

Capitolo primo

IL DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1.1. Il diritto. — 1.2. La norma giuridica. — 1.3. Il diritto e lo Stato. —
1.4. Diritto privato e diritto pubblico. — 1.5. Diritto oggettivo e diritti soggettivi.
— 1.6. Fatti giuridici e atti giuridici.

1.1. Il diritto

Alla preliminare domanda, che cosa è il diritto, si può rispondere solo per approssimazioni successive. Lo si può definire, in prima approssimazione, come un sistema di regole per la soluzione di conflitti fra gli uomini; se ne può identificare la ragion d'essere nel carattere di perenne contesa che assume la convivenza umana: nei conflitti che si generano entro quella più elementare forma di convivenza che è la famiglia come nei grandi conflitti da cui è percorsa la società nel suo insieme, nella contesa fra gli uomini per l'appropriazione delle risorse, in quella per la ripartizione della ricchezza prodotta.

La funzione del diritto è, anzitutto, di proibire l'uso della violenza per la soluzione dei conflitti: è, quindi, di risolvere i conflitti con l'applicazione di regole predefinite, le quali stabiliscono quale fra gli interessi in conflitto sia degno di protezione e debba prevalere e quale non sia degno di protezione e debba soccombere. Queste regole vengono, nel loro insieme, un sistema: esse non provvedono, isolatamente, a questo o a quel possibile conflitto; ciascuna concorre con le altre ad assolvere una funzione complessiva, che è di adeguare i rapporti fra gli uomini, in tutta la loro varietà e complessità, ad un dato modo di ordinata convivenza, di realizzare un equilibrio generale e, il più possibile, stabile fra i diversi interessi in conflitto nella società.

Questi sistemi di regole mutano nel tempo, si diversificano nello spazio. Ogni epoca storica ha avuto un suo diritto, quantunque sia

Il sistema
di regole

Relatività
del diritto

dato di ritrovare elementi di continuità nel corso del tempo (tutti gli odierni diritti del continente europeo, ad esempio, recano tracce della loro comune matrice nel diritto dei romani). Ogni società nazionale ha, a sua volta, un suo diritto, anche se è possibile constatare, pure per questo riguardo, elementi di uniformità, specie per grandi aree geografiche: forti uniformità, ad esempio, fra i diversi sistemi dell'Europa continentale; altrettante uniformità fra il diritto britannico e quello statunitense.

È ora prematuro soffermarsi sui fattori che fanno evolvere il diritto nel corso del tempo e che lo diversificano nello spazio; per ora basti solo segnalare, sotto il primo aspetto, quel fondamentale elemento di rotura nelle tradizioni del diritto che è stata, tra la fine del Settecento e il principio dell'Ottocento, la transizione dall'antica società agricola alla moderna società industriale, ossia la sostituzione di un modo di produzione prevalentemente basato sullo sfruttamento delle risorse della terra con un altro modo di produzione, reso possibile dagli sviluppi della tecnologia e basato sulla utilizzazione delle macchine e sull'impiego del lavoro salariato nell'industria. Non è solo cambiata l'organizzazione economica della società, cioè la regolazione giuridica dei rapporti economici; è profondamente cambiata anche la sua organizzazione civile: basti pensare al tramonto dell'antica famiglia patriarcale, propria della società rurale, e all'avvento della moderna famiglia coniugale, funzionale alle esigenze di una società industriale. L'antica famiglia patriarcale, di origine romana, si fondeva sulla patria potestà perpetua (estesa, fin che fosse in vita il padre, sui figli e sui nipoti) e sulla unità del patrimonio familiare; fu soppressa, al principio dell'Ottocento, dal *coût de Novèdon*: la nascente società industriale esige una grande mobilità della forza lavoro e libera disponibilità della ricchezza.

Per ordinare una società secondo il diritto è necessaria un'apprisita organizzazione: occorre, in primo luogo, che ad una superiore autorità sia riconosciuta la preliminare funzione di creare regole per la soluzione dei conflitti; occorre, in secondo luogo, che ad una superiore autorità sia attribuita l'ulteriore funzione di applicare quelle regole per risolvere i conflitti di volta in volta insorti. Anche queste forme di organizzazione sociale sono mutate nel tempo e tuttora si differenziano nello spazio. Se consideriamo la società nella quale viviamo, constatiamo che almeno tre ordini di autorità sono investiti del potere di creare il diritto: una autorità nazionale, ossia lo Stato; una autorità sovranazionale, che è la Comunità economica europea; una serie di autorità infrastatali, che sono le regioni e gli enti locali. Il potere di creare il diritto è, inoltre, separato dal potere di applicarlo: il primo spetta ad appositi organi dello Stato (il parlamento, il governo), della Comunità economica europea (il consiglio), delle regioni e degli enti locali (i consigli regionali, i consigli provinciali e comunali); il secondo è esercitato da un separato organo dello Stato, l'autorità giudiziaria

(che applica il diritto statale, sovranazionale e infrastatale), e da un separato organo della Comunità economica europea, la Corte di giustizia. Ma in altre società del nostro tempo troviamo forme notevolmente diverse di organizzazione giuridica. Si segnalano, sotto questo aspetto, il sistema di *common law* (v. tavola a p. 29-31) del precedente giudiziario vincolante; le pronunce dei giudici, oltre che risolvere il caso concreto sottoposto al loro esame, vincolano tutti i giudici che saranno successivamente chiamati a risolvere casi analoghi; e così l'autorità giudiziaria è essa stessa, in quei paesi, un organo che crea il diritto.

Nelle società primitive il diritto si componeva di poche e semplici regole; nelle società evolute dell'antichità, come in quella romana, aveva già raggiunto un notevole grado di complessità. L'intensità dei rapporti economici, il livello delle culture, la molteplicità degli interessi sociali in conflitto fra loro e l'acutezza dei conflitti sono i principali fattori che rendono complesso un sistema di diritto. Nel nostro tempo esso presenta caratteri di estrema complessità: ci si può subito rendere conto degli aspetti quantitativi di questa complessità se si pensa alla grande estensione dei codici (il codice civile italiano è di quasi tremila articoli) e alle migliaia di leggi che vengono ogni anno varate in ciascuno Stato; e si può cominciare a comprenderne anche gli aspetti qualitativi se si considera che ciascuna regola di diritto è solo un frammento di un sistema unitario, e l'unità del sistema comporta che essa deve essere applicata in modo coordinato con ogni altra regola dei codici e delle tante altre leggi vigenti. Indice di questo aspetto qualitativo della complessità del diritto sono le migliaia di controversie che ogni anno si instaurano nei tribunali: si tratta, molte volte, di controversie che nascono da sicura trasgressione del diritto, ed il giudice deve solo reprimere la trasgressione e applicare il diritto al caso concreto; ma altrettanto volte proprio il diritto da applicare appare incerto, e il compito spesso non facile del giudice sta nello stabilire quale fra le diverse regole che coesistono entro il sistema (ciascuna delle parti in lite ne invoca a proprio favore una diversa) è la regola secondo la quale risolvere il conflitto.

Un successivo grado di approssimazione alla definizione del diritto sta nel distinguere il sistema di regole, in cui il diritto consiste, da altri sistemi di regole che governano la convivenza umana, come i principi della morale, basati sulla distinzione fra il bene e il male, le regole del costume, che distinguono tra ciò che è corretto e ciò che è scorretto, i comandamenti delle religioni, concepiti come regole di fonte

Complessità del diritto

Il diritto e gli altri sistemi di regole

sovranaturale ecc. I contenuti di queste regole spesso coincidono con i contenuti del diritto: uccidere o rubare è un reato per il diritto, è un male per la morale, è un peccato per le religioni. Talvolta il diritto richiama, facendole proprie, le regole del costume (come quando l'art. 1175 del codice civile impone al debitore e al creditore di « comportarsi secondo le regole della correttezza » o come quando il successivo art. 2598 impone agli imprenditori di rispettare, nella concorrenza, i « principi della correttezza professionale »). Ma altre volte i contenuti dei diversi sistemi di norme non coincidono: il matrimonio è indissolubile per la religione cattolica, ma non per il diritto, che ammette il divorzio; uccidere per salvare se stesso è, come vedremo, giuridicamente lecito, ma è azione moralmente censurabile: una regola del costume esige di pagare i debiti di gioco, ma il diritto, anche questo vedremo, non lo impone affatto.

