

IL DIRITTO

ex Rizzo
Antonio Suzzano

DELLO STESSO AUTORE NELLE EDIZIONI JOVENE

Storia del diritto romano, 11ª edizione, 1996.

Diritto privato romano, 10ª edizione, 1994.

Profilo del diritto romano, 8ª edizione, 1994.

L'ordinamento giuridico romano, 5ª edizione, 1990.

Giusromanistica elementare, 1989.

Pagine di diritto romano, 7 volumi, 1993-1995.

ANTONIO GUARINO

IL DIRITTO

UN IDENTIKIT

JOVENE EDITORE

© Jovene s.p.a., Napoli, 1996

Stampato in Italia dalla Cecom snc - Bracigliano (Sa)

La eventuale riproduzione fotostatica sarà perseguita a sensi di legge

SOMMARIO

Premessa.....	7
I. L'ORDINAMENTO GIURIDICO	
1. Il diritto e lo stato.....	11
2. I rapporti giuridici.....	41
II. L'ORDINE GIURIDICO	
3. L'ordine giuridico e le sue cause.....	78
4. I negozi giuridici.....	98
III. LA REALTÀ GIURIDICA	
5. Il diritto vivente.....	147
6. L'interpretazione del diritto.....	157
7. L'obbedienza al diritto.....	169
Indice degli argomenti.....	181

PREMESSA

Gli studenti che affluiscono alle facoltà universitarie di giurisprudenza si trovano in gran maggioranza, almeno sulle prime, piuttosto interdetti. Per una ragione semplicissima: che i programmi e gli insegnanti delle scuole medie da cui provengono non gli hanno anticipato o potuto anticipare, salve limitate eccezioni, un sufficiente ed onesto profilo del gruppo di discipline che dovranno studiare. Le così dette «matricole» ne sanno (più o meno bene) di latino e di greco, di storia generale, di filosofia, di matematica e fisica, di chimica, di scienze naturali, di arte e di tante cose ancora, ma di diritto ne sanno zero via zero, oppure (peggio) ne hanno in capo un'accozzaglia di nozioni vaghe e sconnesse diffuse a pioggia da quella gioconda materia scolastica che si chiama (mi pare) l'«Educazione civica».

La verità è che i novellini (alla pari di molti inesperti «uomini della strada») il diritto, più che altro, se lo immaginano. Lo deducono alla lontana dalla lettura dei romanzi, dalla scorsa dei giornali e dei periodici, dalle sceneggiature dei film e della televisione, dai discorsi dei politicanti, insomma da tutto un complesso di fonti male informate, impre-

cise, spesso (per deplorevoli motivi di parte o, sia pure, per apprezzabili motivi di arte) addirittura menzognere. Quando poi si accorgono che esso, il diritto, è una cosa piuttosto diversa ed è una cosa seria, molto più seria di ciò che si figuravano, e quando constatano altresì che i loro docenti sono (tutti, mi auguro) professori onestamente impegnati nel loro mestiere e quindi giustamente esigenti e imparziali, i casi sono due: alcuni (non pochi) stringono i denti e vanno avanti verso la laurea rendendosi conto che, tutto sommato, le difficoltà sono pienamente superabili; altri (molti, purtroppo) rallentano il passo, inciampano più o meno ripetutamente in questo o in quell'esame e, alla fine, si fermano esausti e si guardano intorno senza sapere che fare.

Le pagine di questo libriccino sono destinate ad agevolare il primo incontro degli studenti con la «novità» del diritto. Le ho tratte, integrate e riordinate ricavandole da altri miei scritti e accordandomi con l'editore per rinunciare entrambi ad ogni profitto economico, di modo che il prezzo del volume risulti, compatibilmente con i costi della stampa e della carta, il più basso possibile.

Si badi bene. Il mio scopo non ha niente di ambizioso e di altero. È solo quello di tracciare del diritto un identikit (non dico uno «schizzo» perché ormai in Italia, con l'anglomania che imperversa, pochi mi capirebbero): un «aidentikit» (così pronunciano a Scotland Yard) che strizza l'occhio alla così detta «teoria generale del diritto» e che,

come tutti gli identikit, somiglia alla realtà da identificare in modo molto approssimativo e, per di più, irreparabilmente condizionato dalle mie personali capacità (o incapacità) di osservazione e di descrizione.

Quando poi il lettore si sarà fatta, studiando studiando, una propria esperienza e quindi una propria idea del diritto, nelle sue molteplici manifestazioni specifiche, che getti pur via il volumetto. Non gli servirà più (forse) a nulla.

Napoli, 31 dicembre 1995.

a. g.

Nota. Il carattere estremamente elementare (anche se, almeno nelle intenzioni, non del tutto banale) di questo calepino esime dalla necessità di referenze bibliografiche. Le nozioni qui delineate sono tutte rintracciabili (meglio e più autorevolmente espresse) in una selva di manuali, di trattati e di voci di enciclopedia. Mi limito dunque a consigliare la consultazione, se a qualcuno vien voglia, della ricchissima (anche se, col trascorrere del tempo, inevitabilmente qua e là invecchiata) Enciclopedia del diritto (46 volumi, Milano, 1958-1993), oppure, più modestamente, della brevissima (ma sorprendentemente doviziosa e precisa) Enciclopedia Garzanti del diritto (volume unico, Milano, 1993).

I. L'ORDINAMENTO GIURIDICO

1. IL DIRITTO E LO STATO.

1.1. Il *diritto*, meglio detto *ordinamento giuridico* («giuridico» dal latino *ius*), è un esemplare (uno fra i tanti) di ordinamento sociale, il quale inerisce, di solito, a quella particolare specie di società umana che è la società politica o «stato».

Per comprenderne la nozione, occorre perciò intendersi preliminarmente sui concetti di società umana, di società politica, di ordinamento sociale e di ordinamento politico o statale.

1.1.1. I concetti che passeremo ad accennare non riflettono minuziosamente delle realtà concrete: è bene metterlo subito in chiaro. Nel concreto delle realtà presenti e passate (nonché, presumibilmente, delle realtà future), le società, gli stati, gli ordinamenti relativi sono stati, sono e saranno inevitabilmente diversi nei particolari e inevitabilmente

mutevoli nei tempi che si succedono («paese che vai usanze che trovi» dice un noto proverbio). Tuttavia nemmeno deve credersi che le figure concettuali che seguono siano frutto di escogitazioni fantasiose.

Per quanto concerne specificamente il diritto, l'immagine che cercheremo di darne è il risultato di un confronto tra svariate e importanti «esperienze giuridiche» del passato e del presente. In altri termini, è il frutto, nelle sue linee più generali, di un tipo di indagine cui si dà il nome di *teoria generale del diritto* e che consiste nel rilevamento empirico dei caratteri approssimativamente comuni agli ordinamenti giuridici della realtà (possibilmente nel loro più grande numero) presi in esame in sede di *comparazione* tra loro: comparazione che si usa dire *diacronica* quando viene effettuata tra diritti del passato e diritti del presente, mentre si usa dire *sincronica* (o comparazione in senso stretto) quando viene effettuata tra due o più diritti del presente.

1.2. Cominciamo dalla *società umana*. Essa è un'unione organizzata di uomini: un'aggregazione (si faccia attenzione) non casuale, ma «voluta» dai suoi componenti per il conseguimento di certi scopi di interesse collettivo e «funzionale» rispetto a questi scopi, cioè obbiettivamente adeguata a perseguirli.

Gli *scopi sociali* sono generalmente non realizzabili o non facilmente realizzabili dai singoli consociati, mentre li diventano se questi uniscono le loro forze. Essi possono essere della piú varia natura: religiosi, militari, artistici, commerciali e via dicendo. I requisiti per l'esistenza dell'aggregato sociale sono comunque sempre gli stessi: in primo luogo, una soggettiva «convenzione» tra i soci; in secondo luogo, una oggettiva funzione sociale detta, con termine tradizionale, «causa» della società.

1.2.1. La *convenzione sociale* (qualcosa che il buon vecchio Rousseau [1712-1778] denominava, con un tanto di esagerazione formalistica, il «contratto sociale») è la concorde volontà (espressa o tacita) dei consociati di costituire e di tenere successivamente in vita l'aggregato sociale.

Se manca l'intesa (sia pur tacita, ma evidente) di vivere assieme, l'unione ha carattere puramente materiale, perché è determinata soltanto da impulsi istintivi (si pensi alle comunità familiari dei primitivi, aggregate per mere attrazioni biologiche) o da contingenze esteriori (si pensi alla folla che si forma, per influenza di un momento di richiamo comune a piú persone, in una piazza o in un teatro). Non sorge, in tali ipotesi di aggruppamento

materiale, l'impegno di tutti e di ciascuno a coordinare le proprie forze ed a disciplinare i propri egoismi per il raggiungimento di scopi di comune interesse.

Per difetto della convenzione sociale va quindi negato il carattere di società alle *orde preistoriche*, che alcuni invece additano come l'embrione del fenomeno sociale e sogliono chiamare la «società naturale». La formazione delle orde primordiali (determinata unicamente da contingenze e da impellenze esteriori, quali la necessità di abbeverarsi ad una stessa fonte o di ripararsi dalle intemperie in uno stesso luogo) ha soltanto favorito il fenomeno sociale: lo ha favorito in quanto nel seno delle farraginose orde primitive si vennero appunto formando le condizioni per l'enuclearsi dei primi aggregati sociali a carattere religioso e economico.

1.2.2. La *causa sociale* (termine, sia detto una volta per tutte, largamente corrente, ma assai poco felice) è, dal suo canto, la «funzione» caratteristica, oggettivamente individuata, esteriormente riconoscibile, dell'aggregato sociale: la finalità (o *causa finale*) cui la società è oggettivamente in grado di provvedere.

La causa sociale presuppone certo l'esistenza della convenzione sociale, ma non di-

pende da questa e non si identifica né con la «volontà» dei soci di vivere organizzati, né tanto meno con i «motivi» occasionali che hanno potuto indurre i singoli soci ad aderire alla società. Essa risulta, nei fatti, dalla *attitudine concreta e reale* delle strutture sociali a perseguire un certo fine di interesse della collettività. Ove quest'attitudine (sia pure approssimativa) non emerga, è chiaro che la società, pur se voluta dai suoi membri, manca della possibilità effettiva di realizzare gli scopi per cui è stata costituita (anche se eventualmente risulti essere in grado di raggiungere altre finalità cui i suoi componenti peraltro non aspirano). Si pensi, tanto per fare un esempio estremo, ad un «circolo nautico» che si costituisca in una località di montagna e senza una qualunque dotazione di mezzi di locomozione su acqua: è chiaro che questo strano circolo non è assolutamente in grado di funzionare nella realtà, almeno come circolo «nautico». Discorso che vale del pari per un complesso bandistico costituito da persone ignare di musica o prive di strumenti musicali, oppure per un'associazione di cacciatori di pinguini antartici intervenuta tra residenti del circolo polare artico: insomma per tutte le ipotesi (non rare) in cui ci si illuda che, secondo il detto comune, «volere è potere», mentre in realtà

non si dispone dei mezzi materiali appropriati al raggiungimento della meta voluta.

1.3. Deriva da quanto ora detto che ogni società implica l'inerenza ad essa di un certo *ordinamento sociale*, cioè di un sistema più o meno complesso di principî generali che determinino la sua struttura e i suoi modi di funzionamento e che, insomma, predispongano e regolino la così detta *organizzazione sociale*. Quest'ultima non può infatti dipendere, salvo che in minima parte, da convenzioni intervenute sul momento, man mano che se ne presenti la necessità, tra i soci. È evidente che essa esige, alla sua stessa radice, la determinazione di un certo numero di vincoli posti preventivamente alla libertà di ciascun consociato in vista del fine o dei fini collettivi (cioè superindividuali) da raggiungere.

È a questa esigenza di base che provvede l'ordinamento sociale: il quale, dunque, non è cosa estranea alla società ed all'organizzazione sociale, né proviene da un potere esterno, ma dettaglia nei suoi tratti essenziali la convenzione sociale, ed è un aspetto (l'aspetto, a dir così, «dispositivo») del fenomeno societario.

1.4. La *società politica*, o *stato* (vocabolo che molti, non si capisce bene perché, scri-

vono con l'iniziale maiuscola), si distingue da ogni altra specie di società umana per il fatto di esercitare nei riguardi dei consociati (cioè di coloro che consentono di farne parte) una illimitata autorità e di godere, correlativamente, di una assoluta indipendenza da ogni potestà esterna: il che si esprime dicendo che lo stato ha la *sovranità*, ed anzi in tanto è uno «stato» in quanto è dotato di sovranità.

La società politica richiede, a differenza delle società apolitiche, un'organizzazione sociale particolarmente efficiente e postula un ordinamento sociale (il così detto *ordinamento politico* o *statale*), che non soltanto detti regole di condotta per i consociati, ma predisponga, per l'ipotesi dell'inosservanza di tali regole da parte dei consociati stessi, le modalità efficienti per costringere materialmente costoro all'obbedienza o alla penitenza.

Quanto alla sovranità dello stato, non illudiamoci troppo. Essa non è sinonimo di illimitata potenza reale, ma è indice soltanto di «indipendenza» formale (meglio se anche reale, è ovvio) da qualsiasi altra consociazione politica. In concreto non tutti gli stati sono veramente uguali tra loro: vi sono (come tutti sanno) stati più forti e stati più deboli, stati economicamente o militarmente egemoni e

stati satellite, «grandi potenze» (o addirittura «superpotenze») e «piccole potenze».

1.4.1. La struttura dello stato è fissata dal suo ordinamento, e in particolare dalla sua *costituzione*, che è quanto dire dalla convenzione sociale (espressa, o tacita, o parzialmente espressa) da cui la società politica scaturisce.

Gli elementi in cui generalmente lo stato si articola, a termini di costituzione sono tre: il popolo, il territorio, il governo.

1.4.2. Il *popolo* o «popolazione» è l'insieme dei membri dell'associazione politica.

Esso può distinguersi in due categorie: *a*) la *cittadinanza*, che è il complesso di coloro cui è riconosciuta la capacità di partecipare al governo dello stato o ad alcune funzioni di esso («cittadini»); *b*) la *sudditanza*, che è il complesso di coloro cui non è riconosciuta alcuna capacità di partecipazione al governo, cui è imposto cioè soltanto di obbedire («sudditi»).

Assimilati ai sudditi sono, in linea di principio, gli *stranieri* (cittadini di altri stati transitoriamente, o anche permanentemente, abitanti sul territorio statale) e gli *apòlidi* (abitanti sul territorio statale, ma privi della cittadinanza di qualunque altro stato). È ovvio tuttavia che per essi (e sopra tutto per i primi)

vigano nello stato regolamenti speciali (generalmente più favorevoli).

1.4.3. Il *territorio* è la sede comune del popolo: generalmente una sede geografica fissa, ma eccezionalmente anche una sede non fissa, come avviene per certi popoli nomadi.

Esso può distinguersi in: *a) territorio metropolitano*, che è la sede normale dei cittadini o, quanto meno, degli organi di governo dello stato; *b) territorio pertinenziale*, che è la sede normale dei sudditi permanenti, cioè dei sudditi durevolmente soggetti allo stato (si pensi al fenomeno, oggi in estinzione, dei territori coloniali).

1.4.4. Il *governo* è il complesso di cittadini e di eventuali «enti parastatali» (vedremo tra un momento che cosa sono questi ultimi) cui è attribuito l'esercizio della sovranità statale, cioè l'esplicazione di almeno tre tipi di potestà, o «funzioni pubbliche»: *a) la potestà legislativa*, consistente nella emanazione di provvedimenti («leggi» o atti alle stesse equiparati) a carattere di comandi supremi, cioè tali da integrare o da modificare l'ordinamento costituzionale; *b) la potestà giurisdizionale* (o «sanzionatoria»), consistente nell'applicazione delle sanzioni, coattive e non coattive, previste dalla costituzione politica e dai provvedimenti legislativi; *c) la potestà*

amministrativa, consistente nell'esecuzione autoritaria, entro i limiti posti dai principî costituzionali e dai provvedimenti legislativi, di ogni altra mansione necessaria al soddisfacimento dei pubblici interessi.

I tre tipi di potestà ora descritti possono essere ulteriormente ripartiti in specifiche *attribuzioni*, le quali vengono assegnate: a varî *uffici di governo* monocratici o collegiali (assemblee, consigli, singoli funzionari); oppure, almeno in parte, ad *enti parastatali*, cioè ad entità politiche minori e, come suol dirsi, «decentrate». Raramente, infatti, gli stati, sopra tutto nei tempi moderni, si presentano a *struttura semplice*, e per cosí dire unicellulare. Il piú delle volte essi sono, in misura maggiore o minore, stati a *struttura complessa*, nel senso che includono e coordinano in sé minori entità sociali, che derivano da loro la propria autorità («enti parastatali» in senso lato) ed esercitano per loro concessione funzioni determinate: o con riguardo a specifiche ripartizioni territoriali (cd. *enti autarchici territoriali*: es., i comuni, le province, le regioni), o con riguardo a tutto il territorio statale (*enti parastatali in senso stretto*: es., l'Istituto nazionale per la previdenza sociale).

1.4.5. Diversi dagli *stati unitari* (sia pur

complessi) sono gli *stati composti*, che si distinguono in federazioni e confederazioni.

Lo stato composto in senso proprio è il così detto *stato federale*, che generalmente si è formato attraverso la unificazione di due o più preesistenti stati. Questi ultimi, pur conservando larga autonomia, sono ridotti al rango di enti parastatali, e hanno solo nome e apparenza di enti politici in senso proprio.

Tutt'altra cosa è la mera *confederazione di stati*, nella quale, di regola, la sovranità spetta tuttora agli stati confederati, salvo che questi hanno costituito e mantengono di comune accordo, sopra tutto in materia di relazioni internazionali e di organizzazione militare, certi organi di governo unificati.

Inutile aggiungere che tra la confederazione in senso proprio e lo stato federale puro esiste tutta una varietà di forme intermedie, quali sono, ad esempio, gli Stati Uniti di America (U.S.A.) e la Confederazione Elvetica.

1.4.6. La struttura del governo reagisce in modo determinante sul tipo di stato. Da questo punto di vista gli stati, infatti, si distinguono in due grandi categorie: stati a governo aperto e stati a governo chiuso.

Stati a governo aperto o democrazie, sono quelli caratterizzati dal fatto che: a) tutti i cit-

tadini hanno la capacità di partecipare a tutte le funzioni di governo; *b*) la situazione di cittadino di piena capacità è resa accessibile a tutti coloro che, in un determinato momento storico, sono tipicamente considerati atti a partecipare al governo (in altri tempi i soli maschi liberi; poi, dopo l'abolizione della schiavitù, tutti i cittadini di sesso maschile; oggi tutti i cittadini di ambo i sessi).

Dove non si realizzino o non si realizzino pienamente queste caratteristiche, e invece il governo sia riservato in esclusiva ad una famiglia (dinastia) o ad una casta inaccessibile, si versa nell'ipotesi di *stato a governo chiuso* (*autocratico* od *oligarchico*). Ma è doveroso aggiungere che la gamma degli stati a governo chiuso è comprensibilmente vastissima e che molti di essi, altrettanto ovviamente, possono essere nella pratica assai vicini nel funzionamento alla democrazia (si pensi alle moderne «monarchie costituzionali»). Tutto dipende dal tipo e dalla vastità delle «chiusure» che le loro costituzioni prevedono.

1.5. Eccoci, dopo queste premesse, alla nozione di *ordinamento giuridico*.

Mentre i concetti di società, di stato, di ordinamento sociale e statale, dei quali si è parlato dianzi, hanno una loro logica intrin-

seca, non è così per quello di «diritto»: concetto che ha carattere essenzialmente «storico», dipendendo principalmente da valutazioni contingenti, e quindi variabili a seconda dei tempi e dei luoghi.

La sola definizione che si possa dare del *diritto*, senza tema di sbagliare, è un'apparente tautologia, questa: «diritto è ciò che, di volta in volta (in ogni singolo ambiente e in ogni singolo momento storico), si ritiene (e si conviene concretamente, dalla generalità dei consociati, di ritenere) essere appunto diritto». Infatti una società non può mancare di un ordinamento (politico o apolitico) suo proprio, ma può ben mancare del sovrappiù un ordinamento «giuridico»: il che avviene quando non si sia formata in essa l'intesa sociale di dotarla anche di questo ordinamento peculiare.

Tuttavia un'esperienza storica plurimillennaria fornisce due indicazioni importanti. In primo luogo, che i popoli (o per analogia di esigenze, o anche, talvolta, per influenze reciproche) hanno molto raramente ommesso di provvedersi anche di un ordinamento giuridico, denominandolo in modo vario a seconda delle lingue, ma sempre identificandolo con tratti fisionomici e con caratteri di particolare autorevolezza suoi propri. In secondo luogo,

che l'ordinamento giuridico è stato spesso permeato di elementi religiosi, è stato spesso subordinato a principî superiori di cosí detto *diritto naturale* (o «razionale»), è stato spesso interessato solo a certi rapporti sociali piú o meno limitati, ma non è stato mai (o quasi mai) considerato estraneo alla disciplina delle società politiche, insomma all'ordinamento statale.

1.5.1. Noi riteniamo, ciò posto, che il diritto o coincide totalmente con l'ordinamento statale, o ne costituisce un settore particolare e specifico. In altri termini, l'ordinamento giuridico è sempre statale, ma l'ordinamento statale può anche non assurgere, in tutto o in parte, alla dignità di ordinamento giuridico.

La coincidenza «ordinamento giuridico - ordinamento statale» è molto diffusa nell'esperienza moderna, ove è spesso considerata addirittura un'equivalenza, anzi un'identità; ma bisogna avvertire che essa non si è verificata sempre e altrettanto vastamente nelle esperienze piú antiche. La tesi della *statalità del diritto*, non è, comunque, nemmeno oggi un'affermazione pacifica. All'insegnamento tradizionale, da noi accolto («ubi civitas ibi ius»), altri oppongono la teoria della generica *socialità* (anche extra-statale) del diritto («ubi societas ibi ius») ed a sostegno di essa si ri-

chiamano alla considerazione delle affinità quanto meno esteriori (quali possono essere, tanto per fare un esempio, le «corti di giustizia» ed altri apparati «processuali» del genere) che con l'ordinamento giuridico presentano alcuni importanti ordinamenti non statali: sopra tutto l'ordinamento «canonico» (il così detto *diritto canonico*), relativo alla comunità dei cattolici, e quello «internazionale» (il così detto *diritto internazionale*), relativo ai rapporti tra gli stati e gli enti assimilati. Tuttavia, se è vero che il concetto di diritto non è un concetto puramente logico, bensì un dato storico, bisogna, ripetiamo, guardare, per ricostruirlo e determinarlo, al fatto che, secondo quanto comunemente si ritiene (oggi assai più che in passato), solo agli enti politici è possibile l'esercizio della coazione fisica nei riguardi dei rispettivi consociati, sicché l'ordinamento giuridico non può che coincidere, in tutto o in parte, con l'ordinamento delle società politiche, cioè degli stati.

