del sinistro), per cui il rischio si considera come se cessato o inesistente (soltanto) dal momento in cui è giunta la notizia della sua inesistenza o cessazione.

Titoli di credito

I titoli di credito sono caratterizzati da una finzione giuridica: infatti si finge l'incorporazione del credito in uno strumento cartaceo, al fine di permettere la circolazione del credito secondo le modalità di trasferimento dei beni mobili, velocizzandone il trasferimento e rendendone più sicuro l'acquisto, generalmente tramite la possibilità di acquisto a non domino e l'inopponibilità delle eccezioni.

Iscrizione anagrafica dei senza fissa dimora

Il mondo del diritto – lo si è detto – è permeato di finzioni giuridiche, tanto che anche in un settore particolare, come quello dell'anagrafe – disciplinato dalla legge 1228/1954 e dal DPR 223/1989 – ne sono rinvenibili alcune.

Così accade per l'iscrizione anagrafica dei senza fissa dimora. Questa categoria comprende tutti coloro che non hanno una dimora stabile ed effettiva per motivi diversi: a causa del ceto sociale di appartenenza (barboni, clochards e persone con alloggio precario) o a causa dello svolgimento di una particolare attività lavorativa (giostrai, ambulanti).

È evidente che, anche per questi soggetti – come per tutti gli altri – è necessario – per quanto sia difficile – determinare una residenza. Ciò per diverse ragioni: per assicurare l'uguaglianza tra i cittadini e garantire a tutti l'iscrizione anagrafica; per assolvere all'interesse pubblico alla registrazione di tutta la popolazione stabilmente presente sul territorio nazionale; per offrire uno strumento fondamentale per il recupero dei diritti alla cittadinanza e per favorire il percorso di reinserimento sociale a cominciare dal legame con il territorio.

A tal fine – come si diceva – il legislatore è ricorso a una finzione giuridica: l'Art. 2, comma 3, della legge anagrafica prevede, infatti, che, ai fini dell'obbligo di iscrizione anagrafica, «la persona che non ha fissa dimora si considera residente nel comune ove ha il domicilio, e in mancanza di questo, nel comune di nascita». Ora, la simulazione può non essere immediatamente rilevabile per i senza tetto che, vivendo per strada, ma – generalmente – sempre all'interno di uno stesso comune, ben potrebbero avere una residenza stabile; la finzione diventa, invece, evidente per gli altri soggetti senza fissa dimora, ambulanti e giostrai, che il diritto considera residenti in un determinato luogo, anche a fronte del fatto che essi sono per antonomasia itineranti.

La finzione, quindi, ancora una volta, si è resa necessaria per modellare una situazione concreta – la vita senza fissa dimora – in modo da renderla applicabile a una previsione astratta – la necessaria residenza in un luogo per l'iscrizione anagrafica – così da evitare conseguenze negative: non bisogna dimenticare, infatti, che non possedere una residenza anagrafica significa non solo non poter accedere a molti servizi socio-assistenziali, ma anche non godere di alcuni diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, quali il diritto di voto e l'accesso al Sistema Sanitario Nazionale. E la condizione di “senza fissa dimora” spesso produce a catena effetti che rendono difficile la risoluzione del problema a cominciare dalla concreta possibilità di trovare e conservare un posto di lavoro e uscire dalla marginalità. Finzione, quindi, questa volta, che svolge una funzione *strictu sensu* sociale.

Staff di Extrapedia Freedom

Indice

1)

[Diritto. it - Avv. Federico Bardelle](#)

2)

[Scribd 82005\) "L'Ateo"](#)

3)

U.SCARPELLI, *"Contributo alla semantica del linguaggio emotivo"*, Torino, 1959.

4)

R.GUASTINI, *"Finzione giuridica nella teoria generale"*, in *Digesto*, IV Edizione, vol. VIII Civile, 1992, 356.

5)

SAVIGY, *"Sistema del diritto romano attuale"*, II, Torino, 1886.

6)

M. BALLORIANI, R. DE ROSA, S. MEZZANOTTE, *"Manuale breve diritto civile"*, Giuffrè, Milano, 2001, 67-68.

7)

Corte d'Appello di Napoli, 11 maggio 2007.

8)

E.DIENI, *"Finzioni canoniche: dinamiche del 'come se' tra diritto sacro e diritto profano"*, 2004, 323.

9)

L.FERRONI, *"Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali"*, Milano, 1998, 84-85.

From:

<https://freedom.extrapedia.org/> - **Extrapedia Freedom**

Permanent link:

https://freedom.extrapedia.org/db/docs/le_finzioni_giuridiche_nel_diritto_civile

Last update: **11/06/2021 11:09**