Questi diversi sistemi di regole hanno, talvolta, una intrinseca forza obbligatoria superiore a quella del diritto (i più si astengono dall'uccidere o dal rubare per ubbidienza ad un principio morale ancor prima che per timore della legge); ma sono sistemi di regole ai quali si ubbidisce solo per interiore adesione ai valori che esprimono, non per estrema costrizione. Il diritto si distingue, all'opposto, per il carattere della coercitività: esso non consiste solo in un sistema di regole che prescrivono o che proibiscono dati comportamenti; è, altresì, un sistema organizzato per imporre l'osservanza delle proprie regole. I modi mediante i quali il diritto si rende coercitivo sono molteplici; e per ora non possiamo indicarli che sommariamente. Quando è materialmente possibile, vengono eliminate le conseguenze della trasgressione: così ad esempio, chi esegue una costruzione in violazione del diritto riceve un ordine di demolizione e, se trasgredisce anche questo ordine, la costruzione sarà demolita, con spese a suo carico, per disposizione dell'autorità giudiziaria. Così, ancora, chi non paga un proprio debito può essere assoggettato ad esecuzione forzata: i suoi beni saranno venduti per soddisfare dell'autorità giudiziaria e, con il ricavato della vendita, verrà soddisfatto il suo creditore. Per i casi in cui non è materialmente possibile eliminare le conseguenze della trasgressione (come eliminare le conseguenze di un omicidio? l'osservanza del diritto è, anche se con minor efficacia, assicurata dalla minaccia delle sanzioni), che per le più gravi trasgressioni, qualificate come reati, assumono il carattere della pena (chi uccide sa che, se sarà scoperto, verrà condannato alla pena della reclusione non inferto- re a ventun anni).

L'interrogativo più arduo che si cela entro la domanda, che cosa è il diritto, è quello che riguarda la sua legittimazione. Il diritto è posto, si è già detto, da una superiore autorità ed obbliga tutti coloro che a quella autorità sono sottoposti. E, da un punto di vista puramente formale, un insieme di comandi ai quali si deve ubbidire; si legittima, sempre da un punto di vista formale, solo in forza del potere di cui sono investite l'autorità che lo emana e quella che ha il compito di farlo osservare. Ma il punto di vista solo formale non basta a far comprendere l'essenza del fenomeno: il diritto vigente in un dato tempo e in un dato luogo è, in larga misura, l'espressione della società di quel tempo e di quel luogo, il riflesso di quella data civiltà, la traduzione in regole di comportamento delle forme di vita economica e civile di quella società. Esso vige perché accettato, se non da tutti, dalla maggior parte di coloro che vi sono sottoposti: la sua legittimazione, da un punto di vista sostanziale, non è l'autorità, ma è il consenso.

Autorità e consenso sono i termini del perenne dibattito intorno al diritto: le concezioni volontaristiche lo riducono tutto ad autorità, ad espressione di volontà sovrana; le concezioni organistiche lo spiegano, all'opposto, come spontanea autorganizzazione della società, che si dà un potere sovrano solo per reprimere gli ineliminabili casi di devianza. La storia offre materia per prendere posizione in questo dibattito: mostra che tra autorità e consenso c'è sempre uno scarto, che è particolarmente sensibile nelle società governate da regimi dispotici, dove il diritto si mostra solo, o prevalentemente, con il suo volto formale, come espressione di autorità (anche se l'esperienza storica prova che i tiranni possono solo fino a un certo punto o solo per tempi limitati imporre un diritto non accettato dalla società ad essi sottoposta). Non è un caso che le concezioni volontaristiche del diritto siano state elaborate in tempi di dispotismo: nel Settecento, all'epoca delle monarchie assolute, Hobbes definiva il diritto come « ciò che il sovrano comanda »; non vi trovava altro elemento di consenso se non il desiderio dell'uomo di sottoporsi ad una autorità pur di trovare la garanzia dell'ordine e della pace sociale, una difesa contro la violenza generalizzata (contro « la guerra di tutti contro tutti », diceva Hobbes).

A ridurre, il più possibile, lo scarto fra autorità e consenso sono rivolti i regimi democratici, nei quali il diritto è creato da assemblee elette a suffragio universale e periodicamente rinnovate. Qui il diritto si legittima, di fronte alla società che vi è sottoposta, in forza del consenso sociale che sorregge gli organi che lo formano. È l'ideale che, nel Settecento, aveva animato il pensiero di Rousseau: quello di costruire un sistema politico in virtù del quale gli uomini potessero, assoggettandosi ad una autorità, « ubbidire a se stessi ». Le società democratiche del nostro tempo, pur senza raggiungerlo, si avvicinano a questo ideale: le trasformazioni che si producono nella società possono, attraverso i meccanismi della rappresentanza parlamentare, tradursi in trasformazioni del diritto; gli antagonismi che agitano la società, gli interessi delle diverse classi e dei diversi gruppi tra loro in conflitto possono trovare forme adeguate di coordinamento e di equilibrio.

Il diritto del nostro tempo è, fondamentalmente, il frutto dell'opera costante di mediazione e di coordinamento fra opposti interessi sociali svolta dalle assemblee parlamentari; è, ancor prima, il frutto del dibattito e della libera circolazione delle idee che si svolge entro la società. Ma lo scarto fra autorità e consenso permene, en-

tro margini più o meno estesi, anche nei regimi democratici. Sistemi politici sempre più perfezionati possono ridurlo, non eliminarlo: il coordinamento degli opposti interessi in conflitto non è mai completo; gli equilibri sociali raggiunti non sono mai durevoli, e l'ubbidienza al diritto non è sempre e non è per tutti « ubbidienza a se stessi ». Il diritto resta, per molti o per pochi, l'espressione di una superiore autorità, alla quale si è costretti ad ubbidire. Finché perdurano ragioni di conflitto fra gli uomini le regole di convivenza sociale sono destinate a conservare i caratteri formali del diritto: solo in una società entro la quale siano state eliminate le ragioni profonde del conflitto fra gli uomini il diritto perderebbe la propria ragion d'essere. Una società simile è, per ora, solo un ideale dell'umanità: in essa, se gli uomini sapranno costruirla, si realizzerà quella che, nell'Ottocento, Marx ha definito come l'estinzione del diritto.

1.2. La norma giuridica

L'unità elementare del sistema del diritto è la norma giuridica; il sistema nel suo complesso, ossia l'insieme delle norme che lo compongono, prende il nome di ordinamento giuridico. Per indicare più norme tra loro, coordinate per assolvere una funzione unitaria si suole parlare di istituto (e si parla, ad esempio, di istituto della proprietà per indicare, complessivamente, le norme sulla proprietà; di istituto della responsabilità civile per designare, complessivamente, le norme che pongono le condizioni per la risarcibilità del danno da fatto illecito).

Ciascuna norma, presa a sé, consiste in una proposizione precettiva, formulata in termini generali ed astratti; coloro ai quali la norma si rivolge, imponendo o proibendo dati comportamenti, sono i suoi destinatari. Il testo delle leggi è, tradizionalmente, diviso in articoli, numerati in ordine progressivo; e gli articoli sono spesso divisi in commi. Orbene, ciascun articolo di legge o, se diviso in commi, ciascun comma può contenere una o più norme, ossia una o più proposizioni precettive, che prescrivono cioè un dato comportamento.

Il discorso delle norme giuridiche, comunque sia formulato, è sempre un discorso in funzione precettiva; esso si distingue dal discorso descrittivo o assertivo, con il quale si comunicano conoscenze o si esprimono convincimenti. Spesso, tuttavia, le norme giuridiche sono formulate in termini apparentemente descrittivi: emblematico, al riguardo, è l'art. 3 comma 1° della Costituzione, che esprime la proposizione secondo la quale « tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condi-

zioni personali e sociali ». Questa norma, come ogni norma giuridica, va intesa in senso precettivo: a tutti i cittadini deve essere riconosciuta pari dignità sociale, le diverse condizioni personali o sociali, in essa menzionate, non debbono essere assunte come ragioni di un trattamento che discrimini tra loro i cittadini.

Se mai questa proposizione venisse assunta in senso descrittivo, anziché precettivo, essa apparirebbe come una proposizione falsa, essendo un dato di comune esperienza che, nella realtà, i cittadini non sono affatto uguali davanti alla legge (più uguali oggi che in passato, ma non tanto uguali quanto la norma costituzionale esige). Il discorso descrittivo o assertivo può essere giudicato come vero o falso: il discorso precettivo non è mai suscettibile di una valutazione di tal genere. Le norme giuridiche non enunciano ciò che è, ma ciò che deve essere: possono essere valutate, da un punto di vista etico, come giuste o ingiuste; possono essere valutate, da un punto di vista politico, come opportune o inopportune; possono, infine, essere giudicate dal punto di vista della loro effettività: se siano molto o poco o mai osservate dai loro destinatari. Dell'art. 3 comma 1°, come di altre norme della Costituzione, il giudizio da dare è, appunto, un giudizio in termini di effettività: se l'organo legislativo dello Stato, che ne è il principale destinatario, gli dia adeguata attuazione o se, invece, crei con le leggi o lasci sussistere nelle leggi disuguaglianze fra i cittadini, basate sulle condizioni personali o sociali indicate dalla norma.