Quando si parla di «diritto» (il che avviene assai spesso) anche al riguardo dell'«ordinamento» canonico e di quello internazionale, cioè di due ordinamenti che sembrano difettare di una sicura efficacia coattiva, se ne parla insomma, almeno a nostro avviso, in senso improprio (o, se si preferisce, in senso

approssimativo): il che non significa affatto che si voglia, in alcun modo svalutarli. Nulla di male, del resto, che la terminologia solenne di «diritto» venga impropriamente applicata anche a degnissimi ordinamenti sociali che non abbiano nulla di concretamente statale, cioè di inesorabilmente coattivo.

1.6. *La struttura del diritto*, al quale limiteremo d'ora in poi il nostro discorso, consta di un complesso più o meno grande di *norme giuridiche* ed eventualmente anche di un certo numero di comandi non normativi (denominabili come *comandi ordinativi*) posti, come vedremo, da «leggi meramente formali».

Le norme giuridiche, pur se ridotte ad un numero minimo, non possono mai mancare, perché è solo dalla loro esistenza che deriva la qualifica di un ordinamento come diritto. Anzi l'ottimo di un ordinamento giuridico è (ma succede molto di rado) di essere costituito esclusivamente da norme giuridiche.

Anche questa tesi (meglio dirlo subito) non è pacifica. La struttura del diritto come complesso di norme (o comunque di comandi) è quella sostenuta dalla dottrina tradizionale e che viene denominata come *teoria normativa* (o «statalistica», o «monistica») *del diritto*. Contro questa concezione tradizionale si pone

la così detta *teoria istituzionistica* (o «pluralistica») *del diritto*: teoria che incontra largo favore particolarmente tra gli studiosi del diritto attinente alle strutture statali ed al loro funzionamento (al così detto «diritto pubblico», come diremo tra poco) e che generalmente è collegata alla teoria della «socialità» del diritto. Secondo tale dottrina, il diritto non si traduce sempre e soltanto nello schema delle «norme», o più in generale dei «comandi», tanto meno in norme coattive e garantite dallo stato: si ha invece diritto, «ordinamento giuridico», sempre che vi sia una organizzazione sociale, una *istituzione* autosufficiente, ed anzi il diritto si identifica totalmente con la società, altro non è che la stessa istituzione nella sua reale e concreta pienezza.

Conseguenza, tra le altre, della teoria istituzionistica è che può anche esservi, su uno stesso territorio e relativamente alle stesse persone, «pluralità di ordinamenti giuridici», in considerazione della pluralità di organizzazioni sociali ivi esistenti. Dal che deriva ulteriormente (ed è gratificante) che il così detto diritto canonico e il così detto diritto internazionale vanno finalmente considerati come ordinamenti giuridici in senso proprio, ma deriva altresì (ed è sconcertante) che vanno considerati come veri e propri ordinamenti giuridici

(e non come «diritti» metaforici) anche le regole interne di certe ben note organizzazioni delinquenziali italiane e straniere (tanto per intenderci, la «mafia» e via dicendo). Ora, lasciando da parte ogni altro rilievo, resta, a nostro avviso, il dubbio se sia lecito identificare il diritto con tutta quanta l'istituzione sociale (o, sia pure, con la sola istituzione statale nel suo complesso), e quindi se sia da sottoscrivere la svalutazione del carattere empiricamente più ricorrente e visibile, che è quello del «comando» (sia pure non sempre esplicito) in cui l'ordinamento giuridico si traduce.

1.6.1. Le *norme giuridiche* sono comandi coattivi che non riguardano casi singoli o persone individue, ma concernono fattispecie «ipotetiche» (che potranno verificarsi una, nessuna o centomila volte) e categorie «tipiche» (non identificate nelle singole persone) di destinatari. Insomma, esse sono (direbbe Kant) «imperativi ipotetici», che dettano in via generale e astratta il regolamento applicabile ad alcuni rapporti sociali ipotetici, per il caso che essi si verifichino nella realtà: «se succederà questo, la conseguenza sarà quella».

1.6.2. Nulla osta, ovviamente, a che vi siano norme relative ad ipotesi più estese e

norme relative ad ipotesi più ristrette, cioè di diritto «speciale».

Costituisce *diritto speciale* tutta la gamma delle norme che, invece di riferirsi all'intera popolazione, si riferiscono a categorie predefinite di cittadini o di sudditi, oppure a limitate porzioni del territorio statale. Esempi: diritto relativo agli addetti all'agricoltura, oppure ai militari; diritto relativo agli incentivi per lo sviluppo economico del Mezzogiorno.

Viceversa, è norma di *diritto generale* o «comune» ogni norma priva di cosiffatte delimitazioni. Esempi: «chi presenta i requisiti x, y, z è cittadino»; «chi non adempie il proprio debito verso il creditore è tenuto all'esecuzione forzata con séguito di danni e interessi».

1.7. Per quanto riguarda il loro *contenuto*, le norme giuridiche vanno distinte in norme direttive e norme sanzionatorie.

Le *norme giuridiche direttive* sono quelle che provvedono: o a fissare i presupposti di applicazione dell'ordinamento, e si dicono più precisamente *norme di qualificazione* (ad esempio: «la disciplina x si applica solo alla regione y dello stato»; «la disciplina z si applica solo a cittadini atti alle armi»); oppure a regolare i rapporti tra i soggetti, e si dicono

piú precisamente *norme di condotta* (ad esempio: «se taluno è proprietario di una cosa, tutti gli altri soggetti devono rispettare il suo godimento della stessa»).

Le *norme giuridiche sanzionatorie* sono invece quelle che provvedono a fissare le sanzioni applicabili a chi violi una norma direttiva e si dicono anche «norme di tutela» (ad esempio, «se taluno infrange l'obbligo di rispettare il godimento del proprietario, sarà costretto a riparare il danno arrecatogli»).

1.7.1. Le norme direttive sono, di regola, inderogabili, sí che la loro violazione da parte dei soggetti implica necessariamente il subentrare delle corrispondenti norme sanzionatorie. Per eccezione piuttosto diffusa, quando l'interesse superiore della comunità non ne esiga ad ogni costo l'applicazione, le norme possono ammettere, entro limiti piú o meno ampi, la loro deroga. Si distingue pertanto, nel linguaggio corrente, tra *diritto cogente* (inderogabile) e *diritto dispositivo* (derogabile dai soggetti).

Una sottospecie del diritto dispositivo è il *diritto alternativo*, cioè un regolamento diverso della stessa fattispecie che la norma giuridica offra ai soggetti. Se i soggetti non scelgono esplicitamente la soluzione alternativa (o

una delle soluzioni alternative), si applica a titolo cogente la norma principale.

1.8. Caratteristica dell'ordinamento giuridico, così come dell'ordinamento statale di cui esso fa parte, è la *coattività* (solitamente detta, con espressione impropria, «coercibilità»). Ciò significa che, per l'ipotesi della inosservanza di un comando direttivo (normativo o anche non normativo), vi è sempre la possibilità di ricorrere ad una correlativa norma sanzionatoria che predispone, almeno come ultima istanza, la costrizione materiale (al limite estremo anche fisica) dell'inosservante, o di altri che subisca la sanzione per lui, alla riparazione o all'espiazione. Una norma di condotta, per quanto autorevole sia, non è sufficiente a fare diritto.

La *coazione* dei destinatari del diritto, sia ben chiaro, non è il modo di esplicazione primario e preferenziale dell'autorità dell'ordinamento. La coazione interviene solo nell'ipotesi di recalcitranza del destinatario all'obbedienza. Essa, inoltre, si traduce, di solito, in un costringimento «materiale» dell'inosservante (es.: nella carcerazione fisica di lui, nella espropriazione di un suo bene economico, nella invalidazione di un atto giuridico da lui posto in opera) solo quando risulti che

l'inosservante ha «insistito» nel sottrarsi ad ulteriori e più pressanti «responsabilità» poste a suo carico dall'ordinamento in considerazione della sua pervicacia nel non conformarsi ai suoi principî direttivi.

1.8.1. La conseguenza di quanto ora detto è che ad ogni fattispecie primaria presa in considerazione dal diritto, corrisponde una *normativa giuridica* costituita, nell'ipotesi più semplice, quanto meno dall'abbinamento di una norma direttiva con una correlativa norma sanzionatoria ad effetto coattivo.

Si avverta peraltro che, anche quando i comandi giuridici sono formulati per iscritto, non sempre ci si trova dinanzi ad una *normativa esplicita* o pienamente articolata in esplicito. Spesso vi sono comandi direttivi, i quali fanno riferimento puramente implicito alla norma sanzionatoria da applicarsi in caso di loro inosservanza. Altre volte si hanno norme sanzionatorie implicite di per se stesse, cioè da dedursi per via di interpretazione dal sistema normativo di cui fanno parte. Altre volte ancora si trovano norme sanzionatorie esplicithe (ad esempio: «chi uccide sarà punito col carcere»), che si riferiscono in modo puramente implicito ad un comando direttivo (cioè, per tenersi all'esempio, «nessuno può uccidere»).

Sia ribadito inoltre che, non di rado, sopra tutto a causa della riluttanza dell'ordinamento a pervenire immediatamente alla coazione, si verifica l'ipotesi di una *normativa complessa*, costituita da molteplici norme sanzionatorie graduate tra loro. Infatti avviene spesso che l'infrazione del comando direttivo apra il varco ad una prima norma sanzionatoria, non coattiva, che si limita ad imporre all'inosservante un comportamento di riparazione o di espiazione; solo nell'ipotesi di inosservanza di questa prima norma sanzionatoria (o di altre norme sanzionatorie non coattive subordinatamente applicabili) entra in azione la norma sanzionatoria estrema, cioè quella coattiva, che costringe l'inosservante, suo malgrado, alla effettiva riparazione o espiazione. Così, ad esempio: alla norma direttiva che vieta di uccidere il proprio simile corrisponde direttamente la norma sanzionatoria coattiva che fissa un certo periodo di reclusione per l'omicida; ma alla norma che vieta di arrecare danno patrimoniale ad altri corrisponde una prima norma sanzionatoria non coattiva, che impone al danneggiatore (o a chi per lui) di risarcire il danno, e solo nell'ipotesi di inosservanza di questa prima norma sanzionatoria entra in campo la norma sanzionatoria coat-

tiva che disciplina l'esecuzione forzata a carico del danneggiatore (o di chi per lui).

1.9. Dopo tutte queste premesse è opportuno precisare, raccogliendo le fila del nostro discorso, che *fonti di produzione* del diritto sono: *a)* gli accadimenti da cui promanano le norme giuridiche, cioè i cd. «fatti normativi» o «fatti di normazione»; *b)* i provvedimenti di governo da cui promanano comandi normativi o, eccezionalmente, ordinativi.

1.9.1. A scanso di equivoci, apriamo però subito una parentesi per chiarire che integrativo del concetto di fonte di produzione, ma da non confondersi con esso, è il concetto di *fonte di cognizione del diritto*, vale a dire di mezzo materiale che permette la conoscenza dell'ordinamento stesso.

Le fonti di cognizione del diritto sono, più precisamente, passibili delle seguenti distinzioni: *a)* fonti di cognizione *in senso tecnico* e *in senso atecnico*: a seconda che riguardino l'ordinamento con lo scopo specifico di riferirlo o che, invece, lo riguardino in maniera indiretta, nel quadro di una rappresentazione (ad esempio, artistica) volta a tutt'altri scopi; *b)* fonti di cognizione *primarie* e *secondarie* (o «derivate»): a seconda che diano una rappresentazione immediata e oggettiva (docu-

mentale o testimoniale) dell'ordinamento o che, invece, costituiscano un'elaborazione soggettiva dell'ordinamento stesso.

Esempio di fonte di cognizione in senso atecnico (e secondaria) del diritto è un romanzo, o un film, in cui figurino casi giuridici (più o meno ben capiti e rappresentati dall'autore). Esempio di fonte di cognizione primaria (e tecnica) è la «Gazzetta ufficiale» in cui si pubblicano gli atti di governo. Esempio di fonte di cognizione secondaria (e tecnica) è un trattato di diritto civile o penale vigente.

1.9.2. Chiusa la parentesi, torniamo alle fonti di produzione giuridica. La fonte di produzione «originaria» dei comandi giuridici è la *costituzione* (politica), cioè la convenzione esplicita o tacita dei consociati che sta a base della organizzazione statale.

Se la costituzione è esplicita, cioè tradotta in un documento, il mezzo di sua manifestazione è costituito dal documento stesso (cd. *statuto*, o *carta costituzionale*). Se la costituzione è inespressa documentalmente (ipotesi oggi meno frequente), essa si manifesta attraverso la uniforme e ininterrotta ripetizione di un certo comportamento, operata dalla generalità (se non proprio dalla universalità) dei consociati con la convinzione della sua giuri-

dica necessità: fenomeno che si designa modernamente con il termine di *consuetudine*.

Ma non basta una prassi, un'abitudine, un «uso», sia pur generale, acché vi sia una consuetudine giuridica. Oltre la vecchiaia del comportamento (la così detta «vetustas»), occorre in più l'*opinio iuris et necessitatis*, cioè il generale (prevalente) convincimento della sua obbligatorietà: un convincimento che non deve consistere nella pura e semplice presa d'atto dell'uso e della sua vetustà, ma che deve tradursi nella coscienza (anche da parte di chi lo infranga) che quell'uso si impone a tutti i consociati come giuridicamente obbligatorio. Tuttavia non è facile, in concreto, distinguere da una semplice prassi una consuetudine e stabilire se quest'ultima sia ancora e sempre sorretta dall'«*opinio iuris et necessitatis*».

Grave problema è inoltre se la norma giuridica possa estinguersi per *desuetudine*, cioè per il formarsi della consuetudine di non applicarla e di non ritenerla giuridicamente vincolante. La possibilità della *desuetudine* è implicita nella concezione della consuetudine (la quale, se disapplicata a lungo e non più sorretta dall'«*opinio necessitatis*», evidentemente viene meno, per fenomeno di «decadenza»), ma è discutibile e discusso se essa possa rite-

nersi attinente anche alle norme statutarie e legislative. A nostro avviso (corrispondente a un pensiero molto diffuso), una norma esplicita, anche se lungamente e largamente disapplicata dai destinatari, non perciò si estingue: sarebbe voler giustificare ogni arbitrio, se si ritenesse il contrario.

1.9.3. L'ordinamento giuridico generalmente ammette che *comandi giuridici integrativi della costituzione* vengano emanati, come abbiamo detto, dagli organi di governo: principalmente dagli organi legislativi, ma anche, sebbene eccezionalmente, da quelli giurisdizionali e da quelli amministrativi.

Fonti di produzione subordinate dell'ordinamento giuridico sono, pertanto, i provvedimenti di governo, e in particolare le leggi in senso proprio, anche dette *leggi formali*, cioè quelle a contenuto normativo. Malauguratamente, alle già troppo numerose, verbose e farraginose leggi formali che affollano gli ordinamenti giuridici (sopra tutto quelli contemporanei) si aggiungono non poche *leggi meramente formali*, cioè a contenuto soltanto ordinativo, le quali, sia pure a volte con le migliori intenzioni (quali quella di conferire un premio eccezionale ad un cittadino particolarmente benemerito), alterano l'esigenza della

uguaglianza che sta e deve stare alla base del diritto.

Fonti integrative di grado ulteriore dell'ordinamento sono anche i provvedimenti normativi ed ordinativi emessi, nell'ambito dell'autonomia loro riconosciuta, dagli enti parastatali (es.: le leggi regionali). Naturalmente questi provvedimenti integrano sempre ipotesi di «diritto speciale».

1.9.4. In linea di logica astratta, i provvedimenti governativi non dovrebbero prevalere sulle norme costituzionali, statutarie o consuetudinarie che siano. Molti ordinamenti moderni sono giunti, tuttavia, ad ammettere la piena equivalenza dei provvedimenti di governo (sopra tutto di quelli legislativi) con quelli statutari: nel qual caso le norme costituzionali possono essere solitamente abrogate o modificate da provvedimenti legislativi particolari (le così dette *leggi costituzionali*) o addirittura (quando la costituzione è, a così dire, «flessibile») da provvedimenti legislativi ordinari.

1.9.5. Vi è di più. Gli ordinamenti giuridici moderni sono generalmente inclini ad accordare sempre e in ogni caso la prevalenza dei provvedimenti legislativi rispetto alle norme consuetudinarie: alle quali non viene, dunque, riconosciuta alcuna efficacia, se siano

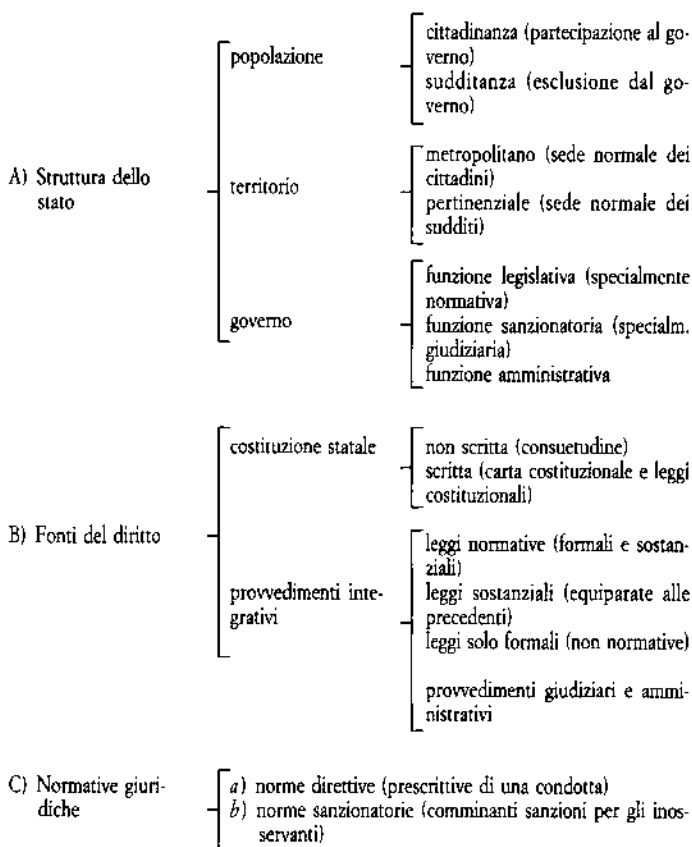


TAVOLA I: A) La struttura dello stato - B) Le fonti del diritto. - C) Le normative giuridiche.

contraddette da una legge (siano cioè «*contra legem*») o, talvolta, anche se siano soltanto «*praeter legem*», cioè siano relative ad argomenti che la legislazione dello stato tralascia di regolare e ritiene perciò giuridicamente irrilevanti. Il solo spazio riservato alle consuetudini è, dunque, quello dell'integrazione del sistema legislativo (quello delle consuetudini «*secundum legem*»).

Il fenomeno può essere compreso e giustificato tenendo presente l'esigenza della «certezza» del diritto obbiettivo, tanto più difficile da realizzare negli stati contemporanei, in considerazione delle dimensioni, solitamente grandissime, che essi hanno assunto. In società politiche tanto vaste e complesse quali sono quelle moderne le consuetudini ormai assai difficilmente potrebbero formarsi e prendere consistenza di consuetudini generali, valevoli cioè per tutto il territorio e per tutta la popolazione dello stato: appare perciò praticamente opportuno affidare agli organi di governo il compito di interpretare gli interessi dell'organizzazione politica e di fissare in modo preciso e prevalente le norme di comportamento adeguate.

1.9.6. La *costituzione rigida*, cioè immodificabile o modificabile solo con apposite leggi

costituzionali, è, astrattamente, il meglio per un ordinamento giuridico.

In concreto, come la storia largamente dimostra, non è così. Dato che la società è in continua evoluzione e presenta di continuo nuove esigenze, l'ordinamento giuridico non può esimersi dal tenerle, sia pure con oculata prudenza, dietro. Se lo statuto impedisce in tutto o in parte questo processo di trasformazione, l'ordinamento giuridico perde inevitabilmente di prestigio e di forza, aprendo il varco al pericolo dell'anarchismo oppure della rivoluzione.

Meglio, quindi, una *costituzione flessibile*, o almeno una costituzione rigida ridotta a pochi (e comunque anch'essi modificabili) principî essenziali. È più facile fermare il sole che fermare la storia.

2. I RAPPORTI GIURIDICI.

2.1. La funzione delle normative giuridiche (e, più in generale, dei comandi giuridici) è quella, come ormai ben sappiamo, di fissare il regolamento (direttivo e sanzionatorio) adeguato a tutti i varî tipi di rapporti intersubiettivi verificantisi nel seno della comunità

(generalmente statale) da esse considerata. Prima di passare all'esame degli effetti di «ordine sociale» conseguenti a questa predisposizione di principî e di comandi, vediamo di chiarirci meglio le idee in ordine al concetto ed ai tipi dei rapporti sociali di interesse giuridico, cioè dei *rapporti giuridicamente rilevanti*.

Ed anzi tutto sia detto, a fini di chiarezza, che la concezione da noi accolta è tutt'altro che incontestata. Noi la facciamo nostra non solo perché è tuttora di gran lunga la più diffusa, ma anche perché riflette al meglio la tradizione dell'antico diritto romano, cui il vigente diritto italiano (alla pari di gran parte dei diritti continentali europei vigenti) per molti versi si ispira.

2.2. I *rapporti giuridici* possono essere dei tipi più varî, ma hanno la comune caratteristica di consistere ciascuno in una relazione tra due o più *soggetti giuridici* in ordine ad un *oggetto giuridico*, cioè in ordine ad un alcunché (materiale o immateriale) che sia fonte di interessi contrastanti (anche se non necessariamente di liti) per i soggetti.

Posto che l'oggetto giuridico, essendo causa di interessi soggettivi in contrapposizione, implica la possibilità di determinare un

conflitto tra i soggetti, la normativa giuridica interviene a stabilire preventivamente quale soggetto, e a quali condizioni, e con quali modalità, meriti la prevalenza sull'altro o sugli altri soggetti concorrenti.

2.2.1. Alcuni rapporti giuridici possono essere anche denominati *qualificazioni giuridiche*, in quanto esprimono, a sensi delle «norme di qualificazione» che li prevedono, i presupposti dell'applicazione dell'ordinamento: presupposti di cui ogni soggetto giuridico interessato può pretendere l'applicazione da tutti gli altri, nell'ambito di un rapporto, come vedremo tra poco, da qualificarsi «assoluto».

Le qualificazioni giuridiche sono, più precisamente di cinque tipi: *a)* qualificazioni *formali*, intese a definire il significato di un termine, cioè il valore di un concetto, per l'ordinamento (es.: «proprietà», «vendita», «usufrutto» ecc.); *b)* qualificazioni *temporali*, intese a determinare il periodo di tempo in cui un certo regolamento avrà vigore (es.: «la presente legge avrà decorrenza dal 15 gennaio», o «sino al 31 dicembre», o «per la durata dello stato di guerra» ecc.); *c)* qualificazioni *spaziali*, intese a determinare i limiti spaziali di un certo regolamento (es.: «la presente legge si applica al territorio della Sicilia»); *d)* qualificazioni *soggettive* (anche dette «status

personali»), intese a stabilire i requisiti per poter essere soggetti di uno o più rapporti giuridici (es.: «soggetto di rapporti giuridici può essere solo chi sia nato e vivente»; «il diritto a pensione spetta solo a chi abbia compiuto *tot* anni di servizio»); e) qualificazioni *oggettive*, intese a stabilire i requisiti di identificazione degli oggetti di uno o più rapporti giuridici (es.: «oggetto di rapporti giuridici privati possono essere solo le cose commerciabili»).

2.3. La conseguenza della previsione normativa di un rapporto giuridico è che, in ordine ad un certo oggetto, si determinano due *situazioni giuridiche soggettive*: una situazione di *preminenza* (così detta «situazione attiva») di uno o più *soggetti attivi* ed una correlativa situazione di *subordinazione* (così detta «situazione passiva») di uno o più *soggetti passivi*.

La situazione attiva viene denominata *potere giuridico* (o anche *diritto soggettivo*), mentre la situazione passiva assume il nome di *dovere giuridico*.

Il potere giuridico di un organo o di un ente pubblico nei confronti dei soggetti subordinati alla sovranità dello stesso prende anche il nome di *potestà (pubblica)*, meno frequentemente quello di diritto soggettivo.

Data la natura complessa della normativa giuridica (che è composta, come si è detto a suo tempo, quanto meno dall'abbinamento di una norma direttiva con una norma sanzionatoria), le situazioni giuridiche soggettive, che ne sono il riflesso, hanno ovviamente anch'esse, di regola, struttura complessa.

2.3.1. Ogni *potere giuridico* è, pertanto, costituito, quanto meno, dal concorso: *a*) del potere di pretendere dal soggetto passivo un certo comportamento, positivo o negativo, così come prescritto in una norma direttiva (cd. *pretesa*); *b*) subordinatamente all'eventuale inosservanza del comportamento prescritto, del potere di costringere il soggetto passivo a subire un'esecuzione forzata o una forzata penitenza per l'inosservanza compiuta (cd. *azione*). È intuitivo perché la spettanza della protezione del diritto abbia indotto, per effetto di lunga e consolidata tradizione, a qualificare il potere del soggetto attivo anche come «diritto soggettivo».

2.3.2. Correlativamente, ogni *dovere giuridico* è, quanto meno, costituito: *a*) dal dovere di fare o non fare alcunché, stabilito in una norma direttiva (cd. *obbligo*); *b*) subordinatamente all'eventuale violazione dell'obbligo, dalla necessità di sottostare, anche contro la

propria volontà, a quanto prescritto da una norma sanzionatoria (cd. *soggezione*).

2.4. Non può tralasciarsi di segnalare che le possibilità di rapporti giuridicamente rilevanti non si limitano alle contrapposizioni dianzi accennate. Esistono anche varie specie di *situazioni soggettive imperfette*, tra le quali, citeremo quelle del diritto affievolito, dell'interesse indirettamente protetto, dell'aspettativa di diritto (o di dovere), dell'interesse diffuso, del diritto potestativo.

2.4.1. Si ha *diritto affievolito* quando l'ordinamento giuridico riconosce la pretesa del soggetto attivo, ma ne subordina l'esercizio oppure ne subordina l'azione all'esistenza di un coincidente interesse (pubblico o privato) altrui, oppure al venir meno di un altrui contrario interesse (pubblico o privato): ond'è che si parla, in materia, anche di «interesse condizionatamente protetto», di «diritto condizionato», di «diritto quiescente» e così via.

Varie e non tutte pacifiche sono le ipotesi. Può anzitutto verificarsi un affievolimento di diritto successivo alla nascita del diritto stesso, nel caso in cui sia riconosciuto a persona diversa dal titolare del diritto il potere di porre nel nulla, in determinate eventualità, il rapporto (ad esempio: possibilità della pub-

blica amministrazione di espropriare la proprietà privata). In altri casi può aversi l'ipotesi di un diritto che sorga già affievolito, cioè già deficiente di una protezione assoluta da parte dell'ordinamento, come quando per l'esercizio o per la tutela di un diritto sia richiesto il venir meno, per causa estranea alla volontà del soggetto o anche ad opera di un soggetto estraneo, di alcuni limiti preventivamente posti dall'ordinamento al rapporto (ad esempio: necessità di una autorizzazione altrui per poter esercitare una certa attività giuridica, oppure necessità che il soggetto attivo o quello passivo ottengano una certa qualifica).

2.4.2. Può darsi anche la possibilità di un *interesse indirettamente protetto*, cioè di un interesse singolo al quale si collega la tutela dell'ordinamento giuridico per pura coincidenza col fatto che questa tutela è prioritariamente concessa ad altro interesse di altro soggetto con esso eventualmente collimante.

È il caso, sopra tutto, delle norme che regolano l'attività dell'amministrazione pubblica e che sono quindi poste al servizio dell'interesse pubblico, con il quale può accidentalmente coincidere l'interesse privato: la protezione giuridica viene accordata all'interesse del privato se ed in quanto esso collimi col pubblico interesse (ad esempio: interesse da

parte del privato a che una esplicazione di pubblico potere nei suoi confronti sia conforme alle regole poste dall'ordinamento).

L'interesse indirettamente protetto è tutelato, di solito, mediante ricorso a giurisdizioni speciali (es.: tribunali amministrativi) e viene usualmente detto anche *interesse legittimo*. Occorre avvertire, però, che con tale termine si suole talvolta impropriamente indicare anche il diritto affievolito, o addirittura tutta la categoria delle figure soggettive imperfette.

2.4.3. La *aspettativa di diritto* (o di *dovere*) si verifica quando la pretesa giuridica, con il correlativo obbligo, non sia ancora venuta in essere, ma si siano tuttavia già verificati alcuni fatti o atti necessari per la sua nascita. Di regola si producono, in tal caso, taluni «effetti preliminari o prodromici», la cui validità è condizionata al perfezionamento della fattispecie. Ma non sussiste aspettativa di diritto, se vi è solo la semplice speranza del sorgere di un diritto o di un dovere.

In senso tecnico, l'aspettativa si ha unicamente quando sia «giuridica», vale a dire quando ad essa il diritto colleghi degli effetti: così vi è indubbiamente un'aspettativa giuridica nell'ipotesi di un diritto sotto condizione sospensiva, dato che fino a che non si sia verificato l'avvenimento condizionante, già pos-

sono tuttavia compiersi, eventualmente preventivi atti di conservazione del diritto e del correlativo dovere.

2.4.4. *L'interesse diffuso* (o «interesse di gruppo», o «interesse collettivo», o «interesse adespota») è un interesse che non è proprio di un singolo soggetto, ma che non è neanche di pertinenza della comunità sociale nel suo complesso: non è, come suol dirsi, un pieno «interesse pubblico». Esso inerisce, infatti, a categorie, a ceti, a gruppi di soggetti in ordine al loro benessere, alla loro salute e così via. Tale, ad esempio, l'interesse alla conservazione di certe bellezze naturali, alla salubrità dell'atmosfera in certi luoghi, alla salvaguardia della dignità delle donne.

La tutela di questi interessi viene talvolta accordata ad uno degli interessati che si faccia avanti per conto di tutti gli altri, ma viene più spesso riconosciuta solo ad associazioni di categoria aventi una certa consistenza.

Il concetto (di derivazione anglosassone) è ancora molto discusso, e quindi incerto. Un antecedente lontano è forse da vedersi nell'«azione popolare», cioè nel diritto di accusa per certi crimini più gravi riconosciuto dal diritto romano antico a qualunque cittadino (il così detto «*quivis de populo*»).

2.4.5. Talvolta può infine avvenire che il

potere di azione sia apparentemente del tutto «autonomo», cioè non sia con sufficiente chiarezza collegato con una precedente pretesa, e che, pertanto, sembri esistere un diritto costituito dal solo potere di costrizione, vale a dire dalla sola possibilità originaria per il soggetto attivo di produrre effetti giuridici a carico di determinati soggetti passivi, indipendentemente dalla volontà di costoro.

Si parla in tal caso di *diritto potestativo* (ad esempio: possibilità di risoluzione di un contratto per inadempimento dell'altro contraente). Tuttavia questa concezione ha suscitato ampie polemiche fin da quando è stata, ormai da molto tempo, prospettata.

2.5. La situazione soggettiva attiva, siccome prevista dalle norme direttive, non si esaurisce necessariamente nel «potere», cioè nella possibilità di soddisfarsi attraverso il comportamento («dovere») del soggetto passivo. Il soddisfacimento di un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico implica la attribuzione di «facoltà» o, talora, l'imposizione di «oneri» al soggetto attivo.

2.5.1. *Facoltà* sono le possibilità riconosciute e garantite dal diritto al soggetto attivo di soddisfare il proprio interesse con i propri mezzi, senza turbative da parte di altri sog-

getti giuridici (ad esempio: la facoltà di godere della cosa o di disporne a piacimento, che compete al titolare del diritto di proprietà).

2.5.2. *Oneri* sono i sacrifici che l'ordinamento addossa al soggetto attivo affinché possa soddisfare il proprio interesse, ottenendo un risultato a lui utile o evitando una conseguenza a lui svantaggiosa (ad esempio: onere di ricorrere all'autorità giudiziaria per provocare l'assoggettamento del soggetto passivo, oppure di presentare una istanza per ottenere un certo soddisfacimento).

L'onere differisce dall'«obbligo» (e non va confuso con quest'ultimo) per il fatto che l'obbligo viene imposto dall'ordinamento a vantaggio di un altro soggetto (il quale è il titolare della correlativa pretesa), mentre l'onere è imposto dall'ordinamento allo stesso soggetto che è titolare della pretesa giuridica ed a suo esclusivo vantaggio.

2.6. Con riguardo alla loro struttura, i rapporti giuridici vanno fundamentalmente distinti in rapporti assoluti e rapporti relativi.

2.6.1. I *rapporti giuridici assoluti* sono quelli che intercorrono tra uno o più soggetti attivi ben determinati e (indeterminatamente) «tutti» gli altri consociati, i quali assumono quindi la veste di soggetti passivi.

Al soggetto attivo si riconosce, in altri termini, una pretesa giuridica verso tutti, *erga omnes*: la pretesa a non essere turbato nell'esercizio delle sue facoltà giuridiche in ordine ad un certo oggetto. Gli altri soggetti (cioè gli «omnes», cui si rivolge la pretesa del soggetto attivo) vengono ad essere tenuti, pertanto, ad un comportamento di tolleranza o di sopportazione (detto alla latina, ad un «pati») nei riguardi del titolare del diritto assoluto. La violazione dell'obbligo di tolleranza da parte di uno degli «omnes» determinerà, a suo carico specifico, lo scatto della norma sanzionatoria.

Esempio tipico di rapporto giuridico assoluto è il rapporto di proprietà: tutti gli altri soggetti sono tenuti ad astenersi dal turbare il godimento di un oggetto giuridico da parte del soggetto che ne è il proprietario; chi contravviene ne è responsabile verso di lui.

2.6.2. In ordine alla *configurazione dei rapporti giuridici assoluti*, coloro che negano la concepibilità degli stessi come rapporti intersubiettivi sostengono, con diverse sfumature, che i rapporti assoluti intercorrono tra il soggetto (titolare del diritto) e l'oggetto giuridico. I rapporti assoluti, in altri termini, differirebbero dai rapporti relativi per il fatto di non ammettere l'esistenza di un soggetto passivo.

Questa teoria coglie efficacemente l'aspetto piú evidente (e che maggiormente colpisce) dei diritti assoluti, cioè l'aspetto delle «facoltà» infinite del soggetto sull'oggetto; può aggiungersi, anzi, che non solo nel linguaggio comune, ma anche in quello (quando sia meno controllato) dei giuristi le facoltà vengono spesso qualificate come diritti. Tuttavia, se è vero che la giuridicità consiste nella possibilità di giungere al costringimento di qualcuno, è chiaro che ad un rapporto privo di soggetto passivo manca questa possibilità, dunque manca la configurabilità come rapporto giuridico.

2.6.3. I *rapporti giuridici relativi* sono quelli che intercorrono tra uno o piú soggetti attivi determinati ed uno o piú soggetti passivi del pari determinati. Il soggetto passivo è, in tal caso, tenuto ad un comportamento satisfattorio positivo o negativo (detto alla latina, «dare», «facere», «non facere»), nel senso che questo comportamento vale a determinare per se stesso il soddisfacimento di un interesse del soggetto attivo.

Esempi tipici di rapporti giuridici relativi sono i rapporti cosí detti obbligatoriî (da compravendita, da mutuo, da atto illecito ecc.): il debitore è tenuto a soddisfare il creditore consegnandogli la merce, restituendogli la somma

avuta in prestito, astenendosi dal fargli concorrenza e via dicendo.

Quando vi sia un rapporto giuridico relativo, se un terzo estraneo al rapporto lede il diritto del soggetto attivo (si pensi, ad esempio, al caso di un estraneo il quale danneggia la cosa che, in un rapporto da contratto di locazione, il locatario abbia ottenuto dal locatore), il soggetto attivo (nella specie dell'esempio, il locatario) non potrà esercitare la sua azione nei confronti del terzo danneggiatore (e ciò appunto perché si tratta di un estraneo), ma potrà agire solo contro il soggetto passivo (nella specie dell'esempio, il locatore).

2.6.4. Una categoria intermedia tra rapporti assoluti e rapporti relativi è costituita dai *rapporti giuridici assoluti in senso improprio*. Si tratta di taluni rapporti relativi (cioè intercorrenti tra soggetti determinati) cui l'ordinamento giuridico conferisce talvolta, almeno in parte, il trattamento proprio dei rapporti assoluti: quindi principalmente il diritto del soggetto attivo di agire per la propria tutela non solo nei confronti del soggetto passivo, ma *erga omnes*.

Una giustificazione logica del fenomeno è impossibile: esso si spiega solo, di volta in volta, sul piano storico. Esempio tipico di rapporto giuridico assoluto in senso improprio è

il rapporto di usufrutto: non solo e non tanto il proprietario della cosa inconsumabile e fruttifera (così detto «nudo proprietario») è tenuto a permettere il godimento da parte dell'usufruttuario, ma in più costui acquista il diritto *erga omnes* di difendersi direttamente, senza far ricorso al proprietario della cosa, dai terzi che attentino al suo diritto.

A rendere evidente la differenza di trattamento tra il rapporto relativo vero e proprio e il rapporto relativo mascherato da rapporto assoluto, si pongano a confronto il diritto di godimento di una cosa spettante al «locatario» (o «conduttore») nei riguardi del locatore e il diritto di godimento di una cosa spettante all'«usufruttuario» nei riguardi del concedente. Se si verifica il danneggiamento della cosa da parte di un terzo, il locatario può reagire solo contro il locatore (che a sua volta reagirà eventualmente contro il terzo), l'usufruttuario potrà invece reagire direttamente contro il terzo.

2.7. Altre importanti distinzioni dei rapporti giuridici sono quelle tra rapporti di debito e di responsabilità, e rapporti ad esecuzione libera e ad esecuzione coatta: distinzioni che saranno più chiare dopo aver fatto la conoscenza della categoria dei «fatti giuridici», della quale parleremo di qui a poco.

2.7.1. I *rapporti giuridici di debito* sono rapporti (assoluti o relativi) consistenti in un vincolo che si costituisce, a carico di tutti o a carico di singoli soggetti, per effetto di un accadimento (cd. «fatto giuridico») previsto come lecito dall'ordinamento. I *rapporti giuridici di responsabilità* sono rapporti giuridici relativi (mai assoluti) consistenti in un vincolo che si pone, a carico di uno o più soggetti passivi determinati, a titolo di responsabilità (di «resa dei conti»): o perché agli stessi sono da attribuirsi le conseguenze di un fatto giuridico da loro non voluto, ma qualificato illecito dall'ordinamento (nel qual caso si usa parlare di *responsabilità oggettiva*); oppure perché hanno messo in opera (volontariamente, è chiaro) un comportamento illecito (nel qual caso si usa parlare di *responsabilità soggettiva*).

La *responsabilità* del soggetto passivo può essere: *a*) «primaria»; *b*) «secondaria» (detta anche «da inadempimento»). La responsabilità *primaria* si ha allorché viene violato un rapporto giuridico assoluto o il rapporto generale e fondamentale di «libertà» (che è anch'esso assoluto); la responsabilità *secondaria* si origina dalla lesione di un rapporto relativo. Esempi rispettivi sono: il rapporto di risarcimento del danno provocato col proprio auto-

veicolo a un passante (l'autore del danno ingiusto è tenuto a risarcire il danneggiato); il rapporto di risarcimento del danno provocato con l'inadempimento di una obbligazione (il debitore inadempiente è tenuto a risarcire il creditore insoddisfatto).

2.7.2. La *responsabilità oggettiva*, di cui si è fatto cenno poc'anzi, è quella scaturente da un fatto non dipendente dalla propria volontà, ma è una figura primitiva, semplicistica di responsabilità. La riflessione più evoluta esige infatti che si risponda solo delle conseguenze, sia pure indirette, delle proprie azioni volontariamente illecite.

Tuttavia, in una società fortemente industrializzata come quella moderna, vi sono casi in cui (si pensi ai danni ambientali o ai rischi da radioattività nucleare) si sta tornando ad accollare a certi imprenditori una responsabilità oggettiva, per il solo fatto che l'effetto dannoso si sia verificato entro una certa sfera territoriale, limitandola peraltro ad un certo «maximum» di risarcimento. Il che, mentre in qualche modo rassicura le vittime (esentandole dall'onere di provare la colpevolezza dell'imprenditore), incoraggia sensibilmente gli imprenditori a esercitare le loro industrie (mettendo in conto la sicurezza di dover rispondere non oltre un certo limite massimo).

2.7.3. Quando la responsabilità dell'illecito non è volta alla riparazione del pregiudizio provocato all'altra parte (cioè al «risarcimento» del pregiudizio stesso), ma è volta a caricare il soggetto responsabile di un'afflizione fisica o economica (cioè di una *pena*) a titolo di punizione per il mal fatto, si parla di *responsabilità penale*.

Tale responsabilità può essere: *a) criminale* (o *penale* in senso stretto), quando deriva dalla commissione di un *reato* (in latino, di un «crimen»), cioè di un atto che offende gravemente gli interessi della comunità (si pensi all'omicidio); *b) civile* (o «privata», anche detta, impropriamente, «aquiliana» o «extra-contrattuale»), quando deriva da un illecito puramente privato.

La responsabilità secondaria (la quale scaturisce, il più delle volte, dall'inadempimento di un rapporto relativo istituito mediante contratto) viene spesso qualificata (altrettanto impropriamente) «responsabilità contrattuale».

2.7.4. I *rapporti giuridici ad esecuzione libera* sono rapporti (di debito o di responsabilità) caratterizzati dalla correlazione di una mera pretesa del soggetto attivo con un mero obbligo del soggetto passivo. I *rapporti giuridici ad esecuzione coatta* sono rapporti di responsabilità (mai di debito) caratterizzati

dalla correlazione di un'azione del soggetto attivo con una soggezione del soggetto passivo.

La *esecuzione coatta* inerisce ai soli rapporti di responsabilità, ma non caratterizza tutti i rapporti di responsabilità: questi possono essere, in altri termini, anche ad esecuzione libera (si pensi alla responsabilità di pagare una penale pecuniaria al proprio creditore a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione assunta verso di lui). La soggezione, e di conseguenza la esecuzione coatta, è, ripetiamo, una soluzione cui si ricorre, sia per la sua drasticità, sia per la difficoltà materiale della sua messa in opera, solo come «ultima ratio», solo quando il soggetto passivo del rapporto di credito non abbia volontariamente obbedito ad almeno un successivo e più gravoso obbligo intimatogli a titolo di responsabilità.

2.7.5. Nella realtà della vita sociale le cose non sono, si badi bene, così schematiche e semplici.

In primo luogo, va detto che ogni rapporto giuridico (assoluto o relativo) nasce sempre come rapporto di debito, mentre poi non di rado si evolve, quando non vi sia osservanza dell'obbligo da parte del soggetto passivo, in rapporto di responsabilità, eventual-

mente ad esecuzione coatta. Dunque le classificazioni dei rapporti in rapporti di debito e di responsabilità e in rapporti ad esecuzione libera e ad esecuzione coatta non sono vere e proprie distinzioni di rapporti giuridici autonomi, ma sono piuttosto fasi ed aspetti evolutivi di un unico rapporto giuridico (assoluto o relativo) «di base».