A volte le norme giuridiche contengono definizioni: così, ad esempio, l'art. 1321 del codice civile contiene la proposizione secondo la quale « il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale ». Anche le definizioni vanno assunte in senso precettivo: esse hanno la funzione di delimitare l'ambito di applicazione di altre norme. Così le norme sul contratto non sono applicabili al matrimonio, che pure si basa sull'accordo di due parti, perché esso non è diretto a costituire, come richiede l'art. 1321, un rapporto giuridico « patrimoniale ».

Altre volte si ritrovano norme che sembrano voler classificare la realtà: per l'art. 814 del codice civile, ad esempio, « si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore economico ». Questa proposizione non va presa come rivelatrice della essenza fisica delle energie naturali; esprime, semplicemente, il precetto secondo il quale alle energie naturali aventi valore economico si applicano le stesse norme che valgono per i beni mobili. Se poi in un testo legislativo fosse dato di ritrovare (cioè che talvolta accade) una proposizione alla quale non fosse possibile attribuire alcun significato precettivo, ma fosse una mera asserzione e degli artifici di quel testo, esprime un loro convincimento filosofico o scientifico o ideologico o d'altro genere, allora non saremmo in presenza di una norma giuridica, e ciascuno sarà libero di nutrire un diverso convincimento, in nulla vincolato dalla asserzione contenuta nel testo legislativo.

Generalità
e astrattezza

Le norme giuridiche sono, si è detto, precetti generali e astratti: sono precetti generali perché non si rivolgono a singole persone; ma ad una serie di persone; sono precetti astratti perché non riguardano fatti concreti, ma una serie ipotetica di fatti. Esse sono regole per la soluzione di conflitti; ma sono regole preconstituite a tal fine: non sono create quando il conflitto è già insorto, bensì prima del suo insorgere e per l'eventualità che insorga. Un comando individuale e concreto è, all'opposto, il provvedimento con il quale il giudice, applicando norme generali ed astratte, risolve un conflitto già insorto: questo comando, che è la sentenza, si rivolge a singole persone e riguarda un fatto determinato.

Questa precostituzione delle regole per la soluzione dei conflitti assolve, in primo luogo, la funzione di assicurare un'iformità di soluzioni e di predeeterminare, secondo il già segnalato scopo di ogni sistema di diritto, l'assetto complessivo della società, di adeguarla ad un dato modello generale di convivenza sociale. Corrisponde, ancora, a quel principio di civiltà giuridica che è la certezza del diritto: i singoli debbono sapere in anticipo, per potersi regolare di conseguenza, quali sono i comportamenti giuridicamente leciti e quali i comportamenti giuridicamente illeciti, quali sono gli interessi protetti dal diritto e quali gli interessi non protetti (e vedremo poi che a questa esigenza di certezza si collega anche il principio secondo il quale le leggi dispongono solo per l'avvenire e non hanno effetto retroattivo). Un diritto per norme generali ed astratte, bisogna però aggiungere subito, soddisfa questa esigenza di certezza in modo solo relativo: per quella complessità del diritto, di cui si è detto nel paragrafo precedente, e per le difficoltà di interpretazione che spesso le singole norme presentano non è sempre agevole avere una sicura conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è illecito, né è sempre agevole prevedere quale potrà essere, in caso di controversia, la decisione del giudice.

Al modello del diritto generale ed astratto, preconstituito all'insorgere dei conflitti, si contrappone il diverso modello del diritto creato dallo stesso giudice, in relazione ad un conflitto già insorto e sottoposto alla sua decisione. Sono i casi in cui il giudice può decidere, anziché secondo il diritto, secondo equità: nel nostro sistema, come in genere nei sistemi dell'Europa continentale, questi casi sono pochi ed eccezionali, ed avremo occasione di esaminarli. Altrove, e in particolare nei paesi di *common law* (v. tavola a p. 29-31), il diritto creato dal giudice è, all'opposto, la principale fonte del diritto: là il giudice crea, egli stesso, la norma secondo la quale risolvere il conflitto; mentre as-

L'equità
del giudice

Certezza
del diritto

sume carattere eccezionale (anche se, in progresso di tempo, importanza crescente) la legge che preconstituisce norme generali ed astratte. In questi paesi, tuttavia, vige il già ricordato principio del precedente giudiziario vincolante, sicché la norma creata dal giudice finisce con l'assumere, per i giudici che successivamente affronteranno casi analoghi, lo stesso valore di una norma generale ed astratta. La differenza, rispetto al sistema continentale, sta essenzialmente nel diverso modo di creare norme destinate, pur sempre, a diventare generali ed astratte: anche per sentenze dei giudici, e partendo dai casi concreti, anziché solo per leggi, che muovono da ipotesi prefigurate in astratto.

Il grado di generalità e di astrattezza delle norme giuridiche può essere più o meno elevato. Il più alto grado è raggiunto dalle norme che si rivolgono, indistintamente, a chiunque (ad esempio, l'art. 575 cod. pen.: « chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione » ecc.) o che si riferiscono a qualunque fatto (ad esempio, l'art. 2043 cod. civ.: « qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno »). Sono le norme dette di diritto comune o di diritto generale; e sono tali anche le norme che prendono in considerazione specifiche condizioni, come ad esempio quella di proprietario, di creditore o di debitore, di coniuge, di genitore e così via, nelle quali chiunque può, almeno in astratto, venirsi a trovare. Sono, invece, di diritto speciale le norme con limitato grado di generalità ed astrattezza: esse delimitano la serie dei soggetti cui si rivolgono o dei fatti cui si riferiscono, sottraendoli all'applicazione del diritto generale. Riguardano specifiche categorie professionali, specifiche situazioni sociali o temporali o locali: sono pur sempre norme generali ed astratte, ma questo loro carattere è circoscritto entro la serie di soggetti o di fatti cui si riferiscono. Ne parleremo più diffusamente nel prossimo capitolo, quando potremo stabilire il rapporto fra il grado di generalità ed astrattezza delle norme giuridiche ed il principio di uguaglianza [22].

1.3. Il diritto e lo Stato

Dello Stato si può dire, in prima approssimazione, che è la fondamentale forma di organizzazione politica della convivenza umana: la società del nostro tempo si presenta, essenzialmente, come una società frazionata in una pluralità di Stati, ciascuno dei quali esercita la pro-

La sovranità

Diritto comune
e diritto speciale

pria sovranità su un dato territorio e sulla collettività in esso stanziata. Nella *sovranità* è l'essenza di questa forma di organizzazione politica: essa è il potere originario, ossia non derivante da alcun superiore potere, di governare un determinato territorio, la originaria potestà di impero, o di comando, su quanti vi si trovano.

Di Stato si può parlare in almeno tre significati, ciascuno dei quali mette in evidenza un diverso aspetto del medesimo fenomeno. Se ne può parlare, anzitutto, con riferimento ad una collettività di persone stanziata su un definito territorio e sottoposta ad un medesimo potere sovrano: è, in questo significato, lo *Stato-comunità*, ciò che nel linguaggio delle costituzioni si indica come il « popolo », l'insieme dei cittadini di un dato Stato.

Se ne può parlare, in secondo luogo, con riferimento al sistema di norme giuridiche che regola quella collettività: è lo *Stato-ordinamento*, l'insieme delle norme giuridiche poste da un medesimo potere sovrano o, comunque, da questo riconosciute come obbligatorie per la collettività ad esso sottoposta.

Se ne può parlare, infine, con riferimento agli apparati che compongono l'organizzazione di uno Stato e mediante i quali è esercitata la sovranità. Sono gli apparati incaricati delle funzioni caratteristiche di uno Stato, quelli che esercitano le funzioni normative: il parlamento, il governo, gli enti pubblici territoriali (come, in Italia, le regioni, le province, i comuni); quelli che attuano le funzioni giuridiche: la magistratura; quelli che provvedono alle funzioni esecutive: ancora il governo, la pubblica amministrazione (a sua volta suddivisa in una pluralità di ministeri), gli enti pubblici in genere. E, in quest'ultimo significato, lo *Stato-apparato*, secondo un'altra espressione, lo *Stato-persona*. L'espressione vale a personificare la sovranità: lo Stato si presenta, esso stesso, come un soggetto, come un soggetto astratto (un ente o persona giuridica [4.3.1]), che per mezzo dei suoi apparati (che sono gli organi dello Stato) esercita la sovranità sugli altri soggetti.