In secondo luogo, va segnalato che spesso, essendo il rapporto giuridico di base in attesa di un incontestabile accertamento o di un definitivo assestamento, al suo posto figura provvisoriamente un «rapporto giuridico apparente», di cui non si può dire con sicurezza se sia quello vero e se intercorra tra i veri soggetti. Dunque spesso è necessario, nell'interesse dell'ordine sociale, accordare «provvisoria rilevanza» (ed una connessa provvisoria tutela giurisdizionale) all'*apparenza di diritto* di chi verosimilmente sembri o si professi soggetto attivo del rapporto non ancora acclarato o definito (si pensi alla tutela accordata interinalmente al possessore materiale di un oggetto quando sia in dubbio se egli di quell'oggetto è il proprietario). Ne ripareremo.

2.7.6. Quanto detto sinora va posto in relazione alla complessità delle normative giuridiche e sarà meglio chiarito da qualche esempio.

Tizio deve 100 a Caio, ma alla scadenza non opera il pagamento. La relazione tra Tizio e Caio da rapporto (relativo) di debito si evolve in rapporto di responsabilità secondaria ad esecuzione libera (Tizio è tenuto a risarcire Caio). Se Tizio non effettua volontariamente il risarcimento di Caio e questi si rivolge a chi di ragione (autorità giudiziaria), il rapporto (di responsabilità) diventa ad esecuzione coatta.

Lo stesso dicasi nell'ipotesi che Tizio danneggi la cosa in proprietà di Caio, venendo meno all'obbligo di astensione. Dal rapporto assoluto (di debito) si passa al rapporto (relativo) di responsabilità primaria ad esecuzione libera, poi (eventualmente) a quello di responsabilità ad esecuzione coatta.

2.8. L'insieme delle situazioni giuridiche, sia attive che passive, sia perfette che imperfette, inerenti ad un soggetto, costituisce il *patrimonio giuridico generale* di costui.

Può darsi però che, nell'ambito del patrimonio generale, faccia capo al soggetto un certo gruppo di rapporti, che siano dall'ordinamento unitariamente considerati e tenuti distinti dagli altri. In tal caso, ferma restando l'esistenza del patrimonio generale, è possibile individuare uno o più *patrimoni speciali*, cia-

scuno con propria destinazione. Tali patrimoni rilevano, dunque, più che per il riferimento al titolare, per il vincolo oggettivo che li determina.

Il concetto di *patrimonio* non è pacifico. V'è chi lo considera, sulla scorta di teorie economiche, quale complesso delle situazioni attive soltanto («patrimonio netto»). Altri lo ritengono non come mera configurazione unitaria delle situazioni giuridiche imputabili ad un soggetto, bensì come autonoma «*universitas iuris*», in ordine alla quale il soggetto avrebbe una titolarità distinta da quella sui singoli rapporti che ne fanno parte.

2.8.1. Nel novero dei *patrimoni speciali* (o «patrimoni di destinazione») si suole distinguere tra: *a) patrimonio autonomo*, che fa capo ad una pluralità di soggetti (ad esempio: quello delle associazioni senza soggettività giuridica); *b) patrimonio separato*, facente capo ad un solo soggetto unico, ma con netta distinzione dal suo patrimonio generale (ad esempio: patrimonio ereditario che l'erede abbia accettato con «beneficio di inventario», cioè con separazione dal suo patrimonio generale, affinché i creditori del defunto abbiano diritto a soddisfarsi solo sull'asse ereditario).

2.9. Quando due o più diritti diversi insi-

stono su uno stesso oggetto giuridico (o su uno stesso patrimonio) si parla di *concorrenza di diritti soggettivi*.

Tra le varie ipotesi di concorrenza (o coincidenza) quella piú intensa è costituita dal fatto che un diritto in tutto il resto unico abbia due o piú soggetti attivi, due o piú titolari: nel qual caso si parla di «contitolarità del diritto», o di «diritto a soggetti plurimi».

In sostanza, tutti i problemi della contitolarità dei diritti sono subordinati a quello fondamentale della convivenza dei contitolari, cioè al problema della struttura riconoscibile nella *comunione del diritto* tra i contitolari. E fra le possibili soluzioni i tipi piú caratteristici sono tre: quello della comunione indifferenziata, quello della comunione organizzata, quello della comunione solidaristica.

2.8.1. La *comunione indifferenziata* (o «comunanza») rappresenta la soluzione piú elementare e semplicistica del problema della contitolarità.

Manca ad essa la preordinazione di ogni disciplina interna dei contitolari. Ciascuno di essi ha una pretesa sul tutto, ma, siccome anche gli altri hanno un'identica pretesa, egli non è legittimato né ad affermare di sua spettanza una qualsiasi parte (reale o ideale) del diritto, né a reclamare la cessazione dello

stato di comunione mediante un procedimento di divisione. Pertanto, il godimento che si trae dal diritto comune non può essere che indifferenziato (con tutti gli ovvî pericoli di soprusi e di litigi tra i comunisti) e la disposizione del diritto comune (es.: la sua alienazione ad altri) non può essere fatta (quando sia concretamente ammessa o concepita) che sulla base di una decisione unanime.

Il tipo di comunione indifferenziata viene solitamente denominato come *communio iuris Germanici*, essendosi storicamente concretato in un'istituzione caratteristica, e caratteristicamente persistente, dell'antico diritto consuetudinario dei popoli germanici. Un residuo moderno della comunione indifferenziata sono i così detti «usi civici», cioè i diritti riconosciuti a tutti i membri di una comunità locale (per esempio: un comune) di utilizzare certe terre della comunità stessa (o, eccezionalmente, di una comunità vicina) per il pascolo, per la raccolta della legna e via dicendo.

2.9.2. La *comunione organizzata* (o comunione internamente differenziata) ha per sua caratteristica la predisposizione di una disciplina della comunità e quindi la esistenza di una differenziazione interna tra i comunisti, ciascuno dei quali è concepito come titolare di una determinata «quota» ideale del tutto.

Questa organizzazione interna ha importanti riflessi esterni: sia perché la disposizione del diritto comune non dipende necessariamente dalla volontà unanime dei comunisti, ma può essere fatta dipendere (sulla base delle regole prefissate per la disciplina della comunità) da una decisione di maggioranza delle quote; sia perché ciascun comunista può anche individualmente disporre, in pendenza dello stato di comunione, del suo «quantum» ideale di partecipazione al tutto (cioè della sua quota) e alienarlo ad altri che lo sostituisca, senza con ciò pregiudicare l'intero.

La comunione organizzata, che fu caratteristica del diritto romano più evoluto, viene anche solitamente denominata, in contrapposto alla comunione indifferenziata, *communio iuris Romani*. Salvo patto contrario tra i comunisti, ogni partecipante ha un diritto di godimento proporzionato alla sua quota («pro quota») e sopporta, del pari in proporzione alla quota, gli oneri economici implicati dall'utilizzazione dell'oggetto, e così pure gli eventuali danni. Appunto perciò egli è considerato titolare della quota, che può dunque (salvo sempre patto contrario) vendere o donare ad altri, oppure abbandonare ai partecipanti (con l'effetto, in questo caso, di un accrescimento «pro quota» delle quote di cia-

scuno). Le decisioni relative alla sorte dell'intero oggetto della comunione (vendita, donazione, locazione, trasformazione, restauro ecc.) sono di solito rimesse, dal diritto oggettivo o da un patto tra i comunisti, a delibere di maggioranza.

2.9.3. La *comunione solidaristica* è una forma intermedia (e forse, più esattamente, di passaggio) tra gli altri due tipi di comunione ed è caratterizzata dal fatto che tra i comunisti esiste (o per loro volontà concorde o per volontà dell'ordinamento) un vincolo molto stretto, un vincolo di «solidarietà». Internamente la comunione può essere tanto indifferenziata quanto differenziata, ma esternamente (cioè di fronte ai terzi) è tipico di essa che uno qualunque dei comunisti può disporre dell'intero diritto (senza necessità del consenso degli altri o della maggioranza degli altri), salvo a regolare i conti con i contitolari in sede di successiva divisione, o comunque in un secondo momento.

La comunione solidaristica si verifica spesso, per disposizione del diritto oggettivo o per patto tra i contitolari, in ordine ai diritti relativi o di credito (nel qual caso si parla di «solidarietà obbligatoria attiva»); anzi non meno spesso si verifica in ordine ai doveri di debito obbligazionario (nel qual caso si parla

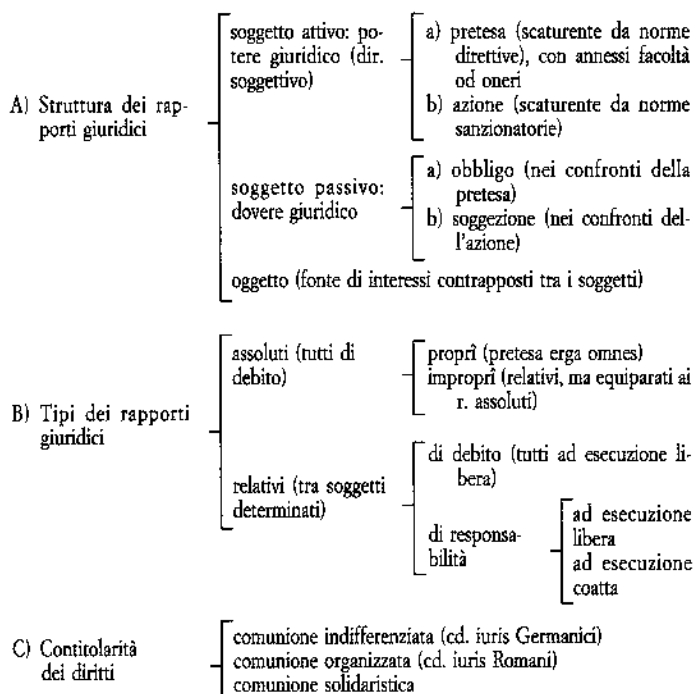


TAVOLA II: A) La struttura dei rapporti giuridici. - B) I tipi dei rapporti giuridici. - C) La contitolarità dei diritti soggettivi.

di «solidarietà obbligatoria passiva»). Nella ipotesi di *solidarietà obbligatoria attiva*, il debitore estingue il suo debito verso tutti i creditori mediante l'adempimento a favore di uno qualunque di essi. Nell'ipotesi di *solidarietà obbligatoria passiva*, il creditore può chiedere l'adempimento del credito ad uno qualunque tra i condebitori.

2.10. La considerazione degli interessi in gioco porta tradizionalmente a differenziare tutti i rapporti giuridici, di cui abbiamo finora parlato, in due grandi categorie: quelle dei rapporti giuridici pubblici e dei rapporti giuridici privati. Si suole anzi suddividere, correlativamente a questa differenziazione, lo stesso diritto in *diritto pubblico* e *diritto privato*.

Rapporti giuridici pubblici sono quelli relativi ad «interessi pubblici», che concernono cioè l'esplorazione delle funzioni di governo e che comportano la presenza di un ufficio o di un ente dell'organizzazione governativa dello stato in veste di soggetto attivo o, meno di frequente, passivo. *Rapporti giuridici privati* sono quelli relativi a «interessi privati», che riguardano cioè i soggetti singoli oppure gli enti così detti privati.

In via di eccezione, anche lo stato e gli

enti parastatali possono intervenire in rapporti giuridici privati, se ed in quanto si svestano dei loro poteri sovrani e si parifichino ai soggetti privati (ad esempio: se acquistino la proprietà di un fondo allo scopo di sfruttarlo dal punto di vista economico).

2.10.1. Distinguere tra *diritto privato* e *diritto pubblico*, pur se è teoricamente legittimo, è praticamente quanto mai difficile e spesso inopportuno, tanto più che vi sono settori dell'ordinamento giuridico (basti pensare a quello della famiglia o a quello del lavoro) nei quali l'interesse pubblico è talmente commisto a quello privato che non è facile stabilire se (o quando) prevalga il primo sul secondo o viceversa. Questo il motivo per cui la dottrina moderna tende a metter da parte la bipartizione, anche se, per rispetto alla sua illustre derivazione romana, esita ad abolirla.

Là dove il diritto non ritiene necessario intervenire, resta libero l'*autoregolamento privato* dei rapporti sociali (detto anche, da alcuni, il *diritto dei privati*), il quale consiste nell'accordo tra più soggetti di stabilire una disciplina organica (purché non giuridicamente illecita) delle loro relazioni interne (si pensi, ad esempio, ai «regolamenti sportivi»). Manifestazione, anche questa, di quell'«auto-

nomia privata», cui dedicheremo, di qui a poco, una specifica attenzione.

2.10.2. Anche se poco apprezzabile dal punto di vista concettuale, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è comunque da tener ben presente per un motivo essenzialmente pratico: per il fatto che molti ordinamenti giuridici attualmente vigenti (ivi compreso quello italiano) sono tuttora strutturati, almeno parzialmente, sulla base di quella distinzione. In particolare, numerosi rapporti in cui gli uffici e gli enti di governo intervengono come sovrani (e che sono quindi a carattere eminentemente pubblicistico) implicano l'osservanza di regolamenti speciali ad essi riservati e comportano la subordinazione, quando si verifichino ipotesi di responsabilità, a certi organi di giustizia piuttosto che ad altri (ai quali è invece attribuita l'impartizione della giustizia in ordine ai rapporti eminentemente privatistici).

Su questa scia si pongono, per necessità (o almeno per utilità) di cose, gli *studi di diritto*, e in ispecie quelli universitari detti di giurisprudenza. Studi (sia posto ben in chiaro, a scanso di spiacevoli equivoci) che non possono essere compiuti limitandosi ad un singolo settore che si preferisca.

Prima di procedere alla così detta «spe-

cializzazione» (come esperto in materia penale, o in materia di contratti tra privati, o in materia amministrativa e via di questo passo), è indispensabile che il giurista (così come il medico, l'ingegnere, il fisico eccetera) si renda conto del fenomeno giuridico nel suo complesso. E ciò anche perché non vi è settore del diritto il quale sia «a chiusura stagna», privo cioè di infiltrazioni provenienti da altri settori ed esente perciò dalla necessità di mettere il capo al di fuori e di guardare, per orientarsi meglio, a tutto il resto.

2.11. Negli studi (e quindi nelle facoltà universitarie) di *giurisprudenza* (parole che viene dal latino «iuris prudentia», conoscenza esperta del diritto), le «discipline» che concorrono alla formazione di un giurista sono distinte tradizionalmente in tre gruppi: *a)* discipline privatistiche; *b)* discipline pubblicistiche; *c)* discipline di supporto.

2.11.1. Le *discipline privatistiche* sono quelle dedicate allo studio dei rapporti giuridici privati e dei regolamenti (anche pubblicistici) ad essi strettamente connessi.

Fondamentale è la disciplina generalmente denominata *Istituzioni di diritto privato*, che opera una sintesi organica di tutta la vastissima materia, mettendo in evidenza i nessi

(non sempre, a prima vista, riconoscibili) che intercorrono tra le varie discipline privatistiche. Il suo schema piú diffuso (ma tutt'altro che universalmente adottato) comporta: *a*) una «parte generale» relativa ai rapporti giuridici ed ai fatti giuridici, con speciale riguardo ai negozi giuridici; *b*) varie «parti speciali» relative ai soggetti giuridici ed alla famiglia, alle imprese ed alle società (anche non commerciali), ai beni e ai così detti diritti reali, alle obbligazioni e alle loro fonti, alla successione per causa di morte.

Non meno importanti, anche se subordinati alla propedeuticità delle Istituzioni, sono: il *Diritto commerciale*, relativo allo studio approfondito delle imprese (e delle così dette «società») commerciali, della loro organizzazione, della loro attività, in genere di tutte le loro vicende (comprese quelle infauste, come il fallimento); il *Diritto civile (approfondito)*, relativo appunto all'approfondimento, cioè all'esame ravvicinato (e quindi piú fruttuoso di valide esperienze) di settori limitati (e variabili da un anno all'altro) della materia privatistica; il *Diritto del lavoro*, relativo ai rapporti di lavoro subordinato, alle organizzazioni sindacali dei lavoratori, alle vicende anche conflittuali tra datori di lavoro e lavora-

tori, agli interventi (numerosi e vari) dello stato in tutta la delicatissima materia.

Fra le altre *discipline di approfondimento* si segnalano: il Diritto della navigazione (marittima e aerea); il Diritto agrario, il Diritto bancario, il Diritto industriale, il Diritto di famiglia, il Diritto matrimoniale, il Diritto privato dell'economia.

2.11.2. Le *discipline pubblicistiche* sono quelle dedicate allo studio dei rapporti giuridici pubblici e dei regolamenti ad essi strettamente connessi.

Nelle facoltà in cui manchi o non sia adeguatamente valorizzata la disciplina propedeutica delle *Istituzioni di diritto pubblico* (corrispondente a quella delle Istituzioni di diritto privato) hanno carattere concorrente, ma parimenti fondamentale: il *Diritto costituzionale*, relativo alla costituzione dello stato e a tutta l'organizzazione suprema dello stesso; il *Diritto amministrativo*, attinente alla molteplice e complessa organizzazione statale e parastatale non strettamente costituzionale, alle sue vicende, ai suoi particolari organi di giustizia (di così detta «giustizia amministrativa»); il *Diritto penale*, relativo alla previsione degli atti costituenti «reato» (detto alla latina, «crimina»), alla loro valutazione, alla «pena pubblica» (reclusione, arresto, multa, ammenda)

loro applicabile, alle «misure di sicurezza» eventualmente connesse; il *Diritto finanziario*, generalmente coordinato alla più vasta disciplina detta *Scienza delle finanze* (ovviamente, delle finanze pubbliche); i *Diritti processuali*, relativi all'amministrazione della *giustizia civile* (nelle liti tra privati), della *giustizia penale* (ai fini dell'applicazione del diritto penale), della già detta *giustizia amministrativa*; il *Diritto internazionale*, relativo ai rapporti interstatuali e tra soggetti internazionali assimilati (così detto diritto internazionale *pubblico*), nonché al trattamento riservato o da riservarsi, da parte dello stato, agli stranieri ed agli apolidi in Italia (così detto diritto internazionale *privato*).

Fra le altre *discipline di approfondimento* si segnalano: il Diritto ecclesiastico (sul trattamento della chiesa cattolica e delle altre confessioni religiose), il Diritto regionale, il Diritto degli enti locali, il Diritto fallimentare, il Diritto delle comunità europee, il Diritto tributario, il Diritto parlamentare, la Contabilità di stato, il Diritto penale e processuale militare, la Criminologia, il Diritto della previdenza sociale, il Diritto sindacale, il Diritto pubblico dell'economia.

2.11.3. Le *discipline di supporto* sono quelle dedicate allo studio delle basi storiche, socio-economiche, etiche, metodologiche degli

ordinamenti giuridici vigenti. Non mancano coloro che, in nome di un utilitarismo gretto confinante (o addirittura collimante) con la piú stolidità incultura, ne negano o ne svalutano l'importanza. Ma i giuristi avveduti sanno sin troppo bene, all'incontro, che il loro sapere e la loro capacità di pensare e di operare debbono fare inevitabilmente i conti, anche in ordine alla soluzione dei casi in apparenza piú banali, con esperienze, con riflessioni e con metodologie che solo dalle discipline di supporto emergono.

Fondamentali tra queste discipline sono:
a) la Storia del diritto romano e le Istituzioni di diritto romano, l'una relativa all'esperienza pubblicistica e l'altra relativa all'esperienza privatistica di quel «diritto romano» (sec. VIII a. C. - VI d. C.) che tuttora costituisce, a prescindere dai collegamenti piú o meno intensi con i vigenti diritti europei continentali (tra cui quello italiano), l'unico ed il piú completo esemplare di un ordinamento giuridico visibile dal principio alla fine attraverso una serie di processi di trasformazione durata tredici secoli;
b) la Storia del diritto intermedio (e, in particolare, del *diritto italiano*) nei quattordici secoli che vanno dalla fine della storia giuridica romana sino agli ordinamenti giuridici vigenti nei nostri giorni; *c) l'Economia politica*, rela-

tiva ad un insieme di cognizioni imprescindibili per la comprensione di quattro quinti (almeno) delle motivazioni degli ordinamenti giuridici presenti e passati; *d*) la *Filosofia del diritto*, relativa a problemi filosofici fondamentali (ad esempio: quello della giustizia o quello della scienza giuridica) di cui è necessaria la conoscenza, anche se non è imposta (e non può certo essere imposta) questa o quella soluzione.

Fra le altre *discipline di approfondimento* si segnalano: il Diritto romano (approfondito), il Diritto canonico, il Diritto comune (diritto romano giustiniano e diritto canonico nell'interpretazione successiva), la Teoria generale del diritto, la Sociologia giuridica, la Dottrina dello stato, la Politica economica e finanziaria, la Storia delle dottrine politiche, le Storie particolari del diritto romano (del diritto pubblico, della costituzione, della repressione criminale, della giurisprudenza), il Diritto comparato (sia pubblico che privato), la Metodologia giuridica, le Metodologie della storia del diritto romano (Epigrafia giuridica, Papirologia giuridica, Egesi delle fonti) e della storia del diritto intermedio (Egesi delle fonti).

2.11.5. Gran parte dei regolamenti universitari dei paesi civili, fermo restando il rispetto della più completa libertà di pensiero

dei docenti, fissano per l'utilità dei discenti precisi *programmi di insegnamento* da svolgere nei relativi corsi.

Questo sistema, del tutto ovvio oltre che onesto, non è espressamente sancito (e comunque non viene praticamente applicato) in Italia: paese ove può anche (talvolta) accadere che dalla cattedra, travisando la libertà di insegnamento, si impartiscano dottrine indubbiamente degnissime sul piano scientifico, le quali peraltro non corrispondano alle elementari esigenze della didattica. Purtroppo.

II. L'ORDINE GIURIDICO

3. L'ORDINE GIURIDICO E LE SUE CAUSE.

3.1. Se il fine dell'ordinamento giuridico è di provvedere a che la vita sociale si svolga senza scosse, occorre, al conseguimento di questo fine, che si realizzi quell'ordine delle relazioni umane che l'ordinamento appunto predispone. Si intende quindi per *ordine giuridico* (detto anche, con linguaggio antico, «ordo ordinatus») il verificarsi in concreto degli effetti che le norme giuridiche riconnettono alle fattispecie ipotetiche da esse considerate.

3.2. Gli *effetti giuridici*, in cui si risolve un ordine conforme al diritto, sono di tre tipi, a seconda che implicino: *a*) la costituzione di nuove qualificazioni o di nuovi rapporti giuridici (effetti *costitutivi*); *b*) la estinzione di qualificazioni o di rapporti giuridici preesistenti (effetti *estintivi*); *c*) la modifica-

zione, in qualche loro dato caratteristico, di qualificazioni o di rapporti giuridici già esistenti (effetti *modificativi*).

3.2.1. Particolare attenzione esigono gli effetti modificativi. Essi si distinguono in modificazioni soggettive e in modificazioni oggettive (o, per meglio dire, non soggettive).

Le *modificazioni soggettive* sono relative ai *soggetti* (attivo o passivo) del rapporto o del complesso di rapporti considerati.

Le *modificazioni oggettive* concernono: o l'*oggetto* vero e proprio del rapporto, nel senso che se ne opera la sostituzione con altro oggetto equivalente o affatto diverso; oppure la natura della *situazione attiva o passiva* di un soggetto, nel senso che si determina un affievolimento o un rafforzamento di diritto o di dovere, o che si verifica la trasformazione di un diritto o dovere in un altro.

Tra gli effetti modificativi più importanti e diffusi vi sono quelli detti della «successione», che meritano una precisazione ulteriore.

3.3. *Successione* in un rapporto giuridico si ha tutte le volte in cui, fermi restando gli altri elementi, un nuovo soggetto giuridico subentra nella situazione di una delle parti: successione *attiva*, se nella situazione del sog-

getto attivo; successione *passiva*, se nella situazione del soggetto passivo.

Il soggetto nella cui posizione giuridica si subentra viene definito «autore» della successione o «dante causa» alla stessa. Il soggetto subentrante prende il nome di «successore» o «avente causa» dalla successione.

Nell'ipotesi di successione di un soggetto ad un altro in singoli diritti o doveri (ad esempio: per effetto della compravendita o della donazione di uno o più oggetti determinati) si suole anche, e preferibilmente, parlare di *acquisto derivativo* (del diritto o del dovere) da parte del successore.

3.3.1. Caratteristico della struttura del fenomeno successorio è che la successione può anche attuarsi, nei limiti in cui l'ordinamento lo dispone e lo ammette, in dipendenza della *fine di un soggetto giuridico* (per morte naturale o per «morte civile», cioè per esclusione disposta dal diritto di un individuo dal novero dei soggetti): dunque tra un autore giuridicamente estinto e un successore munito di soggettività.

Può, anzi, perfino avvenire, secondo taluni ordinamenti, che la successione ad un autore giuridicamente estinto sia riservata ad un avente causa ancora privo di vita giuridica

al momento della fine di quello (es.: un nascituro).

3.3.2. La figura di gran lunga prevalente, in ordine alla successione ad un soggetto giuridicamente estinto, è quella della *successione a causa di morte* o «successione *mortis causa*», che si verifica in dipendenza della morte di un soggetto.

Sia in ordine alla successione tra vivi (*inter vivos*) e sia in ordine alla successione *mortis causa* si tenga presente, peraltro, che non tutti i rapporti già facenti capo al dante causa passano al successore o ai successori (con conseguente modificazione soggettiva nei rapporti medesimi). Alcuni rapporti, infatti, si estinguono irremediabilmente per effetto della scomparsa del loro titolare (es.: diritto agli alimenti, diritto di usufrutto), mentre altri rapporti, sia pure in dipendenza della fine di un soggetto, si costituiscono addirittura *ex novo* in capo al successore (ad esempio: diritto a pensione da parte della vedova).

Rapporti giuridici intrasmissibili per successione sono quelli che non ammettono il trasferimento ad altri soggetti: o perché strettamente personali, cioè strettamente inerenti alla persona del soggetto attuale del rapporto; o perché l'interesse pubblico, o comunque un interesse superiore a quello privato, non am-

mette l'inerenza di una certa situazione ad un titolare diverso; o perché, infine, la volontà degli stessi soggetti ha escluso la trasmissibilità del rapporto, sempre che l'ordinamento giuridico non consideri, imperativamente, il rapporto come essenzialmente trasmissibile.

3.3.3. Relativamente ai *rapporti giuridici trasmissibili*, la successione può verificarsi in forza di quattro ordini distinti di cause: *a*) una norma specifica dell'ordinamento giuridico (cd. «successione legale» o *ex lege*); *b*) un provvedimento sanzionatorio dell'autorità giudiziaria (cd. «successione giudiziale» o *ex sententia iudicis*); *c*) un provvedimento amministrativo (cd. «successione amministrativa» o *ex imperio*); *d*) un atto di autonomia privata, cioè un negozio giuridico (cd. «successione volontaria» o *ex negotio*).

Salvo che l'ordinamento giuridico disponga o ammetta altrimenti, l'ordine delle cause di successione sopra riportato è indicativo anche della loro gerarchia: la prima prevale di regola sulla seconda, la seconda sulla terza, la terza sulla quarta. Tuttavia l'orientamento degli ordinamenti giuridici moderni è, anche in questo campo, nel senso di lasciar fare il più possibile all'autonomia privata e di intervenire con i provvedimenti pubblici (legislativi, sanzionatori o amministrativi) solo allo

scopo di supplire, di integrare o eccezionalmente di correggere l'iniziativa dei soggetti privati.

3.3.4. La distinzione fondamentale da operarsi, sempre in tema di successione, è quella tra «successione universale» e «successione particolare», a seconda che il successore subentri nella totalità delle situazioni giuridiche (sia attive che passive) di cui il dante causa era titolare, o che invece subentri in singole o comunque determinate situazioni giuridiche dell'autore.

Il concetto di *successione universale* (o a titolo universale) è in funzione del concetto di patrimonio. È a titolo universale solo la successione relativa ad *un intero patrimonio*, sia pur depurato dai rapporti intrasmissibili: con l'avvertenza che, ove i successori siano non uno, ma due o più, egualmente la successione ha carattere universale, se ed in quanto ciascuno di essi abbia diritto ad una «quota» del patrimonio complessivo dell'autore.

In ordine alla successione universale, può anche darsi che un soggetto giuridico sia titolare di *due o più patrimoni*, cioè di due complessi organici e tra loro indipendenti di situazioni giuridiche: in questo caso può la successione (universale) in uno dei complessi patrimoniali attuarsi sia tra vivi che a causa di

morte (o di fatto equiparato). Ma l'eventualità praticamente più frequente è che a ciascun soggetto giuridico corrisponda un unico patrimonio: nella quale ipotesi non è possibile parlare di successione universale tra vivi, non essendo concepibile che un soggetto giuridico rimanga anche per un istante totalmente sprovvisto di un suo patrimonio, cioè totalmente privo di situazioni giuridiche attive o passive.

3.4. *Causa efficiente dell'ordine giuridico*, e cioè degli effetti giuridici, è il prodursi nella realtà di accadimenti conformi alle fattispecie ipotetiche configurate dalle norme giuridiche.

Questi accadimenti giuridicamente rilevanti si dicono *fatti giuridici* e si classificano in vari modi, a seconda dei punti di vista da cui vengono considerati. La classificazione più semplice e generale consiste nel distinguere tra fatti involontari e volontari e nel suddividere questi ultimi in leciti e illeciti.

3.4.1. I *fatti giuridici involontari* sono quelli il cui verificarsi è indipendente dalla volontà dei futuri o attuali titolari della qualificazione o del rapporto riguardo a cui essi fatti siano chiamati ad esercitare la loro influenza.

L'accadimento involontario può, più pre-

cisamente, dipendere: o dall'ordine naturale delle cose (*fatti naturali*: ad esempio, la nascita o la morte di un soggetto, il perimento naturale di un oggetto giuridico); oppure dalla volontà di un soggetto del tutto estraneo (*atti del terzo*: ad esempio, la requisizione di un oggetto di proprietà privata da parte dell'autorità amministrativa).

3.4.2. I *fatti giuridici volontari*, anche detti più frequentemente *atti giuridici*, sono quelli il cui verificarsi è determinato dalla volontà dei futuri o degli attuali titolari della qualificazione o del rapporto riguardo a cui essi fatti siano chiamati ad esercitare la loro influenza.

Gli atti giuridici si dicono, a loro volta: *leciti*, se il comportamento in cui consistono è esplicitamente o implicitamente permesso dall'ordinamento giuridico; *illeciti*, se il comportamento in cui consistono è esplicitamente o implicitamente vietato dall'ordinamento giuridico.

In certe ipotesi ben determinate e più gravi, l'ordinamento giuridico, si ricordi, può considerare l'atto illecito come lesivo (o anche come lesivo) dell'interesse dell'intera comunità sociale, nella sua indifferenziata unità: si pensi al tradimento della patria, alla diserzione di fronte al nemico, all'omicidio, alle lesioni per-

sonali gravi e così via. In ordine a queste ipotesi (che vengono qualificate «crimini», «delitti pubblici», «reati» o altrimenti) l'ordinamento può stabilire a carico del reo una *responsabilità criminale* (o responsabilità «penale pubblica») con conseguenze di pene detentive o pecuniarie comminate dal potere giudiziario mediante «provvedimenti di condanna» emessi su richiesta di un rappresentante degli interessi della comunità tutta, cioè dal così detto «pubblico ministero» o «pubblico accusatore».

3.4.3. L'ordinamento giuridico non precisa sempre gli effetti da ricollegare ai fatti giuridici. A tacer d'altro, questo metodo sarebbe troppo macchinoso e ingombrante, a parte il fatto che esporrebbe l'aggregato sociale al pericolo di ridursi ad un'alienante «catena di montaggio». Esso viene pertanto adottato solo in ordine ai fatti giuridici involontari ed agli atti giuridici illeciti, essendo evidentemente inammissibile che di questi ultimi i soggetti abbiano la libertà di fissare la sfera di influenza.

Per quanto riguarda i *fatti involontari*, l'ordinamento non manca mai di stabilire: se e quale rapporto di debito essi costituiscano, modifichino od estinguano (basti pensare agli effetti ricollegati alla nascita o alla morte);

oppure se e quale rapporto di responsabilità (di responsabilità così detta «oggettiva») essi eventualmente costituiscano.

Per quanto riguarda gli *atti giuridici illeciti*, del pari l'ordinamento non manca mai di stabilire: quale rapporto di responsabilità (così detta «soggettiva») essi costituiscano, e in più quale *misura di volontarietà* si richieda nell'autore affinché sia responsabile dell'atto. Detta misura della volontarietà viene, di solito, distinta in: *colpa*, relativa agli atti commessi con maggiore o minore imprudenza, negligenza, imperizia e simili (dove la ulteriore distinzione tra: «colpa lieve», sufficiente a determinare la responsabilità; «colpa lata», più consistente della precedente; e «colpa latissima», quasi affine al dolo); e *dolo*, relativo agli atti commessi con previsione e intenzione di produrre proprio gli effetti vietati dall'ordinamento.

3.4.4. In ordine agli *atti giuridici leciti* l'ordinamento si comporta in maniera meno rigorosa. Di regola, esso lascia ai soggetti una certa sfera (sia pure non illimitata) di discrezionalità nella determinazione degli effetti da conseguire.

Di qui la distinzione degli atti giuridici leciti in due categorie: a) la categoria dei *meri atti giuridici*, i cui effetti sono esattamente pre-

fissati dall'ordinamento, ma il cui compimento è rimesso alla libera decisione degli autori di tali atti (ad esempio: la volontaria presa di possesso di una «*res nullius*», cioè di una cosa non appartenente a nessuno, determina senz'altro l'acquisto della proprietà sulla medesima; la volontaria esecuzione di una prestazione dovuta al proprio creditore determina *ipso iure* l'effetto dell'adempimento estintivo dell'obbligazione); *b*) la categoria degli *atti giuridici di autonomia*, che sono invece quelli di cui non solo il compimento, ma anche gli effetti devono essere di volta in volta voluti e indicati dagli autori.

I *meri atti giuridici* sono detti anche «atti giuridici in senso stretto». Un ordinamento giuridico che, escludendo (o anche fortemente limitando) il gioco degli atti giuridici di autonomia dei soggetti (e in particolare dei soggetti privati), pretendesse di prefissare minuziosamente tutti i possibili effetti giuridici leciti (oltre che quelli illeciti), è praticamente irrealizzabile, salvo che in società entro cui il diritto si limiti ad una ristretta sfera di interessi e lasci ad altri ordinamenti non giuridici il regolamento, con ampio ricorso all'autonomia privata, dei rapporti sociali che esso non ritenga giuridicamente rilevanti. È per ciò che nelle società primitive (antiche e moderne)

l'ordinamento giuridico, essendo solitamente concentrato nella disciplina di un minimo numero di rapporti sociali ritenuti più importanti, riduce spesso al minimo l'ausilio dell'autonomia privata e assume aspetti, a dir così, liturgici. Man mano che, sviluppandosi la società, la sfera di azione del diritto si espande e si articola, l'apporto dell'autonomia privata nella produzione degli effetti giuridici si rivela in pratica indispensabile.

Per meglio intenderci circa il carattere del mero atto giuridico, si pensi alle numerosissime «macchinette a gettone» diffuse nella società moderna per la vendita dei più vari prodotti (ad esempio, sigarette) o per l'elargizione di certi servizi (ad esempio, comunicazioni telefoniche). Il passante è libero di inserire o non inserire il gettone, ma l'effetto di questa sua iniziativa non dipende da lui perché è già predisposto dalla macchinetta.

3.5. Gli *atti giuridici di autonomia*, da cui dipende almeno per quattro quinti la realizzazione dell'ordine giuridico, si dividono anzi tutto in due categorie fondamentali: *a)* quella degli «atti di autonomia pubblica» (o *provvedimenti pubblici*), che vengono posti in essere dagli esponenti del governo statale per l'attuazione di finalità di pubblico interesse; *b)*

quella degli «atti di autonomia privata» (detti solitamente anche *negozi giuridici*), che vengono posti in essere dai privati cittadini per l'attuazione di finalità di interesse privato.

3.5.1. I *provvedimenti pubblici* (che assumono, a seconda dei casi, denominazioni specifiche sulle quali non è il caso qui di indugiarsi) possono essere (ma è cosa che già abbiamo detto): «legislativi», «sanzionatori» e «amministrativi». Particolare attenzione va richiamata in ordine ai provvedimenti sanzionatori (o *provvedimenti giudiziari*) perché è da essi che dipende (ed è cosa che diremo più ampiamente in seguito) l'«esecuzione coatta» dei rapporti giuridici, cioè (in ultima istanza) la «realizzazione del diritto».

3.5.2. L'*autonomia privata* si esercita liberamente entro i limiti posti dall'ordinamento giuridico e dai provvedimenti di governo. In qualche raro caso l'ordinamento giuridico concede ad essa anche la possibilità di emanare, entro confini ben delimitati, regolamenti normativi costituente il così detto «diritto dei privati». Sorvolando per brevità di discorso su questa ipotesi, fermiamoci su quella che è la normalità delle esplicazioni dei così detti «negozi giuridici» (espressione forse un po' goffa, ed anche lievemente equivoca, che co-

munque è bene mantenere per rispetto ad un linguaggio divenuto ormai tradizionale).

3.5.3. I *negozi giuridici* sono, dunque, anch'essi atti di regolamento dei rapporti sociali, salvo che la loro sfera di efficacia è normalmente limitata al privato che li compie od ai privati che si accordano per compierli: non sono atti di eteroregolamento (come di solito i provvedimenti), ma sono atti di autoregolamento di specifici interessi privati da parte dei portatori degli interessi stessi. Più precisamente, per «negozio giuridico» si intende: un atto lecitamente produttivo di effetti giuridici ordinativi conformi alla volontà manifestata da chi lo compie ed allo scopo pratico (così detta «causa negoziale») che è oggettivamente in grado di realizzare.

Lo *scopo pratico del negozio* risulta, il più delle volte, coincidente con la volontà manifestata dall'autore, ma può ben darsi che, ad un'analisi obbiettiva, esso risulti parzialmente diverso da quanto voluto o per lo meno manifestato dall'autore stesso: può ben darsi cioè che il negozio risulti avere una funzione oggettiva (cd. «causa del negozio») diversa da quella vagheggiata o esteriormente indicata dall'autore. Ora l'ordinamento giuridico non può accontentarsi del fatto che i propositi dell'autore del negozio siano esteriormente e,

magari, anche interiormente leciti: esso ha bisogno di essere sicuro che il negozio non sia oggettivamente indirizzato a violare i confini del lecito, cioè dell'autonomia privata. Anche a prescindere dall'ipotesi di mala fede, potrebbe facilmente capitare ad un privato di scatenare in malo modo, come l'apprendista stregone della favola, il meccanismo del negozio giuridico: di qui l'esigenza che vi sia, di regola, una «causa» riconoscibile e che questa causa sia lecita.

3.6. Affinché un qualunque atto giuridico (lecito o illecito, autonomo o non autonomo, pubblico o privato) sia produttivo, in quanto tale, di effetti giuridici non basta però che si realizzi l'accadimento esterno in cui esso materialmente consiste, né basta che l'accadimento sia voluto dall'autore dell'atto. Occorre altresì che l'autore risulti trovarsi nelle condizioni individuali indispensabili, secondo l'ordinamento, per volere responsabilmente l'accadimento.

Presupposti generali dell'attività giuridica (a prescindere dalle qualificazioni ulteriori e specifiche che possano essere di volta in volta richieste per singoli e determinati atti) sono, più precisamente: in primo luogo, la soggettività giuridica (cd. «capacità giuridica»); in

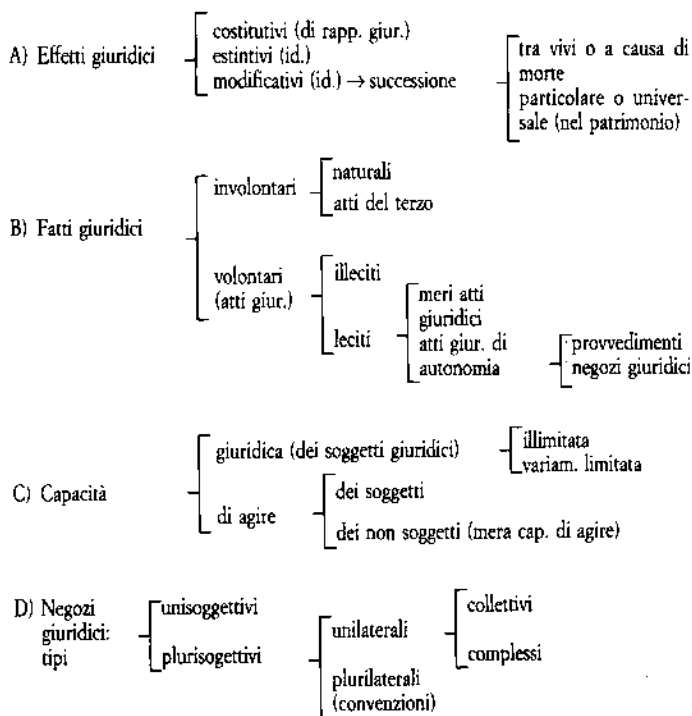


TAVOLA III: A) Gli effetti giuridici. - B) I fatti giuridici. - C) La capacità dei soggetti e dei non soggetti. - D) I tipi dei negozi giuridici.

secondo luogo la capacità di intendere e di volere (cd. «capacità di agire»).

3.6.1. La *capacità giuridica* è l'attitudine riconosciuta dall'ordinamento a un individuo (o ad un ente immateriale ben individuato) di essere soggetto delle (o di alcune) situazioni giuridiche. Essa, in astratto, spetta a tutti gli esseri umani viventi, come singoli o come enti riconosciuti, nella cerchia dello stato; tuttavia è ben raro che un ordinamento giuridico riconosca la soggettività giuridica integralmente (cioè sia per i rapporti giuridici pubblici sia per quelli privati) a tutti coloro che si trovano sul suo territorio. In genere, l'ordinamento esercita sempre una scelta di quelli cui intende riconoscere la soggettività dei rapporti o di certi rapporti (ad esempio: i liberi e non gli schiavi, i maschi e non le femmine, i cittadini e non gli stranieri).

3.6.2. La capacità giuridica, quando non sia riconosciuta illimitatamente (cioè per tutti i rapporti giuridici pubblici e privati) ad un soggetto, dà luogo alla figura dei *soggetti giuridici limitati*, cioè a capacità più o meno largamente ridotta.

Sia inoltre ben chiaro, a scanso di banali equivoci, che, quando si fa la teoria del soggetto giuridico (illimitato), non si vuole con ciò contestare o fingere di ignorare che vi

siano categorie di soggetti giuridici più o meno fortemente, spesso troppo, «limitati» e che queste categorie, in taluni ordinamenti giuridici, affollino la massa preponderante della popolazione. Tanto meno si vuole escludere, sia a questo proposito sia a proposito di ogni altro tema dell'ordinamento giuridico, che nella realtà sociale vi siano forze che, vanificando le finalità del diritto, determinano tra i soggetti (in teoria tutti eguali tra loro) disuguaglianze e sproporzioni di fatto.

3.6.3. La *capacità di agire* è la capacità psico-fisica di intendere e di volere l'atto giuridico che si compie: un requisito di cui non è pensabile sia dotato un ente immateriale e di cui anche un essere umano può temporaneamente o permanentemente mancare (per ragioni di tenera età, di malattia mentale e via dicendo). Questo il motivo per cui la capacità di agire è richiesta solo nei soggetti individuali, oppure eccezionalmente, come diremo tra poco, in esseri umani sprovvisti della soggettività giuridica (si pensi, ad esempio, agli schiavi dell'antichità), purché diano garanzie sufficienti di provvedere adeguatamente agli interessi di un certo soggetto giuridico.

Quanto poi alla sussistenza della capacità di agire, gli ordinamenti giuridici non pretendono, di solito, che per ogni azione giuridica

che si compie sia accertata la effettiva, concreta capacità di intendere e di volere dell'agente nel momento in cui la pone in essere: esigere la «concreta capacità di agire» sarebbe poco pratico e attarderebbe perniciosamente il fluire della vita giuridica. Il sistema cui generalmente si ricorre è quello della *capacità astratta di agire*, cioè quello di presumere che l'individuo sia capace di intendere e di volere quando presenti alcuni requisiti che l'esperienza dei tempi fa ritenere caratteristici della normalità di giudizio: l'aver superato una certa età minima o il non aver superato una certa età massima, l'appartenere ad un certo sesso, l'essere esente da certe malattie o minorazioni fisiche, mentali o morali.