Lo Stato è la moderna forma di organizzazione politica della società, secondo un modello che si è delineato fra il sedicesimo e il diciassettesimo secolo in Gran Bretagna, in Francia, in Spagna per poi gradualmente estendersi ovunque, fino a diventare il modello pressoché universale. Ne furono artefici le monarchie assolute che, nell'epoca predetta, fondarono i primi Stati nazionali sovrani; le profonde trasformazioni successive, come la soppressione dell'assolutismo e la costruzione dello Stato costituzionale e parlamentare, si presentano co-

me trasformazioni interne a quell'originario modello di organizzazione politica, del quale conservano inalterati i fondamentali caratteri: l'unità e la concentrazione del potere sovrano. Tutto il potere è nello Stato; qualsiasi altra concorrente autorità, soprattutto o infrastatale, è in linea di principio disconosciuta (o è riconosciuta solo per indipendente e sempre revocabile accettazione dello Stato).

Si descrive, solitamente, la forma di organizzazione politica cui si dà il nome di Stato scomponendola in tre elementi costitutivi: un territorio, un popolo, un potere sovrano. Ma si può avere un'idea complessiva di questo modello, e comprendere le ragioni della sua fortuna, se si considera il senso che ciascuno di questi suoi elementi costitutivi ha storicamente assunto, in antitesi con i caratteri delle preesistenti forme di organizzazione politica. Essi hanno comportato: *a*) un potere sovrano esercitato su un territorio sufficientemente esteso e sufficientemente dotato di proprie risorse naturali ed umane per assicurare, quanto meno, una autonomia economica e militare o, nelle condizioni ottimali, un grande sviluppo economico e una grande potenza militare; *b*) un potere sovrano basato sulla unità nazionale e della collettività stanziata sul territorio (una medesima origine etnica, una medesima forma di civiltà, una medesima lingua ecc.), capace a sua volta di agire come fattore di coesione politica e di mobilitazione delle energie dei singoli; *c*) un potere sovrano concentrato, che non ammette altri concorrenti poteri politici entro il territorio dello Stato e sul popolo che a questo appartiene. Qui risiede la più intima essenza di questa forma di organizzazione politica: essa è in grado di organizzare e di guidare ogni aspetto della vita di una società nazionale.

Profondamente diversa era la preesistente, policentrica, organizzazione politica della società. Essa si basava: *a*) su poteri universali, che non conoscevano confini territoriali (l'Impero, la Chiesa), ciascuno dei quali aveva un proprio diritto; il diritto romano come diritto dell'Impero, il diritto canonico come diritto della Chiesa; *b*) su poteri territoriali della più diversa natura: dai poteri della nobiltà feudale e quelli dei liberi comuni e poi dei principati e delle repubbliche, cui si collegavano diritti particolari di specifici e spesso minuscoli territori; *c*) su poteri corporativi (quelli delle corporazioni delle arti e dei mestieri), ai quali corrispondevano altri diritti particolari di categorie professionali (gli statuti delle corporazioni). Gli Stati nazionali, man mano che si consolidarono, cancellarono tutto ciò: essi discobbero ogni concorrente autorità, sia superiore allo Stato (l'Impero, la Chiesa), sia interna ad esso (i poteri feudali, quelli comunali, corporativi e così via), affermando un unico potere, il proprio potere, su tutto il territorio da essi governato.

Il rapporto fra lo Stato e il diritto va considerato sotto un duplice Stamania
aspetto. La formazione degli Stati, quali espressione di massima con- del diritto
centrazione del potere sovrano, ha comportato l'affermazione graduale del principio della *statualità* (e, quindi, della *nazionalità*) del diritto. La prima forma di concentrazione del potere, attuata dalle

monarchie assolute, era stata soprattutto una concentrazione burocratica, che aveva investito gli apparati di governo: funzionari dello Stato, dipendenti gerarchicamente dall'esecutivo centrale, erano stati dislocati nel territorio nazionale, esautorando la nobiltà feudale. In questa

prima fase lo Stato-apparato aveva già assunto una spiccata fisionomia; ma lo Stato-ordinamento appariva ancora in fase embrionale, formato da poche leggi che lasciavano sopravvivere gli antichi diritti non statuali: quelli universali, come il diritto romano, e quelli particolari, come i diritti propri delle corporazioni dei mercanti. Una seconda forma di concentrazione del potere statale si attua nel corso dell'Ottocento: è l'epoca della *codificazione* e del diritto [2.2., 2.3.], del progressivo assoggettamento delle diverse società nazionali ad un diritto posto dagli Stati, espressione di sovranità statale. Si espande così lo Stato-ordinamento, secondo un processo che inizia in Francia, al principio del secolo, con i codici di Napoleone: il codice civile, il codice di commercio, il codice penale, i codici di procedura perseguono il generale disegno di una integrale, o quasi integrale, sottoposizione dei rapporti sociali ad un diritto di fonte politica, elaborato da appositi organi legislativi dello Stato (ma il processo di statalizzazione del diritto non sarà integrale: vedremo più oltre che tuttora permangono, anche se con importanza molto limitata, fonti non statuali di diritto, come la consuetudine).

L'altro aspetto del rapporto fra Stato e diritto può, all'opposto, essere descritto come l'affermazione della supremazia del diritto sullo Stato. È il principio dello Stato di diritto: il principio secondo il quale lo Stato è, esso stesso, sottoposto al diritto, vincolato al rispetto delle proprie leggi. Negli Stati assoluti tutto il potere era stato concentrato nella persona del sovrano; gli apparati dello Stato, anche quelli giudiziari, agivano in suo nome e per suo ordine; ed il sovrano era al di sopra del diritto: la sua sovranità era potere illimitato e arbitrario; la sua volontà era legge per i sudditi, ma egli era fuori da ogni legge. Con la caduta dell'assolutismo la sovranità cessa di essere prerogativa di una persona fisica per diventare attributo di un ente astratto, attributo dello Stato-persona, che esercita la sovranità per mezzo dei propri apparati, legislativi, esecutivi, giudiziari. Ma la caduta delle monarchie assolute non segna solo la fine della sovranità personale dei monarchi; da essa prende avvio il superamento della concezione assoluta della sovranità, secondo un processo storico che, nel continente europeo, inizia in Francia con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e si estende, nel corso dell'Ottocento, al resto del continente. Le attribuzioni degli apparati dello Stato e i loro poteri sono regolati dalla legge: essi esercitano la sovranità dello Stato nelle forme e nei modi previsti dalla legge. Gli individui non sono più sudditi, in balia del potere sovrano; diventano cittadini, i cui

diritti e doveri sono regolati dalla legge. Gli apparati dello Stato sono vincolati dal principio di legalità: essi possono esercitare solo i poteri consentiti loro dalla legge e solo nelle forme e nei modi da questa previsti.

Nel corso dell'Ottocento si svolgono così due grandi processi paralleli: uno è quello della statalizzazione del diritto regolatore delle società nazionali; l'altro è quello della costruzione dello Stato di diritto. Il primo si attua con i codici; il secondo si realizza attraverso le costituzioni. La funzione di queste è di sottoporre al diritto l'esercizio della sovranità, il rapporto fra lo Stato e i cittadini. Vedremo poi che, nel secolo successivo, la funzione delle costituzioni si dilaterà: esse diventeranno la legge fondamentale delle diverse società nazionali, delle quali regoleranno con norme di principio tutti gli aspetti basilari, anche i rapporti fra cittadini, e non solo quelli fra Stato e cittadini [2.4.].

1.4. Diritto privato e diritto pubblico

Tutto il diritto si scompone in due grandi sistemi di norme, che si distinguono tra loro con il diverso nome di diritto privato e di diritto pubblico. La terminologia è antica, risale al diritto romano; ma il suo significato è più volte mutato nel corso del tempo, e sarebbe vano ricercarne il significato attuale nel senso comune dei concetti di «privato» e di «pubblico».

Solo in via di prima approssimazione si può dire, ripetendo l'insengnamento tradizionale, che diritto privato corrisponde a diritto che regola i rapporti fra privati e che diritto pubblico equivale a diritto che regola i rapporti ai quali partecipa lo Stato, o altro ente pubblico. Di vero, in un simile criterio di distinzione, c'è solo questo, che i rapporti fra privati non possono essere regolati se non dal diritto privato (così, per intenderci, i rapporti fra il signor A e il signor B, fra il proprietario A e l'inquilino B, fra l'imprenditore A e il lavoratore B e così via). Non si può dire, invece, che i rapporti ai quali partecipa lo Stato, o altro ente pubblico, siano regolati sempre e soltanto dal diritto pubblico: essi possono essere tanto rapporti di diritto privato quanto rapporti di diritto pubblico.

Ancora in via di prima approssimazione si può dire, ripetendo i termini della distinzione tracciata dai Romani, che il diritto privato attiene alla protezione di interessi particolari (l'«utilità dei sin-

goli », dicevano i Romani) e che il diritto pubblico protegge l'interesse generale della collettività (la « prosperità di Roma », secondo le fonti romane). Di vero, anche qui, c'è solo questo: allo Stato, e agli altri enti pubblici, si chiede di realizzare l'interesse generale, e solo ai privati è lecito soddisfare interessi particolari. Ma il diritto privato è in sé neutro rispetto al tipo di interessi da realizzare: ci sono paesi, come la Gran Bretagna e gli Stati Uniti d'America, dove l'attività degli apparati esecutivi dello Stato, diretta a realizzare l'interesse generale, si svolge prevalentemente nelle forme del diritto privato (per intenderci: i rapporti fra lo Stato ed il signor B sono regolati dalle stesse norme applicabili ai rapporti fra il signor A ed il signor B). Ed anche nell'Europa continentale lo Stato e gli enti pubblici agiscono, assai spesso, secondo le norme del diritto privato: comprano o vendono, danno o prendono in locazione, partecipano a società per azioni o esercitano direttamente imprese come qualsiasi privato, ubbidendo alle stesse norme che regolano i rapporti fra privati.

Il significato attuale della distinzione fra diritto privato e diritto pubblico, per quanto la materia formi oggetto di molte dispute, è nei suoi termini generali assai semplice. Possiamo dire che il diritto privato è il « diritto » senza ulteriore qualificazione: la sua più esatta denominazione è quella di diritto comune, applicabile tanto nei rapporti fra soggetti privati quanto nei rapporti ai quali partecipa lo Stato o altro ente pubblico (rapporti fra privati ed ente pubblico, rapporti fra enti pubblici). Gli istituti caratteristici del diritto privato, come la proprietà, il contratto, la responsabilità civile, l'impresa e così via, valgono sia per i soggetti privati sia per i soggetti pubblici: proprietario, contraente, responsabile per fatto illecito, imprenditore, può essere un privato cittadino come può essere lo Stato o altro ente pubblico. Le norme del codice civile o delle altre leggi, che regolano questi istituti, sono norme indifferentemente applicabili a soggetti privati e pubblici, salvo che non sia espressamente precisato che si applicano soltanto ai primi. Solo quegli istituti che presuppongono, come soggetto, un singolo essere umano, come ad esempio gli istituti del diritto di famiglia o delle successioni a causa di morte sono, ovviamente, applicabili solo a soggetti privati (ma questi istituti non valgono per gli enti pubblici come non valgono per qualsiasi ente o persona giuridica, anche privata).

Dal diritto privato il diritto pubblico si distingue sulla base di due specifici presupposti: anzitutto perché riguarda solo i rapporti ai quali partecipa lo Stato o altro ente pubblico; inoltre, perché riguar-

da quei rapporti — ed è questo il suo elemento caratterizzante — ai quali lo Stato o altri enti pubblici partecipano quali enti dotati di sovranità. Possiamo definire il diritto pubblico come il sistema di norme che regola i presupposti, le forme e i modi di esercizio della sovranità, ossia della potestà di comando della quale sono investiti gli apparati dello Stato e gli altri enti pubblici che concorrono con essi nell'esercizio della sovranità (come le regioni, gli enti locali e i cosiddetti enti strumentali dello Stato [42.1-J]). Il concetto di diritto pubblico è, perciò, implicito nel già descritto concetto di Stato di diritto: questo è lo Stato che esercita la sovranità, come la esercita lo Stato moderno, secondo precostituite norme di legge; queste norme regolatrici dell'esercizio della sovranità sono, appunto, il diritto pubblico.

È diritto pubblico, in particolare, quello che regola: a) l'organizzazione dello Stato, cioè i modi di formazione, la composizione e le attribuzioni dei suoi apparati legislativi, esecutivi e giudiziari, nonché i modi di formazione e le attribuzioni degli apparati degli altri enti pubblici; b) i rapporti autoritativi, cioè basati sull'esercizio di poteri sovrani, che lo Stato o altro ente pubblico stabilisce con singoli individui o con enti.

Il diritto pubblico si articola, a sua volta, in sotto-sistemi: il diritto costituzionale (che non coincide con il diritto posto dalla costituzione, giacché esistono paesi, come la Gran Bretagna, che hanno un diritto costituzionale pur non avendo una costituzione) attiene alle regole fondamentali di organizzazione dello Stato-comunità (le libertà e i doveri fondamentali del cittadino) e dello Stato-apparato (a quali organi e secondo quali regole spetta l'esercizio delle funzioni sovrane); il diritto amministrativo riguarda i compiti e l'attività degli apparati dell'esecutivo e degli enti pubblici (cosiddetta pubblica amministrazione); il diritto penale regola la potestà punitiva dello Stato: stabilisce quali fatti costituiscono reato e quali pene si possono applicare a chi li commette; il diritto processuale attiene all'esercizio della giurisdizione, ossia dell'attività dei giudici di applicazione del diritto ai casi concreti, e si distingue in diritto processuale civile (di applicazione del diritto privato), diritto processuale penale (di applicazione del diritto penale), diritto processuale amministrativo (di applicazione del diritto amministrativo).

La possibilità, per gli apparati dello Stato o per gli altri enti pubblici, di stabilire con i privati rapporti autoritativi, basati sulla sovranità, può essere concessa dal diritto con maggiore o minore larghezza. In alcuni paesi appare riconosciuta

più estesamente, in altri paesi assai meno. In Italia, come negli altri paesi del continente europeo, vige il modello (di origine francese) del cosiddetto Stato a diritto amministrativo: l'attività degli apparati dell'esecutivo dello Stato e quella degli enti pubblici si svolge, prevalentemente, per atti autoritativi (o cosiddetti atti amministrativi), regolati dal diritto amministrativo. Ma un diritto amministrativo non esiste ovunque: in Gran Bretagna e negli altri paesi che ne hanno seguito l'esempio vige l'opposto modello dello Stato a diritto comune, e la pubblica amministrazione agisce, come si è già accennato, secondo il diritto privato (perciò, lo strumento principale dell'amministrazione è, in quei paesi, il contratto fra la pubblica autorità e il privato, mentre all'atto autoritativo si fa ricorso nelle materie, come la pubblica sicurezza e la difesa, per le quali non se ne può fare a meno).

In ogni caso, i principi dello Stato di diritto esigono ovunque che la pubblica amministrazione non possa fare uso di poteri autoritativi se non quando la legge la autorizza a farne uso: in mancanza di una norma di legge, che le riconosca poteri autoritativi, essa resta sottoposta al diritto privato comune. Se sussistono i presupposti di legge, ad esempio, la pubblica amministrazione può, con atto d'autorità, espropriare i beni dei privati o può requisirli; se mancano i presupposti di legge per un atto di autorità, essa può ugualmente procurarsi quei beni, ma li dovrà comperare o li dovrà prendere in locazione, comportandosi come qualsiasi privato. Ancora: pur sussistendo i presupposti di legge per l'espropriazione o per la requisizione, la pubblica amministrazione può ugualmente preferire comperare o prendere in locazione. Essa ha, di regola, la facoltà di agire secondo il diritto amministrativo o secondo il diritto privato (e la seconda soluzione può, in concreto, rivelarsi meglio rispondente alle esigenze pubbliche, perché può consentire una più rapida, anche se più costosa, acquisizione del bene). L'applicazione del diritto privato caratterizza poi un intero e vasto settore dell'attività pubblica: quello dell'attività economica. Le imprese esercitate dallo Stato o da altri enti pubblici sono sottoposte, salvo alcune eccezioni, alle medesime norme applicabili alle imprese private. Il diritto privato si rivela, a questo riguardo, come il diritto meglio adeguato allo svolgimento di attività imprenditoriali e, perciò, come più rispondente al perseguimento delle finalità di interesse generale che le attività economiche pubbliche debbono realizzare.

1.5. Diritto oggettivo e diritti soggettivi

La parola « diritto » ha, in quasi tutte le lingue, un doppio significato: la si impiega, in senso oggettivo, per indicare le norme giuridiche, ossia le norme che prescrivono agli individui dati comportamenti; ma la si impiega anche, in senso soggettivo, per indicare la pretesa di un soggetto a che altri assuma il comportamento prescritto da una norma. Così, ad esempio, si parla del diritto di proprietà in senso oggettivo quando si fa riferimento alle norme del codice civile e delle altre leggi che regolano quel rapporto fra gli uomini, avente ad oggetto le cose, che va sotto il nome di proprietà; si parla, invece, del diritto di proprietà in senso soggettivo quando si fa riferimento all'insieme delle pretese che quelle norme riconoscono al proprietario di una cosa nei confronti di ogni altro soggetto.