3.6.4. La «presunzione di capacità» connessa alla presenza dei requisiti della capacità astratta di agire cede, peraltro, di fronte alla prova (offerta da chi vi abbia interesse) che viceversa un singolo atto fu compiuto in istato di sia pur momentanea incapacità di intenderlo e di volerlo (es.: per ubriachezza, allucinazione da droga ecc.), cioè fu compiuto in istato di «incapacità concreta di agire» (anche detta *incapacità naturale*). In questo caso l'atto viene posto nel nulla, fatta eccezione per l'ipotesi che l'incapacità sia stata

astutamente preordinata da colui che compia l'atto.

Il caso piú frequente di «*actio libera in causa*», cioè di atto compiuto in stato di incapacità causato in piena libertà di intendere e di volere, è quello dell'ubriachezza predisposta, cioè calcolata in anticipo. Evidentemente, la scoperta di una manovra del genere comporta che l'atto sia valido, come se compiuto in stato di capacità.

3.6.5. La capacità di agire presuppone, di regola, che l'agente sia giuridicamente capace. Un atto compiuto da un individuo, sia pur pienamente capace di intenderlo e di volerlo, ma sfornito della capacità di essere soggetto attivo o passivo del rapporto ad esso conseguente (sfornito cioè della capacità giuridica), è conseguentemente un atto giuridicamente irrilevante (irrilevante almeno come atto, cioè come fatto volontario): i suoi effetti non hanno alcun valore, addirittura non esistono per l'ordinamento giuridico.

Siccome possono anche esservi individui privi di capacità giuridica eppure pienamente capaci di intendere e di volere, ecco la ragione per cui un ordinamento giuridico può anche, eccezionalmente, prevedere, accanto alla capacità giuridica e alla capacità di agire, la figura della *mera capacità di agire* dei non

soggetti, vale a dire il riconoscimento a certi individui privi di capacità giuridica della possibilità di compiere, in considerazione del fatto che sono peraltro capaci di intendere e di volere, validi atti giuridici.

Il fenomeno è pressoché estraneo all'esperienza giuridica contemporanea, ma si verificava spesso in quegli ordinamenti giuridici del passato che qualificavano come soggetti giuridici un limitatissimo numero di esseri umani, mentre assegnavano agli altri (gli schiavi, i «*fili filiarum*» e via dicendo) il ruolo di oggetti di rapporti giuridici.

4. I NEGOZI GIURIDICI.

4.1. Gli atti di autonomia privata, cioè i *negozi giuridici*, esigono, per la loro importanza pratica (non meno che per il fatto di essere nella disponibilità di qualsivoglia soggetto privato, purché capace di agire), una esposizione più attenta.

4.2. Gli *elementi essenziali* di ogni negozio giuridico sono tre: *a*) la «volontà» dell'autore (o degli autori), che è indirizzata da chi la pone in essere, non solo al compimento del-

l'atto in sé, ma anche alla determinazione dei suoi effetti ordinativi; *b*) la «forma» (o «manifestazione»), che riveste esteriormente la volontà e la rende perciò conoscibile agli altri soggetti dell'ordinamento; *c*) la «causa», cioè la funzione che l'atto è obbiettivamente in grado di svolgere ai fini della realizzazione degli effetti.

Per ragioni che risulteranno chiare tra poco, dei tre elementi parleremo in quest'ordine: forma, causa, volontà. Ma, a proposito del *ruolo della volontà*, avvertiamo subito che esso costituisce, argomento di vivissima disputa tra gli studiosi di teoria generale del diritto. L'opinione prevalente ravvisa nella volontà un elemento essenziale della struttura del negozio: un elemento, anzi, anche più importante degli altri e sul quale gli altri (forma e causa) devono, in un certo senso, misurarsi. Contro quest'orientamento è stato tuttavia vigorosamente sostenuto da alcuni che l'essenza del negozio non stia nel fatto che si vogliano certi effetti giuridici, ma stia piuttosto nel fatto che certi effetti siano prodotti o predisposti in un certo modo. Indubbiamente la volontà, secondo questa teoria, è un presupposto imprescindibile del negozio (senza la volontà, da cui scaturisce, il negozio è privo di valore), ma se ne trova al di fuori, non al

di dentro: il negozio, in sé e per sé, consiste in un precetto della autonomia privata, in un fatto di autoregolamento dei privati interessi e deve operare non in funzione di ciò che l'autore ha voluto, ma in funzione del come si manifesta e di quel che è obbiettivamente atto a produrre. In altri termini, il negozio è, sí, concepito e partorito dalla volontà, ma se ne distacca con la nascita e vive poi di vita propria, conformemente alla funzione economico-sociale che è ostensibilmente adatto a realizzare.

Questa concezione originale del negozio giuridico (che, ovviamente, è non meno legittima, sul piano teorico, di quella dominante) ha il merito di porre allo scoperto la parentela intercorrente tra negozi privati e provvedimenti pubblici, nonché tra gli atti ordinativi e quelli normativi. Essa forse, peraltro, scolora eccessivamente il requisito della volontà: la quale negli atti di autonomia privata suole essere generalmente più aderente alla vita del negozio (oltre la nascita) di quanto non lo sia nella maggior parte degli atti di autonomia pubblica. Essenzialmente per questa considerazione di esperienza noi preferiamo, in linea astratta, definire il negozio giuridico come un atto di volontà. Ma è evidente, aggiungiamo, che ogni ordinamento nella sua evoluzione sto-

rica può (non stiamo dicendo che «deve») segnare il passaggio da una concezione «oggettivistica» (o «precettistica») ad una concezione «soggettivistica» (o «volontaristica») del negozio, o viceversa.

4.2.1. Prima di passare ad una più minuta descrizione dei tre elementi essenziali, va subito chiarito che la volontà può anche non promanare da un solo autore (nel qual caso si parla di *negozio unisoggettivo*), ma può essere espressione del concorso di due o più soggetti: nel qual caso l'unico negozio risultante si dice *negozio plurisoggettivo*.

A sua volta, il negozio plurisoggettivo può essere *a)* il risultato di due o più volontà che esprimono interessi convergenti e che sono perfettamente conformi tra loro (*negozio unilaterale collettivo*: ad esempio, la deliberazione dei partecipanti ad una comunione); *b)* il risultato di due o più volontà che esprimono interessi convergenti, ma sono di diverso contenuto e pertanto si integrano l'una con l'altra (*negozio unilaterale complesso*: ad esempio, la volontà di un soggetto incapace di compiere un atto e quella integratrice del suo «curatore»); *c)* il risultato di due o più volontà (o gruppi di volontà), che esprimono interessi divergenti (cioè interessi di «parti» contrapposte) e si conciliano tra loro in un

«accordo su tutto», in un «consensus in idem placitum» tra coloro che lo determinano (*negozio bi- o plurilaterale*: ad esempio, un contratto di vendita).

I negozi bilaterali o plurilaterali vengono usualmente anche denominati *contratti*, per il fatto che tale è il nome che si usa dare alla manifestazione più diffusa (ma non l'unica) della categoria: meglio è parlare di *convenzioni*. Il processo della loro formazione si apre normalmente con una «proposta» di una delle parti e si chiude (eventualmente dopo una vicenda più o meno lunga di controproposte, di repliche e di altre trattative) con l'«accettazione» dell'altra o delle altre parti. Sino a che la proposta non è stata «ricevuta» dalla controparte o dalle controparti (il che, negli accordi «a distanza», può accadere anche dopo qualche tempo) colui che la ha formulata è libero di revocarla, purché la notizia della revoca pervenga alla controparte od alle controparti almeno contemporaneamente a quella della proposta.

I *negozi unilaterali* (semplici o plurisoggettivi) sono perfetti e irrevocabili nel momento in cui la volontà dell'unico autore o tutte le volontà dei coautori sono state manifestate. Possono esservi però anche negozi unilaterali *recettizi*, i quali divengono perfetti nel

momento ora indicato, ma producono i loro effetti solo dal momento (di poco o di molto successivo) in cui sono stati «ricevuti» (e quindi conosciuti) da un determinato destinatario (si pensi, ad esempio, alla disdetta di una locazione).

4.3. La *forma negoziale*, cioè la forma di un negozio (o, in generale, di un atto giuridico), è il primo dato della sua riconoscibilità esteriore.

Essa può essere tanto una «forma libera», cioè rimessa alla libera iniziativa dell'autore o degli autori del negozio, quanto una «forma vincolata». E la forma vincolata può essere tale o per imposizione dell'ordinamento (nei numerosi casi che vanno dalla cambiale al testamento) o per preventiva decisione dello stesso autore (o degli stessi autori) del negozio (ad esempio: nell'ipotesi che di una certa commissione commerciale si convenga tra le parti che varrà solo se scritta).

La forma libera è semplice mezzo di individuazione del negozio. Quella vincolata può essere invece richiesta tanto a puri scopi di individuazione («ad probationem negotii»: solo quella determinata forma può valere ad individuare il negozio, a provarne la esistenza), quanto a scopi sostanziali («ad substantiam

negotii»), cioè come elemento costitutivo del negozio, che in sua mancanza risulta, dunque, invalido.

Il negozio la cui forma sia *vincolata solo a fini di individuazione* è un negozio che esiste giuridicamente, ed è quindi produttivo di effetti, comunque sia venuta a manifestarsi la volontà all'atto del suo compimento; salvo che, ove sorga contestazione in ordine alla sua esecuzione, non è lecito riconoscerlo e tutelarlo se non gli si presenti rivestito della forma (scritta o orale) prescritta per individuarlo. Viceversa il negozio la cui forma sia *vincolata a fini di sostanza* è un negozio che non esiste giuridicamente se non è stato compiuto in un prestabilito modo esteriore (mentre non è richiesta, di regola, nessuna determinata forma affinché ne sia provata la esistenza).

4.3.1. *La necessità della forma*, cioè della manifestazione negoziale, discende dal principio che in diritto hanno valore solo i fatti percettibili sensorialmente (a causa di scritti, parole, gesti ecc.) da tutti e, in particolare, dai giudici. Il così detto *negozio invisibile* (cioè solamente pensato, convenuto telepaticamente tra due soggetti e via dicendo) è giuridicamente irrilevante («intentio in mente retenta nihil operatur»).

Non sempre gli autori o le leggi moderne parlano di forma del negozio in senso equivalente a quello di «manifestazione». Molti per «forma» intendono esclusivamente quel particolare modo di manifestazione della volontà che talvolta, per taluni negozi, l'ordinamento giuridico specificamente esige: in altri termini quella che noi denominiamo «forma vincolata» (dall'ordinamento). Il negozio giuridico, secondo questa impostazione, ha dunque sempre bisogno della «manifestazione» della volontà, mentre della «forma» (cioè della manifestazione attuata in un certo determinato modo) ha bisogno (come ulteriore elemento essenziale) solo nei casi e nei termini espressamente indicati dall'ordinamento giuridico.

4.3.2. La forma può essere *vincolata* «*ad substantiam*» in tre misure di diversa intensità: come elemento concorrente, come elemento dominante, come elemento assorbente.

Se la forma vincolata ha il carattere di *elemento concorrente* con gli altri elementi del negozio (volontà manifestata, causa), essa non prevale sugli stessi.

Se la forma vincolata ha il carattere di *elemento dominante*, la sua esistenza fa presumere l'esistenza degli altri requisiti: dei quali, dunque, non occorrerà, in tal caso, accertare l'esistenza e la regolarità, salva rimanendo

solo la prova, in caso di contestazione giudiziaria, della loro inesistenza o del loro vizio.

Se ha infine il carattere di *elemento assorbente*, la forma vincolata riassume in sé il negozio, togliendo ogni rilevanza agli altri elementi: la cui mancanza o il cui vizio non possono essere in nessun caso opposti per far valere la invalidità del negozio, ma possono solo costituire oggetto di un separato accertamento giudiziale ai fini di una eliminazione degli effetti già prodotti dal negozio. In altri termini, il negozio è, in quanto tale, valido e produttivo immediatamente di effetti per il solo fatto di essere ritualmente stilato in quella determinata forma, mentre della sua nullità si vedrà in altra sede.

Conseguentemente i negozi a forma vincolata «ad substantiam» sono anche detti *negozi formali* o *solenni*, e vengono suddivisi, per le ragioni or ora indicate, in: *a*) negozi *meramente formali*, che sono quelli a forma vincolata concorrente: la loro individuazione dipende non meno dall'accertamento della volontà e della causa che dall'accertamento della messa in opera della forma prescritta; *b*) negozi *processualmente astratti*, che sono quelli a forma vincolata dominante (ad esempio: la promessa di pagamento e la ricognizione di debito); *c*) negozi *materialmente astratti*, che

sono quelli a forma vincolata assorbente (ad esempio: la cambiale).

4.4. In generale, nel processo di individuazione della fattispecie negoziale, il momento immediatamente successivo a quello della constatazione della forma del negozio è il momento dell'accertamento della *causa negoziale*, della sua «funzione oggettiva», dello scopo (o «causa finale») cui esso è effettivamente indirizzato ed è effettivamente in grado di pervenire. Un negozio privo di causa (o meglio, privo di una causa individuabile) non vale nulla, è invalido, così come è invalido (ed eventualmente determinativo di responsabilità a carico del suo autore) un negozio con causa illecita, cioè diretto ad uno scopo ingrato all'ordinamento giuridico.

4.4.1. Posto che la causa del negozio, in senso tecnico, consiste nella «funzione» che questo è obbiettivamente in grado di svolgere nella vita sociale, bisogna ribadire quanto già detto in una precedente occasione: cioè che essa non va confusa, come pur si sarebbe tentati di fare, né con la volontà, né con i motivi dell'autore o degli autori del negozio.

La causa non va confusa con la «volontà negoziale», perché essa non è ciò che l'autore vuole, ma è ciò che il negozio è realmente atto

a determinare. Un negozio può, infatti, essere valido, essendo lecita la causa, pur se questa non corrisponde al veramente voluto da chi lo ha posto in essere (quando vi sia stato un «adeguamento» espresso o tacito ad essa della volontà negoziale).

D'altro canto, la causa non va confusa con i «motivi» dell'autore o degli autori del negozio (impropriamente detti, anche nelle fonti romane, «*causae*») perché questi sono soltanto gli impulsi interni, talvolta molteplici, che hanno indotto il soggetto o ciascun soggetto al compimento dell'atto: impulsi, generalmente privi di ogni rilevanza giuridica, che nulla hanno a che fare con l'obbiettivo cui il negozio è veramente diretto. Ad esempio, se Tizio e Caio compiono una compravendita, varî e diversi possono essere stati i motivi che hanno spinto l'uno a vendere e l'altro a comprare (liberarsi di una certa merce, procurarsi denaro liquido, vincere la concorrenza di un altro produttore, accaparrarsi quella merce a fini speculativi eccetera) ed il negozio, dal canto suo, è il frutto della combinazione della volontà di Tizio di vendere a Caio e della volontà di Caio di comprare da Tizio: la causa lecita del contratto rimane, invece, sempre e in ogni caso, l'attuazione dello scambio di

una cosa in commercio con un giusto prezzo in danaro.

4.4.2. A proposito della causa, si osservi ancora che, di solito, ad ogni struttura negoziale corrisponde una determinata funzione, che è tipica di essa. Tuttavia può anche succedere che un solo negozio, un'unica struttura negoziale, sia in grado di assolvere una pluralità di funzioni o che una certa funzione possa essere assolta da una pluralità di negozi. Bisogna distinguere, pertanto, tra: negozi tipici, negozi a causa plurima, cause a negozi plurimi.

Negozi tipici sono quelli caratterizzati, «tipizzati» da una certa causa e da quella soltanto: o nel senso che la loro struttura si è formata in rapporto a quella causa, oppure nel senso che la loro struttura (sorta precedentemente per una diversa funzione) si è evoluta in rapporto a quella causa. Esempi: la compravendita, il legato testamentario, il pegno.

Negozi a causa plurima sono quelli posti al servizio, contemporaneamente, di due o più cause, la concorrenza delle quali reagisce, ovviamente, sugli effetti giuridici. Esempio: il contratto di vagone letto ferroviario, in cui concorrono elementi del contratto di albergo e del contratto di trasporto.

Cause a negozi plurimi sono quelle funzioni sociali, il cui espletamento può essere effettuato con diversi negozi. Si tratta, dunque, di cause prive di un preciso riferimento negoziale, ma adattabili a strutture negoziali svariate, e quindi, per dir così, «autonome». Esempio: il contratto di fido bancario, che può essere attuato dalla banca mediante un'apertura di credito in conto corrente, mediante l'elargizione di un comodo di cassa, mediante lo sconto di effetti e in altri modi.

4.4.3. I negozi tipici di solito sono anche *negozi nominati*, appunto perché previsti e regolati e denominati specificamente dall'ordinamento giuridico, il quale dà ad essi un nome di riconoscimento (un «nomen iuris»).

Ben possono esservi, peraltro, negozi tipici che siano privi di un proprio «nomen iuris», e cioè *negozi innominati* dall'ordinamento, oppure negozi atipici (per esempio, quelli di fido bancario), che sono pur sempre innominati, ma che hanno acquistato nel linguaggio corrente (o addirittura in limitati riferimenti legislativi agli stessi) una diffusa e stabile denominazione connotativa, cioè un «nome d'uso».

4.4.4. A proposito dei negozi a causa illecita o *negozi illeciti* è opportuno precisare che occorre distinguere varî gradi di illiceità:

a) la *illiceità piena*, che implica la invalidità del negozio (nonché, eventualmente, anche una sanzione di responsabilità per il suo autore o per i suoi autori); b) la *illiceità semi-piena*, che implica la sola sanzione di responsabilità per chi lo ha posto in opera, rimanendo tuttavia valido il negozio irregolare; c) la *illiceità generica*, che determina solo una riprovazione formale (e sociale) del negozio irregolare senza conseguenze giuridiche di altro genere.

La *illiceità generica* (frequente nei diritti più antichi o primitivi, infrequente nei diritti moderni) non è sempre una manifestazione di impotenza dell'ordinamento. Essa è, di sovente, correlata alla minima entità dell'infrazione o anche, per converso, al grande peso esercitato talvolta dalla riprovazione sociale.

Una sottospecie della *illiceità* della causa è la *illiceità indiretta*, che si verifica in ordine ai negozi di per sé leciti, ma indirettamente destinati ad aggirare un divieto di legge (o, più in generale, dell'ordinamento), nel senso di rispettarne la lettera e di tradirne lo spirito («*fraus legi facta*»: ad esempio, vendita di una cosa con «*patto di riscatto*», cioè con diritto del venditore di riacquistare la cosa restituendo il prezzo, fatta per evitare il divieto del cd. «*patto commissorio*», cioè il divieto

del patto per cui la cosa data in garanzia sia da attribuire definitivamente al creditore in caso di inadempimento). In questi così detti *negozi in frode alla legge* è ravvisabile la presenza di due cause: l'una immediata e lecita, l'altra mediata e illecita, determinativa quest'ultima dell'invalidità dell'atto negoziale.

4.4.5. Dal punto di vista della causa, si fa distinzione tra negozi (unilaterali o plurilaterali) *a titolo oneroso* (anche detti «di corresponsione») e negozi (unilaterali o plurilaterali) *a titolo gratuito* (anche detti «di gratificazione»).

I primi hanno per scopo di determinare uno scambio tra un vantaggio che si riceve e un sacrificio che si compie (ad esempio: la compravendita). I secondi hanno per scopo di far acquistare a taluno un vantaggio senza un suo corrispondente sacrificio (ad esempio: il prestito di danaro senza interessi; la donazione).

4.4.6. I *negozi plurilaterali di corresponsione* possono essere «a prestazioni uguali» oppure «a prestazioni disuguali», a seconda che la conciliazione delle opposte esigenze sia raggiunta con sacrifici equivalenti o non equivalenti degli interessi in gioco.

Alla distinzione può essere data una particolare rilevanza dall'ordinamento giuridico:

per esempio, stabilendo che, in caso di inadempimento di una delle parti, l'altra parte possa, ad ogni buon conto, provocare la risoluzione del negozio.

4.4.7. Un'altra suddivisione importante dei negozi plurilaterali di corresponsione è quella tra negozi sinallagmatici e non sinallagmatici.

Negozi sinallagmatici (o negozi «a prestazioni corrispettive») sono quei negozi plurilaterali a titolo oneroso che implicano una interdipendenza tra gli obblighi (e le prestazioni relative) delle parti. A seconda del modo in cui tale interdipendenza si verifica, si distinguono tre specie di sinàllagma: *a)* il *sinàllagma genetico*, che si ha quando l'obbligo di una parte verso le altre sorge solo se ed in quanto sorgano gli obblighi reciproci delle altre parti; *b)* il *sinàllagma condizionale*, che si ha quando l'obbligo assunto da una parte verso le altre si estingue se si estinguano gli obblighi assunti dalle altre parti nei suoi confronti; *c)* il *sinàllagma funzionale*, che si ha quando l'esecuzione della prestazione di una parte implica la necessità che siano eseguite le controprestazioni delle altre parti. Si avverta che, secondo una terminologia tradizionale, i «contratti» sinallagmatici, che sono negozi giuridici bilaterali (o plurilaterali), sono anche deno-

minati (con ovvio pericolo di equivoci) «contratti bilaterali».

Per meglio chiarire la differenza tra i vari tipi di sinallagma valga un esempio. Un contratto di vendita (di merce contro prezzo) tra il venditore A e il compratore B è per sua natura manifestazione di sinallagma genetico (non si ha vendita se non si creano in uno stesso tempo le due reciproche obbligazioni). Inoltre esso è solitamente espressione di sinallagma condizionale, in quanto il compratore non sarebbe più tenuto al pagamento del prezzo se l'obbligazione del venditore diventasse invalida (e viceversa). Spesso esso è espressione anche di sinallagma funzionale, in quanto la prestazione della merce da parte del venditore implica solitamente che il compratore non possa più sottrarsi al suo obbligo di pagamento del prezzo (e viceversa).

4.5. Per quanto concerne l'elemento negoziale della *volontà*, occorre innanzi tutto mettere ben in chiaro che la manifestazione esteriore può, per varie ragioni, non corrispondere all'interno volere. Può darsi cioè che l'autore o gli autori del negozio abbiano manifestato una volontà diversa da quella interna.