Del diritto abbiamo fin qui parlato in senso oggettivo: come norma, generale ed astratta, che regola i rapporti fra gli uomini, imponendo loro di assumere dati comportamenti (ossia prescrivendo o proibendo loro di non assumere dati comportamenti (ossia prescrivendo divieti); in una parola: imponendo doveri [1.2.]. Secondo la generale, già descritta, funzione del diritto, che è la soluzione non violenta dei conflitti fra gli uomini, ogni norma giuridica dispone in ordine ad un possibile conflitto di interessi. Essa stabilisce quale fra gli interessi in conflitto sia degno di protezione e debba prevalere e quale, invece, non sia degno di protezione e debba soccombere: prescrive obblighi o divieti per impedire la realizzazione di interessi valutati come non degni di tutela e per consentire la realizzazione di interessi valutati come degni di tutela.

Del diritto dobbiamo ora parlare in senso soggettivo: dalla considerazione delle norme che regolano i rapporti fra gli uomini dobbiamo passare alla considerazione dei rapporti che le norme regolano. Li si definisce, in quanto regolati da una norma giuridica, come rapporti giuridici: ogni rapporto fra gli uomini regolato dal diritto oggettivo è, per ciò stesso, un rapporto giuridico. Entro il rapporto giuridico possiamo distinguere fra un soggetto, cosiddetto soggetto passivo, al quale una norma impone un dovere, e un altro soggetto, cosiddetto soggetto attivo, nell'interesse del quale quel dovere è imposto. La medesima norma che impone un dovere al primo soggetto abilita il secondo a pretendere dal primo l'osservanza del dovere imposto: in questa correlazione e fra il dovere di un soggetto e la pretesa di un altro soggetto è la struttura fondamentale del rapporto giuridico.

Rapporto
giuridico

Diritto
oggettivo

Diritto
soggettivo

Il diritto soggettivo è, tradizionalmente, definito come un interesse preteso dal diritto oggettivo. Lo si può, più analiticamente, descrivere come la pretesa di un soggetto ad esigere da un altro soggetto l'osservanza di un dovere che una norma impone al secondo nell'interesse del primo. Si consideri, ad esempio, la norma del codice civile secondo la quale « qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno » (art. 2043). Questa norma impone un dovere ad un soggetto: il dovere di risarcire i danni da lui cagionati; ma il dovere gli è imposto nell'interesse di un altro soggetto, di quello che ha subito il danno. La pretesa di questo secondo soggetto di ottenere l'osservanza, da parte del primo, del dovere impostogli dalla norma è un diritto soggettivo.

Si noti però che la tecnica di formulazione dei precetti non segue sempre lo schema della imposizione di un dovere ad un soggetto, alla quale si ricollega il riconoscimento del diritto di un altro soggetto di pretendere l'osservanza del dovere altrui. Spesso la tecnica di formulazione dei precetti appare rovesciata: la norma riconosce un diritto ad un soggetto, ossia gli riconosce la pretesa di esigere da altri un dato comportamento; ed al riconoscimento del diritto di un soggetto si ricollega il dovere di comportamento altrui. Significativa è, ad esempio, la norma sul diritto di proprietà: il codice civile riconosce al proprietario il « diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo » (art. 832). Qui alla pretesa direttamente riconosciuta al soggetto attivo, quella di godere e disporre delle cose con esclusione degli altri, si ricollega il dovere dei soggetti passivi, quello di astenersi da ogni comportamento che leda il diritto del proprietario.

Potere sovrano

Non sempre le norme di diritto oggettivo che prescrivono doveri sono traducibili in norme che riconoscono diritti soggettivi. Non attribuiscono diritti soggettivi quelle norme di diritto pubblico che impongono obblighi o divieti a protezione di interessi solo generali, ossia di interessi che il diritto oggettivo riferisce all'intera società e che nessun singolo membro di questa può considerare anche come proprio interesse. Così, ad esempio, proteggono un interesse valutato solo come generale le norme che impongono a tutti l'obbligo di concorrere alle spese pubbliche, pagando le imposte e le tasse (art. 53 Cost.) o quelle che, in vista della difesa nazionale, impongono l'obbligo del servizio militare (art. 52 Cost.) o le norme che vietano, a protezione della pubblica sicurezza, le riunioni di cittadini armati (art. 17 Cost.) o le associazioni segrete oppure quelle con organizzazione a ca-

ratiere militare (art. 18 comma 2° Cost.). In questi casi la pretesa di esigere l'osservanza degli obblighi o dei divieti imposti dal diritto oggettivo spetta al soggetto che impersona l'intera società, ossia allo Stato o ad altro ente pubblico, con esclusione di ogni diritto soggettivo dei singoli. Nel rapporto giuridico che queste norme instaurano, al dovere del soggetto passivo si contrappone un potere sovrano del soggetto attivo, detto anche potestà di imperio: così, negli esempi ora fatti, il potere dello Stato, o di altri enti pubblici, di esigere il pagamento dei tributi, il potere dello Stato di esigere la prestazione del servizio militare, quello di impedire le riunioni armate, o di punire coloro che vi abbiano partecipato e così via. Spesso, tuttavia, norme poste a tutela di interessi generali della società proteggono, al tempo stesso, anche l'interesse particolare dei suoi singoli membri; e con il potere sovrano di esigerne l'osservanza, spettante allo Stato od ad altro ente pubblico, concorre il diritto soggettivo dei singoli. Così è, ad esempio, per le norme che prescrivono, a protezione dell'interesse generale ad un'equa e razionale utilizzazione del suolo, divieti di costruzioni o limiti alla facoltà di costruire: l'ente pubblico, nella specie il comune, ha il potere sovrano di esigere l'osservanza e può, come si è già accennato, ordinare la demolizione delle costruzioni illegalmente eseguite. Ma al potere sovrano dell'ente pubblico si aggiunge, in questi casi, il diritto soggettivo dei singoli: a questi, come meglio vedremo a suo luogo, è riconosciuto il diritto di ottenere il risarcimento del danno che l'illegittima costruzione abbia cagionato loro e, in certi casi, anche il diritto di ottenere la riduzione in pristino, ossia la demolizione della costruzione illegale (art. 872 comma 2°).

Entro la categoria dei diritti soggettivi si distinguono due grandi sottocategorie: i diritti assoluti e i diritti relativi. Sono diritti assoluti quei diritti che sono riconosciuti ad un soggetto nei confronti di tutti: alla pretesa di un determinato soggetto attivo è qui correlativo il dovere di una moltitudine indeterminata di soggetti passivi. Tipico diritto assoluto è il diritto di proprietà: il diritto del proprietario è il diritto di escludere chiunque dalla utilizzazione della cosa che forma oggetto della sua proprietà; ad esso corrisponde il dovere di tutti di astenersi dalla utilizzazione della cosa di proprietà altrui. Alla serie dei diritti assoluti appartengono, come si vedrà, i diritti reali (tra i quali è il diritto di proprietà), che sono diritti assoluti sulle cose; e i diritti della personalità, ossia i diritti assoluti riconosciuti a tutela della persona umana (diritto alla vita, all'integrità fisica, all'onore, al nome, alla riservatezza ecc.).

Diritti assoluti

Diritti relativi

Sono, invece, **diritti relativi** i diritti che spettano ad un soggetto nei confronti di una o più persone determinate o determinabili. Così, fra quelli già menzionati, il diritto al risarcimento del danno: esso spetta, nei termini dell'art. 2043, a chi ha subito il danno nei confronti di « colui che ha commesso il fatto », e dunque nei confronti di una o più persone determinate. Alla serie dei diritti relativi appartengono i diritti di credito, che sono diritti ad una prestazione avente valore economico; e i diritti di famiglia, ossia i diritti reciproci fra i componenti la famiglia, che sono diritti a comportamenti non aventi valore economico (diritto dei coniugi fra loro, fra i genitori e i figli minori ecc.). Il dovere correlato al diritto di credito assume il nome di obbligazione o di debito; ed il rapporto giuridico fra il creditore ed il debitore è detto rapporto obbligatorio. I doveri correlativi ai diritti di famiglia vengono distinti dalle obbligazioni con il nome di obblighi.

Abbiamo fin qui ragionato sul presupposto che le norme giuridiche impongano obblighi o divieti. Ora bisogna precisare che ci sono norme le quali espongono i loro destinatari a situazioni che non sono propriamente definibili né come obbligo (dovere di comportarsi in un certo modo), né come divieto (dovere di non comportarsi in un certo modo). Una ulteriore situazione è la cosiddetta *soggezione*: ricorre quando una norma espone un soggetto a subire, passivamente, le conseguenze di un atto altrui. La situazione attiva, correlativa ad una soggezione, si definisce come *potere*; e può trattarsi tanto di un potere riconosciuto dal diritto pubblico, quanto di un potere riconosciuto dal diritto privato. E, nel primo caso, un potere sovrano: così il già ricordato potere, spettante allo Stato o ad altri enti pubblici in base all'art. 42 comma 3° Cost., di espropriare i beni dei privati nei casi previsti dalla legge e per motivi di interesse generale. A questo potere di espropriare non è correlativo un dovere del privato proprietario, il quale non deve fare o non fare alcunché: egli, semplicemente, subisce le conseguenze di un atto altrui (conseguenze che, in questo caso, consistono nella perdita del diritto di proprietà sul bene espropriato). Ai poteri riconosciuti dal diritto privato si dà, comunemente, il nome di **diritti potestativi**: così, ad esempio, il diritto di recesso dal contratto, come il diritto che in dati casi spetta all'imprenditore di licenziare il proprio dipendente, oppure il diritto di questo alle dimissioni volontarie. Il lavoratore nel primo caso e l'imprenditore nel secondo si trovano in una situazione di semplice *soggezione* e al diritto potestativo altrui (il diritto di licenziare o il diritto di dimettersi);

subiscono le conseguenze dell'altrui recesso dal contratto (conseguenze che, in entrambi i casi, consistono nella cessazione del rapporto di lavoro).

Onere

Diverso tanto dal dovere (obbligo o divieto) quanto dalla soggezione è l'onere. Si definisce come tale il comportamento che il soggetto è libero di osservare o di non osservare, ma che deve osservare se vuole realizzare un dato risultato. È il caso, ad esempio, dell'onere della prova, previsto dall'art. 2697: « chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento ». Qui il soggetto è tenuto ad un dato comportamento (« deve provare i fatti » ecc.) solo se vuole realizzare un dato risultato (se « vuole far valere un diritto in giudizio »). Egli è libero di dare o di non dare la prova del proprio diritto; ma, se non la dà, non conseguirà il risultato cui l'onere della prova è preordinato, ossia non otterrà una sentenza che riconosca il suo diritto.

Potestà

Il diritto soggettivo è, come si è detto, un interesse protetto dal diritto oggettivo: il soggetto portatore dell'interesse protetto coincide con il soggetto titolare del diritto. Ma questa coincidenza può mancare: può accadere che il diritto oggettivo attribuisca ad un soggetto una pretesa a protezione di un interesse altrui. In tal caso non si parla più di diritto soggettivo, ma si parla di *potestà*. È il caso della potestà dei genitori sui figli minori: ai primi è riconosciuta, come vedremo, una serie di pretese sui secondi; ma è riconosciuta loro non nel proprio interesse, bensì nell'interesse dei figli. Le potestà sono **poteri propri** del soggetto, anche se spettanti nell'interesse altrui; non vanno confuse con i poteri derivati, in forza dei quali un soggetto è abilitato ad agire nell'interesse altrui per incarico conferitogli dallo stesso interessato (è, vedremo, il caso della rappresentanza); o vi è abilitato per provvedimento della pubblica autorità (così tutori, curatori, amministratori giudiziari ecc.), e in tal caso il potere di provvedere all'interesse altrui prende il nome di *ufficio*.

1.6. Fatti giuridici e atti giuridici

Il diritto oggettivo è norma che regola i rapporti fra gli uomini, imponendo loro doveri o riconoscendo loro diritti. È, al tempo stesso, norma che prevede fatti al verificarsi dei quali i doveri o i diritti si costituiscono, si modificano o si estinguono. Così, ad esempio, nella già menzionata norma dell'art. 2043 del codice civile: essa fa riferi-

mento a « qualunque fatto doloso o colposo, che cagioni ad altri un danno ingiusto »; ed al verificarsi del fatto così descritto, qualificato anche come « fatto illecito », ricollega l'obbligazione, per il danneggiante, di risarcire il danno ed il correlativo diritto del danneggiato di ottenere il risarcimento.

Il fatto giuridico Si suole definire, nei termini più generali, come fatto giuridico ogni accadimento, naturale o umano, al verificarsi del quale l'ordinamento giuridico ricollega un qualsiasi effetto giuridico, costitutivo o modificativo o estintivo di rapporti giuridici. Fatto giuridico può essere un accadimento naturale, del tutto indipendente dall'opera dell'uomo. Se un fiume, secondo l'esempio classico, trasporta terra da monte a valle, modificando l'estensione dei fondi rivieraschi, i proprietari dei fondi a valle acquistano la proprietà della maggiore estensione che il loro fondo ha ricevuto (art. 941): qui nuovi diritti di proprietà si sono costituiti come conseguenza di un semplice evento naturale, al di fuori di ogni concorso dell'opera dell'uomo. Può anche accadere che il concorso dell'opera dell'uomo ci sia, ma che resti giuridicamente irrilevante: così, ad esempio, il proprietario del suolo acquista la proprietà dei frutti naturali che da esso provengono (art. 821); ma ne acquista la proprietà per il solo accadimento di un fatto naturale, quale la nascita dei frutti del suolo, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di frutti spontanei (come può accadere per alberi, arbusti ecc.) o che siano il prodotto dell'opera di coltivazione (come nel caso del grano, degli ortaggi ecc.) (art. 820).

I fatti umani Fatto giuridico può essere, inoltre, un fatto umano: è il caso in cui la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto giuridico si produce solo come effetto di un consapevole e volontario comportamento dell'uomo. È, ad esempio, il già menzionato « fatto doloso o colposo » o « fatto illecito » di cui all'art. 2043: qui il termine « fatto » è usato con riferimento ad un comportamento umano, sia esso doloso (ossia intenzionale) oppure colposo (ossia dovuto a negligenza, imperizia o imprudenza). Altrettanto si può dire per l'acquisto della proprietà (per occupazione, come vedremo) delle cose di nessuno: il pescatore, ad esempio, diventa proprietario del pesce che cattura; e ne diventa proprietario per effetto di un fatto consapevole e volontario, come è appunto la cattura del pesce.

Classificazione dei fatti umani La categoria così delimitata è, a sua volta, il punto di partenza di molteplici classificazioni. Si distingue fra fatti leciti e fatti illeciti, a seconda che siano conformi oppure contrari al diritto; si distingue fra comportamenti discrezionali e comportamenti dovuti (co-

munemente detti fatti o, più frequentemente, atti dovuti), a seconda che il soggetto sia libero di compierli oppure vi sia obbligato (tipico fatto dovuto è il pagamento di un debito).

Gli atti giuridici Tutti i fatti umani fin qui considerati producono effetti solo in quanto siano fatti consapevoli e volontari dell'uomo, indipendentemente dalla circostanza che l'uomo ne abbia voluto gli effetti giuridici e, anzi, anche se l'autore del fatto non li voleva affatto. Così il fatto illecito produce l'effetto di obbligare chi lo ha commesso a risarcire il danno cagionato solo in quanto fatto doloso o colposo, e questa obbligazione sorge quantunque non possa dirsi che l'autore del fatto abbia voluto un simile effetto.

I fatti giuridici producono effetti nei confronti del soggetto che li ha posti in essere sul solo presupposto che questi goda della capacità naturale di intendere e di volere. Ciò si desume dall'art. 2047, che esonerà da responsabilità per fatto illecito l'incapace di intendere e di volere. Se ne arguisce che basta la capacità naturale di intendere e di volere affinché si producano gli effetti dell'occupazione, dell'invenzione e così via.

Una sottocategoria dei fatti giuridici è quella degli atti giuridici: li si può definire come gli atti destinati a produrre effetti giuridici. Il codice civile li menziona, con norma generale, all'art. 2: perché essi possano produrre effetti non basta, come per i fatti giuridici, la capacità naturale di intendere e di volere; occorre la legale capacità di agire.

Se ne conoscono due specie fondamentali:

a) le dichiarazioni di volontà.

Si distinguono, entro la vasta categoria dei fatti umani, per lo specifico ruolo che in essi svolge la volontà dell'uomo: l'effetto giuridico, costitutivo, modificativo o estintivo di rapporti giuridici, non si ricollega alla sola volontarietà del comportamento umano, ma all'ulteriore estremo della cosiddetta volontà degli effetti. Non basta, come per il fatto umano in genere, che il soggetto abbia voluto il fatto: qui occorre, perché l'effetto giuridico si produca, che il soggetto abbia altresì voluto l'effetto.