Le possibili cause di *discordanza tra manifestazione esteriore e volontà interna* sono: la

manca di serietà, la violenza fisica, l'errore di manifestazione, il malinteso, la riserva mentale, l'accordo simulatorio.

4.5.1. *Manca di serietà* nella manifestazione di volontà negoziale si verifica nell'ipotesi di dichiarazioni fatte per ischerzo o a titolo di rappresentazione teatrale («*ioci causa*»), di dichiarazioni fatte a scopi meramente didattici ed esemplificativi («*docendi causa*»), di dichiarazioni fatte a titolo di pura cortesia («*urbanitatis causa*»), di dichiarazioni fatte in stato d'ira passeggera («*iracundiae causa*»). In tutti questi casi, alla manifestazione esteriore di volontà non corrisponde alcuna volizione interna. Se, come generalmente accade, la mancanza di serietà è evidente, cioè riconoscibile da una persona di media intelligenza, la manifestazione non ha valore e, per conseguenza, il negozio è nullo; altrimenti l'autore del negozio può essere chiamato responsabile della sua incauta dichiarazione.

A proposito della mancanza di serietà, va aggiunto che generalmente problemi non sorgono per le manifestazioni *ioci causa*, *docendi causa*, *iracundiae causa*, di cui il carattere non serio è di facile evidenza. Per le *dichiarazioni di cortesia* la cosa è diversa, anche perché la gamma delle gradazioni tra la mera cortesia e la serietà della volizione è molto vasta. Per

esempio, se un automobilista accetta di trasportare un passante da x a y sul suo veicolo, l'impegno è solitamente assunto per mera cortesia: dunque l'automobilista può anche (scortesemente) sottrarsi lungo la strada al suo impegno e invitare l'ospite a discendere. Ma l'automobilista può anche essersi impegnato seriamente a trasportare il passante, sia pure a titolo gratuito, in quel determinato luogo (il che può risultare dal fatto che egli ha accettato o offerto il trasporto mentre il passante aveva la possibilità concreta di utilizzare per il suo viaggio un'altra offerta; oppure una linea di autobus regolare): in questo caso l'impegno deve essere mantenuto sino alla fine, e se non viene mantenuto dà luogo a responsabilità secondaria per inadempimento verso il passante.

4.5.2. La *violenza fisica* (anche detta «vis assoluta») si verifica nell'ipotesi di un soggetto giuridico, che sia materialmente costretto a porre in essere una manifestazione di volontà negoziale (ad esempio: Tizio, impugnando la mano di Caio, gli fa apporre a forza su un documento un timbro che valga per sottoscrizione; Sempronio, ipnotizzando Mevio, lo coarta ad una dichiarazione di debito). Anch'essa implica la nullità della manifestazione non voluta e, per conseguenza, la invalidità del negozio.

Dalla violenza fisica bisogna ovviamente distinguere la «violenza morale», di cui parleremo tra poco. La distinzione non è sempre tanto facile quanto può credersi. Per esempio, è dubbio che un soggetto stabilmente terrorizzato e psicologicamente dominato da un altro (come avviene nelle ipotesi, rare ma non impossibili, del così detto «plagio», o asservimento psichico) agisca in stato di violenza morale anziché di violenza fisica.

4.5.3. *Errore di manifestazione* (cd. «errore ostativo» o «errore improprio», per differenziarlo dall'errore come vizio della volontà) si verifica nell'ipotesi di una manifestazione di volontà negoziale che non corrisponda all'intimo volere per effetto di ignoranza o di sbaglio del dichiarante in ordine alla manifestazione (ad esempio: Tizio propone per iscritto la vendita di una cosa al prezzo di lire 1000, anziché 10.000).

In tal caso, la mancanza di una volontà che corrisponda alla manifestazione implica, almeno in linea teorica, la nullità del negozio. Tuttavia, siccome il cd. «errore proprio» (l'errore vizio della volontà) implica, come vedremo, solo l'annullabilità dell'atto e siccome la distinzione tra errore proprio e improprio non è sempre praticamente facile, alcuni ordinamenti giuridici (tra cui quello italiano vi-

gente) collegano anche all'errore di manifestazione la conseguenza dell'annullabilità su istanza di parte.

4.5.4. *Malinteso* (o «dissenso occulto») si verifica nei negozi giuridici bi- o plurilaterali, quando una parte, avendo errato nella comprensione della dichiarazione di un'altra parte, manifesta una volontà che non avrebbe altrimenti avuta o manifestata. In quest'ipotesi non si ha, dunque, divergenza tra volontà e relativa manifestazione, ma si ha divergenza tra due volontà contrapposte: ciò a causa di un errore nell'intendimento dell'opposta manifestazione. Ove il malinteso risulti successivamente evidente, il negozio va ritenuto invalido sin dall'origine, per mancanza di «consensus in idem placitum», cioè di vero accordo fra le parti.

Il malinteso nasce sempre da un errore di comprensione della dichiarazione emessa dalla controparte, ma l'errore può essere spesso, a sua volta, agevolato dalla poca chiarezza nell'esprimersi del dichiarante (ad esempio: a causa di influenze straniere o dialettali, oppure a causa di un difetto di parola o di scrittura) o dalla imperfezione del mezzo di trasmissione (documento, telefono, computer ecc.). Il caso è dunque molto più frequente di quanto possa credersi: frequentissimo nell'e-

poca moderna, con le molte possibilità di errori connesse alla dattilografia, alle telescriventi, alla radiotelegrafia (in minor misura alla fotografia o telefotografia dell'originale).

Non sempre è facile stabilire sino a che punto l'errore sia di manifestazione piuttosto che di comprensione, né sempre è agevole stabilire se la responsabilità dello stesso, pur quando si tratti sicuramente di errore di comprensione, sia dell'una anziché dell'altra (o anche dell'altra) parte. Ad ogni modo, la questione della responsabilità del malinteso (e del risarcimento eventualmente dovuto a chi abbia sofferto danni a causa dello stesso) non tocca le sorti del negozio, il quale è sempre e in ogni caso invalido.

4.5.5. *Riserva mentale* (o «simulazione interna») si verifica nell'ipotesi di consapevole restrizione mentale in ordine a quanto si manifesta da un soggetto giuridico come propria volontà, con l'effetto di porre in essere la manifestazione di una volontà inesistente o diversa da quella vera.

La mancanza di buona fede dell'autore della dichiarazione comporta l'impossibilità per costui di invocare la divergenza. La mancanza di evidenza esteriore del fenomeno implica la impossibilità di invocarla anche per la

controparte e per i terzi. Il negozio, pertanto, è in ogni caso valido.

4.5.6. *Accordo simulatorio* (o «simulazione esterna», più equivocamente denominata, di solito, con il solo termine di «simulazione») si verifica nell'ipotesi che le parti di un negozio bi- o plurilaterale si accordino per porre in essere un negozio apparente, cioè solo esteriormente dichiarato (negozio «simulato»), mentre in realtà non vogliono alcun negozio (cd. *simulazione assoluta*) o vogliono un negozio diverso (negozio «dissimulato»: cd. *simulazione relativa*). La simulazione esterna, dunque, non va identificata con la riserva mentale (che ha carattere unilaterale), né va confusa con una pluralità di riserve mentali concorrenti (che non darebbero mai vita, essendo chiusa ciascuna in se stessa, ad un accordo).

Quanto alla rilevanza dell'accordo simulatorio, bisogna distinguere a seconda dei soggetti che sono da esso direttamente o indirettamente implicati. Tra le «parti» il negozio simulato non ha effetto, mentre ha effetto il solo (eventuale) negozio dissimulato, sempre che di questo sussistano tutti gli elementi richiesti dall'ordinamento. Rispetto ai «terzi pregiudicati» dalla simulazione (ad esempio: i creditori di un simulato alienante, che vedano diminuire le loro aspettative di pagamento

dalla simulata alienazione) il negozio simulato non vale. Rispetto ai «terzi avvantaggiati in buona fede» dalla simulazione (ad esempio: il subacquirente in buona fede di una cosa alienata simulatamente ad un primo acquirente) il negozio simulato vale, nel senso che ad essi la simulazione (e quindi la invalidità del negozio) non è opponibile.

L'accordo simulatorio può realizzarsi anche nei *negozi unilaterali recettizi*, cioè diretti ad uno o più soggetti destinati a riceverli. Esso interviene, in tal caso, tra autore e destinatari del negozio (ad esempio: simulazione di una promessa unilaterale di pagamento concordata tra il promittente e il destinatario della promessa).

La *simulazione relativa* può riguardare la causa (ad esempio: una donazione figura come una vendita), oppure il soggetto (figura acquirente Tizio, ma l'effettivo acquisto è per Caio), oppure l'oggetto (il prezzo è indicato in misura inferiore alla reale), oppure una modalità negoziale (un negozio viene configurato come condizionato, mentre è puro). Quando essa sia soggettiva, si usa chiamarla «interposizione fittizia di persona» (l'interposizione «reale» si ha infatti con la rappresentanza): la persona interposta è detta solitamente «uomo di paglia» o «prestanome».

4.6. Pur se la volontà vi sia e sia fedelmente manifestata, può darsi che si tratti di una *volontà formatasi non liberamente*, può darsi cioè che la volontà sia venuta in essere per l'influenza determinante esercitata sul processo volitivo da un «vizio» dello stesso.

Nell'ipotesi che sia ragionevolmente pensabile che senza quel vizio la volontà non si sarebbe condensata in una decisione o si sarebbe condensata in una decisione diversa, sorge quanto meno il dubbio se riconoscere o non riconoscere valore giuridico al negozio. Le soluzioni che gli ordinamenti giuridici danno a questo problema possono essere varie, ma in genere gli ordinamenti evoluti sono inclini a concedere all'autore di un negozio il diritto di chiedere al potere sanzionatorio l'annullamento (cioè l'eliminazione, l'azzeramento) del negozio, ove esso risulti inficiato (in modo che il giudice ritenga determinante o comunque inammissibile, intollerabile) da uno di questi tre *vizi della volontà*: l'errore di fatto, il dolo, la violenza morale.

4.6.1. *Errore di fatto* (anche detto «errore proprio») è la ignoranza o la inesatta conoscenza di una circostanza di fatto da parte dell'autore o di un coautore del negozio: ignoranza o inesatta conoscenza che abbia avuto funzione determinante nella formazione

della volontà (ad esempio: mi sono indotto a comprare una partita di olio di semi, credendo falsamente che si trattasse di olio di oliva, mentre non l'avrei comprata, o almeno l'avrei comprata a prezzo inferiore, se me ne fossi accorto).

Dall'errore di fatto va distinto l'*errore di diritto*, cioè l'errore cadente su una norma dell'ordinamento giuridico (norma di cui il soggetto ignorava l'esistenza, oppure credeva che avesse un diverso contenuto). Di regola, l'errore di diritto non può essere mai addotto a propria scusa da chi lo commette («*error iuris non excusat*»): dunque il negozio è valido. Tuttavia è un vecchio problema, divenuto particolarmente grave nel mondo moderno (solitamente fitto di numerosi e complicati provvedimenti normativi), quello del se sia ragionevole e civile pretendere che nessuno possa mai invocare la «*ignorantia iuris*», pur di non complicare con ciò il lavoro degli organi di giustizia. Di qui l'orientamento giurisprudenziale a non porre in discussione come «*principio*» la regola «*ignorantia iuris non excusat*», ma ad ammettere, nel contempo, un limitato numero di ragioni eccezionali di scusabilità (di «*inevitabilità*») dell'ignoranza giuridica: sopra tutto in relazione a gravi difficoltà soggettive (ad esempio: ignoranza della lingua

locale da parte di uno straniero) od obbiettive (ad esempio: linguaggio eccessivamente tecnico o fortemente equivoco usato dal legislatore) nella comprensione della norma di diritto.

4.6.2. *Dolo (negoziale)* è il raggiro posto in opera da una persona interessata alla conclusione di un negozio (in genere, dunque, un coautore del negozio bi- o plurilaterale) per indurre un'altra persona (in genere, la controparte) a volere il negozio stesso: raggiro che abbia avuto funzione determinante nella formazione della volontà. Ad esempio: Tizio, per indurmi a comprare una partita di olio di semi in luogo dell'olio di oliva che ho intenzione di comprare, mi offre un assaggio di olio di oliva fingendo di trarlo da quella partita.

La dottrina distingue dal *dolo determinante* (quello senza l'intervento del quale il negozio non sarebbe stato concluso) il *dolo incidente*, che è quello senza il cui intervento la vittima del raggiro avrebbe preteso (e verosimilmente ottenuto) condizioni più favorevoli (ad esempio: un prezzo inferiore). È chiaro che il potere sanzionatorio si decide (o è autorizzato dall'ordinamento) all'annullamento del negozio solo in presenza di un dolo determinante; di fronte ad ipotesi di dolo incidente

esso potrà limitarsi ad ordinare un ritocco delle modalità del negozio (esempio: una riduzione del prezzo).

A viziare la volontà occorre che il dolo sia *dolo malefico*, cioè un raggiro avente una certa consistenza e perciò comunemente riprovato dalla coscienza sociale. La pura e semplice «abilità negoziale» nel presentare le cose (cioè il così detto «*dolus bonus*») non rileva.

4.6.3. *Violenza morale* (anche detta «vis animo illàta») è la minaccia di un male ingiusto e notevole che si rivolga ad una persona per indurla a compiere un certo negozio: minaccia che, provocando comprensibile «timore» nel soggetto passivo, abbia avuto funzione determinante sulla formazione della volontà. Ad esempio: Tizio, per indurmi a comprare da lui o da altri una partita di olio di semi, in luogo dell'olio di oliva che preferirei acquistare, mi minaccia di morte o minaccia di rapire un mio stretto familiare e via dicendo.

La violenza morale può provenire anche da un terzo disinteressato alla conclusione del negozio (e che agisca per altri interessi: ad esempio, per pura arroganza o per lucro di un premio promessogli per la sua azione). Quel che rileva ai fini della annullabilità del negozio è che la minaccia, da chiunque proveniente, abbia prodotto nella vittima un consi-

stente «timore»: un timore che avrebbe indotto qualunque persona di normale (ma non eccessivo) coraggio, se si fosse trovata nei suoi panni, a compiere il negozio.

Nel mondo moderno il fenomeno delle intimidazioni (acché si acquisti merce da un certo venditore, o si concedano appalti e subappalti a certi imprenditori) è largamente diffuso là dove fioriscono le così dette organizzazioni di «racket», cioè di estorsione ai danni del prossimo.

4.7. L'attività negoziale può essere compiuta, in linea di principio, tanto personalmente da chi vi abbia interesse, quanto da altri nell'interesse di lui. In questa seconda ipotesi si verifica il fenomeno della *sostituzione nell'attività negoziale*, anche detto della «conclusione del negozio giuridico per interposta persona».

La sostituzione può essere di due tipi fondamentali: *a) sostituzione materiale*, che si verifica quando un soggetto si faccia materialmente surrogare da un'altro individuo (il così detto «portavoce» o «nuncius»), nella manifestazione della sua volontà; *b) sostituzione giuridica*, meglio detta *rappresentanza*, che si verifica quando un soggetto giuridico, cioè un individuo pienamente capace (il «rappresen-

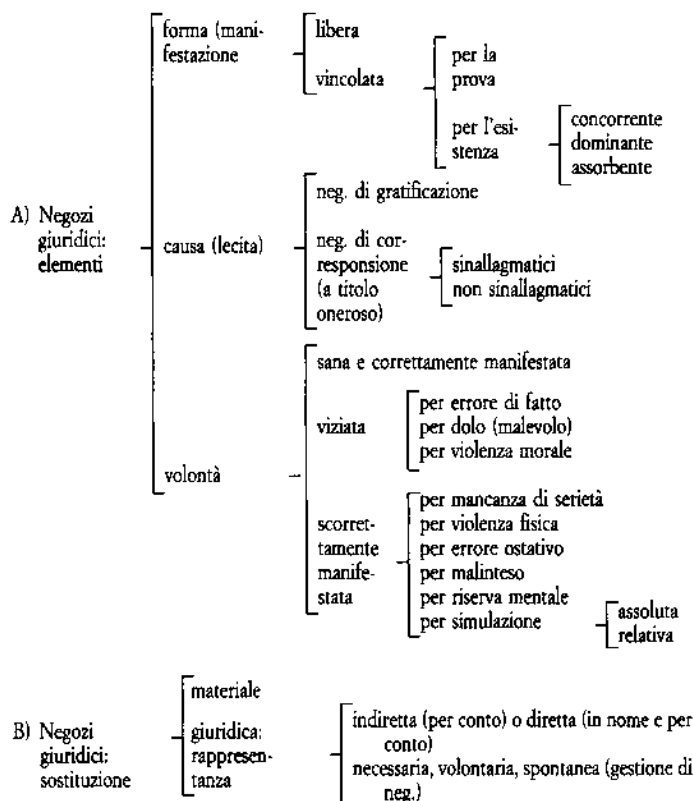


TAVOLA IV: A) Gli elementi essenziali dei negozi giuridici. - B) La sostituzione nei negozi giuridici.

tante»), compia il negozio «per conto», cioè nell'interesse, di un altro soggetto giuridico (cd. «rappresentato»).

La differenza tra sostituzione materiale e sostituzione giuridica è importante, perché il rappresentante esprime una propria volontà ed impegna la propria capacità, sia pure nell'interesse del così detto «dominus negotii» o in nome di lui. Invece il sostituto materiale non esprime alcuna volontà propria (né occorre che sia giuridicamente capace di formarla ed esprimerla), ma riferisce come «portavoce», a titolo di puro e semplice mezzo di trasmissione (a guisa di una lettera, di una fotocopia o di un nastro registrato), la volontà manifestata dall'autore del negozio.

L'ipotesi del *portavoce* (o «nuncius») tuttavia non si presume. È raro che sia di per sé evidente che una persona si sostituisca solo materialmente ad un'altra nell'agire negoziale: può accadere nel caso limite del bambino che riferisce le parole di un soggetto capace di agire, o di uno straniero che ripete palesemente senza comprenderla una frase fattagli imparare a memoria; ma fuori di queste e di consimili ipotesi, se un soggetto non dichiara esplicitamente di essere soltanto il portavoce di un altro, si deve ritenere che egli sia un

rappresentante, con tutte le connesse responsabilità.

4.7.1. La «rappresentanza» si scinde, a sua volta, in due specie: *a)* la *rappresentanza diretta*, che si ha quando il rappresentante agisce non solo per conto, ma anche in nome del rappresentato; *b)* la *rappresentanza indiretta*, che si ha quando il rappresentante agisce in nome proprio, pur se per conto, nell'interesse del rappresentato.

Nell'ipotesi della rappresentanza diretta, gli effetti del negozio (ad esempio: l'acquisto in proprietà di una cosa, l'assunzione di un'obbligazione) ricadono direttamente nella sfera giuridica del rappresentato, perché il negozio vale come se fosse stato posto in essere da questo personalmente. Nell'ipotesi della rappresentanza indiretta, gli effetti del negozio ricadono sul rappresentante, il quale dovrà poi trasferirli mediante un altro negozio al rappresentato: tra i due, infatti, esiste un «rapporto interno», in forza del quale il rappresentato ha diritto di acquisire al proprio patrimonio gli effetti prodotti dall'affare, mentre il rappresentante ha ovviamente diritto di essere ritalso delle spese incontrate e delle perdite eventualmente sofferte.

4.7.2. Con riguardo alla fonte costitutiva, la rappresentanza (diretta o indiretta) può es-

sere ancora distinta in: *a*) rappresentanza *necessaria*, cioè imposta dall'ordinamento giuridico per interessi di ordine generale (si pensi al curatore di un minorenne); *b*) rappresentanza *volontaria*, cioè scaturente da una richiesta del rappresentato e dalla conseguente accettazione del rappresentante; *c*) rappresentanza *spontanea* (o *gestione di negozio*), cioè effettuata su mera iniziativa del rappresentante e senza richiesta o autorizzazione del rappresentato (quindi solo a titolo di rappresentanza indiretta), purché (beninteso) nell'interesse del rappresentato.

4.7.3. La qualifica di rappresentante ha rilevanza per la persona con cui il rappresentante conclude un negozio solo quando la rappresentanza sia diretta e sia ad essa resa espressamente nota.

Nelle ipotesi di rappresentanza necessaria diretta dovrà essere cura del rappresentante (es.: il curatore di un pazzo) di qualificarsi come tale, precisando cioè di non agire in nome proprio, ma «nella qualità». Nelle ipotesi di rappresentanza volontaria diretta dovrà essere cura del rappresentato di rendere direttamente noto alla controparte che il rappresentante agirà in suo nome e conto, oppure di munire il rappresentante di una dichiarazione scritta di «procura», esibendo la quale il rap-

presentante si qualificherà in tale sua veste giuridica.

4.8. *L'efficacia dell'autonomia privata*, cioè l'attitudine del negozio giuridico a produrre gli effetti predisposti (costituzione, modificazione, estinzione di uno o più rapporti giuridici), non dipende soltanto dalla sussistenza dei tre «elementi costitutivi», quelli della forma, della causa e della volontà. Essa è anche subordinata, in misura variabile per ogni tipo negoziale, al concorso di tutta una serie di altri eventuali «requisiti», dei quali taluni sono pretesi dall'ordinamento giuridico e altri possono essere eventualmente decisi al momento della confezione del negozio dal suo autore o dai suoi coautori.

I *requisiti negoziali di diritto* costituiscono una gamma vastissima che non è il caso di enumerare. I *requisiti negoziali volontari* altro non sono che «circostanze» future, del tutto indipendenti dalla volontà di colui o di coloro che pongono in essere il negozio, al cui verificarsi viene peraltro volontariamente subordinata da costoro, in sede di conclusione del negozio stesso, la sua efficacia.

Lasciando da parte le cd. «*condiciones iuris*», cioè le circostanze richieste dall'ordinamento, fermiamoci sulle circostanze indicate

dall'autore o dagli autori del negozio. Esse sono chiamate in causa solo se l'autore o i coautori del negozio inseriscono in quest'ultimo una «clausola», cioè una precisazione, che esplicitamente le indichi; e non influiscono, di regola, sulla vita del negozio, ma influiscono solo sulla sua *attuale operatività*, cioè sulla concreta produttività da parte sua degli effetti negoziali.