È il caso del contratto, che è atto giuridico risultante dall'accordo di due (contratto bilaterale) o più parti (contratto plurilaterale), diretto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321): se A vende una cosa a B, si produce quale effetto giuridico il trasferimento della proprietà della cosa dal primo al secondo; e questo effetto si produce solo in quanto la loro volontà sia diret-

ta a produrlo. La differenza specifica è, perciò, questa: mentre il fatto umano in genere produce gli effetti che il diritto gli ricollega purché fatto consapevole e volontario (non importa poi se chi lo ha posto in essere abbia voluto, oltre che il fatto, anche gli effetti che il diritto gli ricollega), l'atto di volontà, al contrario, non produce effetti se risulta che il soggetto non li aveva voluti. Così la vendita, la donazione, la permuta ecc. determinano l'effetto giuridico dell'acquisto della proprietà della cosa oggetto del contratto in quanto alla produzione di questo effetto giuridico è rivolta la volontà delle parti; e non determinano questo effetto se, come può accadere nel caso della simulazione (che a suo luogo esamineremo), risulti da altra fonte che esso non era voluto dalle parti.

Lo stesso atto giuridico può poi essere riguardato, oltre che come tale, anche come fatto giuridico. Così la vendita della cosa, che opera come atto giuridico nei confronti del venditore e del compratore e produce l'effetto di trasferire la proprietà dal primo al secondo, agisce come semplice fatto giuridico rispetto al terzo che abbia in locazione la cosa, il quale subisce l'effetto modificativo del proprio rapporto di locazione (la sostituzione del compratore al venditore nella posizione di locatore) al di fuori di ogni concorso della sua volontà (art. 1599). Ancora: l'atto giuridico nullo, improduttivo in quanto tale di effetti, può ugualmente produrre effetti come fatto giuridico: così, il mandato a commettere un illecito, nullo per illiceità dell'oggetto (art. 1346, 1418 comma 2°), non produce gli effetti, propri del mandato (art. 1703, 1709), di obbligare il mandatario alla esecuzione dell'affare e il mandante alle controposizioni del compenso; ma assume, se eseguito, il valore di fatto giuridico (in particolare, di fatto illecito), produttivo dell'effetto di rendere il mandante responsabile (o corresponsabile) del danno cagionato dal mandatario.

Dichiarazioni di

scienza

b) Le dichiarazioni di scienza.

Il linguaggio legislativo indica con il nome di atti, oltre che gli atti o dichiarazioni di volontà, anche gli atti o dichiarazioni di scienza. Con questi il soggetto dichiara di avere conoscenza di un fatto giuridico: così, ad esempio, la dichiarazione con la quale il creditore dichiara di avere ricevuto il pagamento del proprio credito (co-siddetta quietanza di pagamento: art. 1199); così la confessione, che è la dichiarazione di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli ad altri [52.3.]. L'effetto delle dichiarazioni di scienza non è, come per le dichiarazioni di volontà, di costituire o modificare o estinguere rapporti giuridici, ma è di provare l'esistenza di fatti giuridici, di per sé costitutivi o modificativi o estintivi di rapporti. Si tratta, a rigore, di fatti umani, produttivi di effetti (probativi) solo in quanto siano fatti consapevoli e volontari, indipendentemente dalla circostanza che ne siano voluti gli effetti. Vedremo che la legge equipara, per molti aspetti, le dichiara-

zioni di scienza ai fatti giuridici, impedendo una ricerca sulla volontà degli effetti. Ma sono fatti ai quali possono conseguire effetti di particolare gravità per il dichiarante; e vedremo che, per specifici aspetti, la legge equipara le dichiarazioni di scienza alle dichiarazioni di volontà; sotto l'aspetto, soprattutto, della capacità di agire [4.2.]: fra gli «atti» che il minore di diciotto anni non può compiere (art. 2) sono ricomprese, oltre che le dichiarazioni di volontà, anche le dichiarazioni di scienza e, in particolare, la confessione (art. 2731).

Ritroviamo una traccia di questa classificazione dei fatti giuridici nell'art. 1173, che identifica le fonti delle obbligazioni: è detto che queste «derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». Qui il contratto è qualificato come atto, per il riferimento ad «ogni altro atto»; il fatto illecito è qualificato come fatto, per il riferimento ad «ogni altro fatto». Nel codice civile si parla, costantemente, di fatto, ad esempio di «fatto proprio» (art. 948) o di «fatto del terzo» (art. 1381) per designare fatti volontari dell'uomo. Gli «atti», diversi dal contratto, sono invece gli atti unilaterali, cui fanno riferimento, ad esempio, gli artt. 1324 e 1987 ss. (promessa unilaterale al pubblico, promessa di pagamento ecc.); atti unilaterali di volontà diretti, come il contratto, a produrre effetti giuridici.

Quale l'elemento comune a dichiarazioni di volontà ed a dichiarazioni di scienza? Quale l'elemento che, nel sistema del codice civile, identifica l'essenza dell'atto, permettendo di distinguere dal fatto giuridico? Possiamo dire che dai fatti giuridici, che hanno valore anche fuori del diritto, come fatti della realtà naturale o dell'esperienza umana, e che assumono l'appellativo di fatti giuridici solo in quanto il diritto attribuisca loro un qualche effetto, gli atti giuridici si distinguono per essere fatti o atti giuridici: essi hanno valore solo nel mondo del diritto ed esclusivamente per gli effetti giuridici che producono. Per chi ami le metafore dirò che i fatti giuridici sono fatti «trovati» dal diritto, che attribuisce loro effetti giuridici; e che gli atti giuridici sono atti «creati» dal diritto, affinché possano produrre effetti giuridici.

Bisogna però segnalare che il corrente linguaggio dei giuristi spesso non rispetta questo schema di classificazione: si considerano come fatti giuridici i fatti naturali; come atti giuridici i fatti umani (e, perciò, si parla di «atti illeciti», anziché di fatti illeciti, di «atti dovuti», anziché di fatti dovuti ecc.); mentre si impiega il concetto, estraneo al linguaggio legislativo di negozio giuridico per indicare gli atti di volontà, ossia quelli che per il codice civile sono «atti giuridici» (contratti e atti unilaterali). Su questo concetto dottrinale di negozio giuridico, sulle sue origini e sulla sua funzione, ci soffermeremo a suo

luogo [12.2]; fin d'ora avvertiamo che in questo manuale usiamo i concetti di fatto e di atto giuridico nello stesso senso che ad essi attribuisce il linguaggio del codice civile.

Sono atti giuridici anche gli atti della pubblica autorità (gli atti amministrativi, dei quali si è già fatto cenno): così nel codice civile si parla degli atti dello stato civile, formati da quella pubblica autorità che è l'ufficiale di stato civile [4.1.].

1. Area dei paesi di *civil law* e di *common law*

Legenda

Per i Paesi di *civil law*, indicati in grigio, si intendono i Paesi con diritto di fonte legislativa, nei quali le norme giuridiche sono di formazione politica, e i giudici le applicano ai casi concreti con sentenze che hanno effetti limitati alle parti del giudizio.

Nei Paesi di *common law*, indicati in azzurro, il diritto è di formazione prevalentemente giudiziaria (*judge made law*): vale la regola dello *stare decisis*, per la quale il giudice, nel decidere il caso a lui sottoposto, è vincolato dai precedenti giudiziari, ossia dalle sentenze rese da altri giudici nel decidere casi analoghi. Perciò sono i giudici, e non il legislatore, a creare il diritto: e non lo creano, come lo crea il legislatore di *civil law*, con norme generali ed astratte, ma con regole ricavabili dal criterio (*ratio decidendi*) adottato per risolvere il singolo caso.

Per sottrarsi all'autorità del precedente il giudice di *common law* usa la tecnica del *distinguishing*: stabilisce che, nonostante le apparenze analogie, il caso sottoposto al suo esame è diverso dai casi precedentemente esaminati. Il *distinguishing* è lo strumento mediante il quale il *common law* si evolve: anche la mutata realtà economica e sociale può essere ragione giustificatrice dell'abbandono di un precedente.

Le distanze fra *civil law* e *common law* tendono lentamente a ridursi. Nei Paesi a diritto giudiziario si fa strada, un diritto di formazione legislativa (*statutory law*): nei Paesi a diritto legislativo i precedenti giurisprudenziali, sebbene non vincolanti formalmente, influenzano di fatto i giudici (efficacia persuasiva del precedente). Fra i due sistemi permangono, tuttavia, un rilevante elemento differenziatore: l'intervento del legislatore è considerato, in *common law*, un fatto eccezionale, quasi una intrusione della politica in un mondo che è, per sua natura, riservato ai tecnici del diritto. Perciò le norme della *statutory law* vengono interpretate restrittivamente e inquadrare entro i principi del *judge made law*.