Se ne ravvisano due tipi: la condizione e il termine, poste rispettivamente dalla «clausola condizionale» e dalla «clausola terminale».

4.8.1. Dato che spesso si parla di un terzo «elemento accidentale» del negozio rappresentato dalla «clausola modale», è opportuno precisare che la *clausola modale*, o «modo», o «onere (negoziale)», è una clausola largamente utilizzata nei negozi a titolo gratuito, che peraltro non influisce sugli effetti del negozio giuridico. Essa è costituita dall'imposizione di un modico obbligo al destinatario di una liberalità: un obbligo tale (per la sua modicità) da non trasformare l'atto di gratificazione in atto di corresponsione (ad esempio: onere di erigere un monumento funebre al beneficiante; oppure di devolvere una quota dei beni ricevuti ad opere di assistenza e beneficenza).

Se l'onerato dal «modus» non adempie l'obbligazione impostagli, il negozio di gratificazione è, di regola, egualmente efficace. Per costringerlo all'adempimento o al risarcimento, si può fare soltanto ricorso, dagli interessati, ad espedienti giudiziari (imposizione di una cauzione, predeterminazione di una penale per l'inadempimento e così via).

4.8.2. La *condizione* è un avvenimento futuro ed incerto, dal cui verificarsi (o dal cui non verificarsi) una *clausola condizionale* apposta al negozio faccia dipendere: *a*) l'inizio degli effetti negoziali (nel qual caso si parla di condizione *sospensiva*); *b*) oppure la cessazione degli effetti negoziali (nel qual caso si parla di condizione *risolutiva*).

Esempio di clausola condizionale sospensiva è «(ti vendo questo oggetto, il quale sarà tuo) se la mia squadra di calcio vincerà (oppure: non vincerà) il campionato»; esempio di clausola condizionale risolutiva è «(ti vendo questo oggetto, che è tuo fin da adesso,) salvo che la squadra vinca (o: non vinca) il campionato».

Sino a che la condizione sospensiva non si realizza, il negozio è già completo di tutto e pronto ad operare, ma l'efficacia ne è sospesa. Sino a che la condizione risolutiva non si realizza, il negozio è pienamente operativo,

pur se gli effetti cadranno nel nulla realizzandosi la condizione.

A rigor di termini, l'efficacia o l'inefficacia del negozio dovrebbe avere inizio nel momento in cui la condizione (sospensiva o risolutiva) si verifica. Ma gli ordinamenti giuridici moderni sono non di rado inclini a far retroagire la condizione al momento della produzione del negozio (cd. «efficacia retroattiva» o «ex tunc» della condizione), sí che: *a*) verificandosi la condizione sospensiva, il negozio vale come efficace dall'inizio; *b*) verificandosi la condizione risolutiva, il negozio vale come inefficace (e quindi, praticamente, come privo di vita) dall'inizio.

4.8.3. Il *termine* è un avvenimento futuro ma certo dal cui sopravvenire una *clausola terminale* apposta al negozio faccia dipendere: *a*) l'inizio degli effetti negoziali (nel qual caso si parla di termine *iniziale*); *b*) oppure la cessazione degli effetti negoziali (nel qual caso si parla di termine *finale*).

Esempio di termine iniziale: «(ti loco questo oggetto) a partire dal prossimo 1° gennaio (oppure: a partire dal giorno della morte dell'attuale conduttore)». Esempio di termine finale: «(ti loco questo oggetto) sino al prossimo 31 dicembre (oppure: sino a quando vivrà Tizio)».

La differenza fra condizione e termine risulta chiaramente dai seguenti casi di scuola (i primi due configurano ipotesi di condizione, gli altri due prevedono un termine): *a) dies incertus an, incertus quando* (es., il giorno delle nozze di Tizio); *b) dies incertus an, certus quando* (quando Tizio raggiungerà, se la raggiungerà, la maggiore età); *c) dies certus an, incertus quando* (quando Tizio morirà); *d) dies certus an, certus quando* (il 31 dicembre 1999). La discriminazione dipende dalla certezza che l'avvenimento futuro (anche se non si sa quando) un giorno si verificherà.

4.9. *L'inefficacia del negozio giuridico*, cioè l'inettitudine dello stesso a produrre effetti, deriva, in astratto, dalla mancanza o dal venir meno di un elemento costitutivo o di un requisito negoziale. Ma gli ordinamenti giuridici non sono, in genere, così rigorosi, ed anzi mirano ad agevolare quanto più è possibile l'operatività dell'autonomia privata. Pertanto, sia pure in modi e con soluzioni diverse, essi sono solitamente informati al principio di «conservazione dei negozi», sempre che questi: *a)* siano «vitali», cioè non gravemente e irreparabilmente manchevoli o viziati (e quindi non sicuramente e irreparabilmente privi della possibilità presente o futura di pro-

durre anche in parte gli effetti giuridici predisposti); *b*) siano prevedibilmente «recuperabili» alla vita del diritto, col tempo o in altro modo, quanto meno in parte.

Di conseguenza, si evita di parlare genericamente di inefficacia (o «inutilità») del negozio, ma si tende a distinguere i negozi inefficaci in due grandi categorie: *a*) quella dei *negozi invalidi*, cioè affetti da una manchevolezza o da un difetto tanto rilevanti, da farli considerare già privi di vita giuridica o esposti, salvo interventi eccezionali, alla quasi sicura perdita della vita giuridica, quindi dell'efficacia; *b*) quella dei *negozi meramente inefficaci*, cioè forniti di vita giuridica (e perciò validi), ma ciò nonostante non operativi.

4.9.1. Poche parole di chiarimento in ordine ai negozi incompleti ed a quelli esauriti.

Per i *negozi incompleti* (o «imperfetti», nel senso etimologico di «perficere») il problema dell'inefficacia non si pone, perché ancora non è stato portato a compimento il processo di formazione del negozio. Anche essi, tuttavia, possono avere talvolta qualche rilevanza giuridica riflessa: ad esempio, perché possono far sorgere delle «aspettative di diritto», oppure perché possono determinare (in caso di interruzione ingiustificata della trattativa da parte di uno dei soggetti) la cd.

«responsabilità precontrattuale» nei confronti della controparte danneggiata (ove questa, ad esempio, abbia incontrato spese per preparativi basati su una ragionevole fiducia di conclusione dell'affare).

Negozi esauriti sono, infine, quelli che hanno prodotto i loro effetti o che non sono più in grado di produrli (a causa, in questa seconda ipotesi, della loro accertata invalidità, del loro annullamento, della verifica della condizione risolutiva, della verifica del termine finale).

4.10. L'invalidità del negozio giuridico, cioè la sua inesistenza sul piano dell'ordinamento giuridico (la sua irreparabile «inservibilità» alla produzione di effetti giuridici), si verifica, di regola: *a*) quando manchi o sia gravemente difettoso uno degli elementi costitutivi (forma, causa, volontà); *b*) quando manchi una delle qualificazioni imposte dall'ordinamento per poter operare sul rapporto o sui rapporti giuridici cui il negozio intende riferirsi; *c*) quando manchi un presupposto richiesto dall'ordinamento come requisito di validità; *d*) quando sia obiettivamente impossibile la realizzazione di una condizione sospensiva.

In tutti questi casi il negozio: o è privo di vita giuridica sin dall'inizio (cioè, per così

dire, è nato morto); oppure è transitoriamente vivo (ed eventualmente anche efficace), ma passa a perdere la sua vita giuridica in un momento successivo (e diventa «negozio esaurito»).

Per maggior precisione, giova distinguere tra: invalidità iniziale e sopravvenuta, totale e parziale, operativa di diritto o su richiesta dell'interessato, insanabile e sanabile.

4.10.1. L'invalidità del negozio giuridico è *iniziale* quando il negozio si presenta fin dal primo momento in condizioni che l'ordinamento giuridico ritenga determinatrici di invalidità (ad esempio: per mancanza o illiceità della causa; per difetto della forma vincolata occorrente; per inesistenza di una seria volontà; per incapacità giuridica dell'autore).

L'invalidità del negozio giuridico è invece *sopravvenuta* quando il negozio sia sorto valido, ma poi sopraggiunga una causa di *invalidazione* che lo annulli (ad esempio: perché l'oggetto di un contratto di somministrazione periodica diviene incommerciabile; perché viene bruciato il documento richiesto a titolo di forma assorbente; perché diventa inattuabile la causa negoziale; perché il negozio viene «revocato» dal suo o dai suoi autori; perché si verifica la condizione risolutiva).

L'invalidazione (o *annullamento*) del ne-

gozio giuridico, di regola, è operativa dal momento in cui si è verificata, cioè «ex nunc» (il che significa che gli effetti prodotti sino a quel momento sono salvi). Ma l'ordinamento giuridico può anche stabilire (contro le strette esigenze della logica, cioè per opportunità varie di carattere pratico) che l'operatività dell'invalidazione sia «ex tunc», retroattiva sino al momento in cui il negozio è sorto, quindi con eliminazione degli effetti frattanto verificatisi.

La *revoca* del negozio giuridico si verifica quando il suo autore o i suoi autori decidono essi medesimi di porlo nel nulla (ad esempio: revoca della disposizione testamentaria, revoca per mutuo consenso di una certa convenzione) e, in certi casi, anche per decisione di uno soltanto degli autori del negozio (ad esempio: revoca del mandato da parte del mandante, desistenza di uno dei conviventi *more uxorio* dalla volontà di stare insieme con l'altro).

4.10.2. L'invalidità del negozio giuridico è *totale* quando investe tutto l'atto nel suo insieme, mentre in alcune ipotesi è soltanto *parziale*.

Le figure principali di invalidità solamente «parziale» sono: a) la *riduzione* del negozio ai soli requisiti che di esso siano praticamente utilizzabili, non tenendo più in alcun

conto il resto; *b*) la *conversione* del negozio in altro negozio alla cui validità sia bastevole quanto vi è di utilizzabile, di non invalido, nei suoi elementi o requisiti. Queste figure si giustificano con il principio di conservazione, il quale comporta che quanto vi è di ancora utilizzabile non sia inquinato da ciò che utilizzabile non è («utile per inutile non vitiatur»).

Esempio di riduzione del negozio giuridico: limitazione alla durata della vita dell'usufruttuario dell'usufrutto costituito, in contrasto con la normativa in materia, per un tempo maggiore. Esempio di conversione: utilizzazione come contratto di locazione di un contratto nullo di costituzione d'usufrutto.

4.10.3. L'invalidità del negozio giuridico è *operativa di diritto* (e costituisce, come anche suol dirsi, *nullità ipso iure*) quando è sancita dall'ordinamento come implicazione automatica di una certa manchevolezza o di un certo vizio.

Questa è la regola: dalla quale consegue che, se vi è incertezza in ordine alla nullità *ipso iure* di un negozio, essa viene eliminata dal potere giurisdizionale mediante un provvedimento di mero accertamento. Ma eccezionalmente, in omaggio al principio di conservazione, gli ordinamenti giuridici usano stabilire che certe figure di invalidità meno gravi siano

operative solo *su domanda giudiziale dell'interessato*, cioè su richiesta che costui rivolga al potere giurisdizionale affinché decida se sia il caso di porre nel nulla (con efficacia *ex nunc*, oppure *ex tunc*) il negozio giuridico.

L'ipotesi più propria di invalidazione giudiziaria (anche detta invalidazione «ope magistratus») è quella del provvedimento giurisdizionale (costitutivo) di *annullamento* del negozio giuridico: se gli interessati non si fanno avanti nei termini (solitamente brevi) concessi per la loro azione giudiziaria o non ottengono il richiesto annullamento, il negozio cd. «annullabile» è salvo, cioè valido.

4.10.4. La *differenza tra nullità e annullabilità* è connotata anche dai seguenti indici.

La nullità, essendo un vizio di origine, è *imprescrittibile*, cioè può essere rilevata e fatta valere (nell'ipotesi che non sia emersa e non sia stata contestata) in qualunque tempo. L'annullabilità è invece solitamente *prescrittibile*, cioè assoggettata ad un termine oltre il quale l'azione di annullamento non può essere promossa (sí che si verifica la «convalescenza» del negozio).

La nullità può essere rilevata giurisdizionalmente anche *di ufficio*, cioè senza specifica domanda della parte interessata. L'annullabi-

lità può essere invece rilevata dal giudice solo *su specifica domanda* di parte.

La nullità è di regola *assoluta*, cioè può essere invocata da chiunque (tutti sono interessati all'accertamento della invalidità insanabile di un negozio apparentemente valido, e quindi efficace, il quale turba perciò la sicurezza delle relazioni giuridiche). L'annullabilità è invece di solito *relativa*, cioè può essere invocata solo da certi «interessati» indicati di volta in volta dall'ordinamento giuridico.

Naturalmente nulla osta a che un ordinamento giuridico ammetta casi di «annullabilità assoluta» (cioè prescrivibile, ma rilevabile in giudizio su istanza di chiunque), ed eventualmente anche ipotesi di «nullità relativa» (cioè rilevabile in ogni momento, ma solo su domanda di certi interessati).

4.10.5. L'invalidità del negozio giuridico è, di regola, *insanabile*. Tuttavia, sempre in virtù del principio di conservazione, gli ordinamenti giuridici sogliono ammettere alcune ipotesi di *invalidità sanabile*, cioè eliminabile: *a*) la *sanatoria ex lege* del negozio invalido, cioè la sanatoria disposta espressamente da un provvedimento legislativo; *b*) la *convalescenza* del negozio annullabile, che si verifica quando siano ormai decorsi i termini per la domanda di annullamento; *c*) la *acquiescenza* ad un ne-

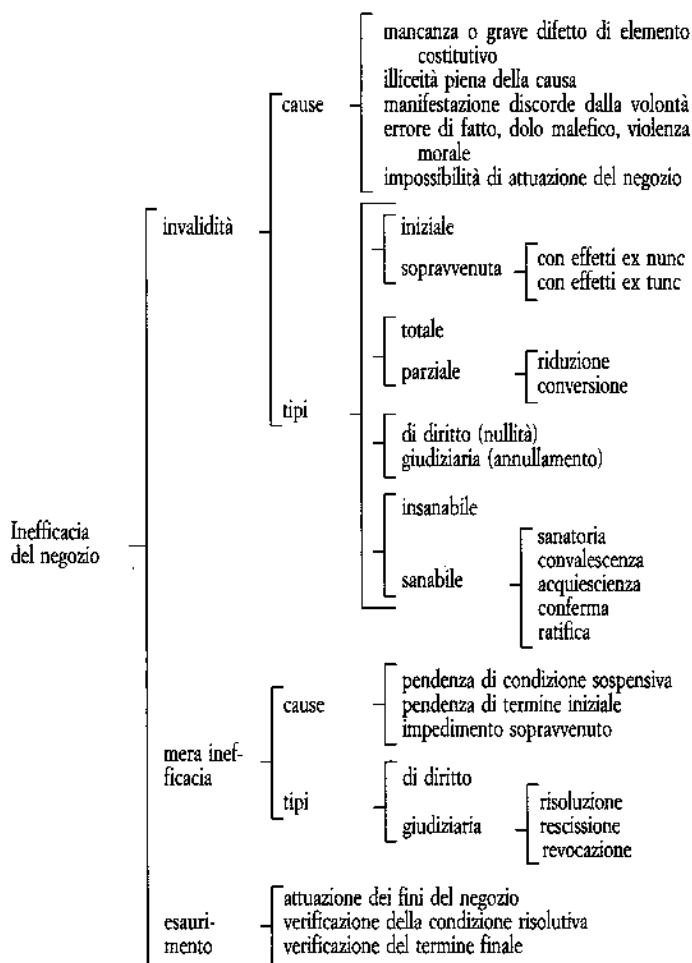


TAVOLA V: L'inefficacia del negozio giuridico.

gozio annullabile, prima ancora del decorso dei termini per l'annullamento, da parte degli interessati all'annullamento; *d*) la *conferma* dell'atto in dimensioni valide da parte del suo autore o dei suoi autori; *e*) la *ratifica* successiva del negozio da parte del soggetto di cui sarebbe occorsa (mentre non era intervenuta) la volontà di porlo in essere.

La *sanatoria* costituisce un fenomeno molto interessante, tuttora oggetto di contrastanti ricostruzioni sul piano tecnico-giuridico. Ad esempio, taluni ordinamenti ammettono che non venga considerato nullo un testamento (il quale sia per l'appunto invalido), se esso viene posto volontariamente in esecuzione, benvero dopo la morte del testatore, da chi, conoscendone la causa, avrebbe potuto far valere la nullità. Si tratta di implicita rinuncia all'azione di nullità? Si ha, forse, adempimento di una obbligazione naturale, cioè di un dovere morale o sociale? A ben riflettere, nessuna delle ipotizzate spiegazioni è soddisfacente. Sicché miglior partito è costruire una figura a se stante di sanatoria (in senso lato) del negozio (nullo).

4.11. La *mera inefficacia del negozio giuridico* (o «inefficacia del negozio valido») si verifica quando il negozio è (almeno provviso-

riamente) valido, ma gli effetti non si possono produrre, in tutto o in parte, per l'impedimento determinato da una circostanza sospensiva in pendenza (una «condicio iuris», una condizione sospensiva, un termine iniziale) oppure per l'intervento di una «causa impeditiva estrinseca», cioè fatta valere da soggetti diversi dall'autore o dagli autori del negozio.

Sino a che l'impedimento non cessa e nei limiti in cui esso opera, il negozio si trova come totalmente o parzialmente inefficiente, cioè incapace di produrre i suoi effetti.

Le *cause esterne di inefficacia negoziale* sono, generalmente, tutte operative su «domanda giudiziale dell'interessato». Tali: *a)* la *risoluzione* di un negozio a prestazioni corrispettive per inadempimento della controparte, per impossibilità sopravvenuta della prestazione, per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione; *b)* la *rescissione* di un negozio oneroso per sproporzione nel regolamento di interessi determinata da una delle parti approfittando in mala fede dello stato di pericolo o di bisogno dell'altra; *c)* la *revocazione* su istanza dei creditori, di un negozio perfettamente valido, ma compiuto da un soggetto allo scopo di pregiudicare indirettamente le aspettative di soddisfacimento sul suo patrimonio dei creditori stessi.

La *risoluzione* del negozio può essere anche causa di invalidazione dello stesso, ma di solito gli ordinamenti giuridici, nell'ammettere che in certe ipotesi il negozio possa essere risoluto, limitano gli effetti della risoluzione alle parti autrici del negozio, lasciando impregiudicati gli effetti già prodottisi nei confronti dei terzi (di fronte ai quali, dunque, la risoluzione non è retroattiva).

III. LA REALTÀ GIURIDICA

5. IL DIRITTO VIVENTE.

5.1. Affinché l'ordinamento giuridico si traduca in *realtà giuridica*, cioè in un ordine sociale che corrisponda pienamente a quanto voluto dall'ordinamento stesso, è indubbiamente necessario che si producano i fatti (volontari o involontari) determinativi degli effetti giuridici. È necessario, ma non è sufficiente.

Non è sufficiente per questo motivo: che il *diritto vivente*, cioè l'ordine giuridico che ci sta quotidianamente sotto gli occhi, non sempre e non sicuramente concretizza almeno in parte, le previsioni dei comandi giuridici (normativi o non normativi che siano). Talvolta a causa di altrui mala fede, talvolta (anzi più spesso) per effetto di incomprensioni o di disapplicazioni operate del tutto in buona fede, noi ci illudiamo, nella vita di ogni giorno, che

siano conformi al diritto situazioni che dalle sue ipotesi sono più o meno difforni.

Quando l'illusione è universale, cioè condivisa da tutti, la cosa è grave: sin che essa dura, tutti siamo pienamente d'accordo nel fidarci delle apparenze, senza sforzarci (o volerli, o saperli sforzare) di riesaminare le cose. Quando l'illusione non è universale, e quando vi sia qualcuno che ad essa non si adegui o non abbia interesse ad adeguarsi, ecco che si esplicitano i dubbi, e che dai dubbi scaturiscono le controversie, e che alcune di queste controversie evadono dall'ambito dottrinale e si riversano in liti spesso di carattere giudiziario: dubbi, controversie, liti che sono indiscutibilmente preziose ai fini della convivenza secondo diritto, cioè ai fini di quella che si chiama la *giustizia*.

5.1.1. Alla piena ed esatta realizzazione del diritto, quindi alla giustizia, occorre dunque che i giuristi non si affidino alle apparenze, vivano costantemente nell'apprensione che il diritto vivente (apparente) non sia il diritto reale ed abbiano quindi sempre di mira due esigenze fondamentali: *a*) la «comprensione» da parte dei soggetti di quanto è voluto dall'ordinamento giuridico (o per esso dai negozi giuridici posti in essere dai privati) in relazione ad ogni singolo accadimento della

vita sociale; *b*) l'«obbedienza» da parte degli stessi soggetti alla volontà dell'ordinamento (o per esso degli atti di autonomia privata) così come è stata di volta in volta accertata.

5.2. *La comprensione della volontà dell'ordinamento* in relazione ad un fatto determinato si dice *interpretazione giuridica* e consiste nella determinazione del «valore giuridico» del fatto, cioè nell'individuazione della normativa giuridica (ed eventualmente dell'atto di autonomia privata) che ne fissa gli effetti.

Posto dinanzi ad un accadimento della vita sociale (una nascita, una morte, un incendio, un'erogazione di danaro da Tizio a Caio, una certa pattuizione tra Sempronio e Mevio), l'interprete (singolo privato, organo statale o parastatale, giudice) è tenuto ad accertare se esso ha «rilevanza» per il diritto e quali effetti giuridici in tal caso precisamente determina, inquadrandolo nel regolamento giuridico che gli è proprio.

Questa operazione estremamente delicata (che appunto perciò determina spesso controverse giudiziarie tra parti contrapposte e variazioni di giudizio tra organi giurisdizionali inferiori e superiori) comporta ben più, anzi ben altro che la conoscenza nozionistica, sia pur vastissima, dei principî del diritto. Esige

doti di intuizione e di esperienza strettamente analoghe a quelle che si richiedono ad un provetto medico per effettuare una diagnosi. Solo un lungo esercizio «clinico» permette allo studioso di diritto di diventare un «giurista».

5.2.1. Tuttavia è inconsulto ritenere, come molti fanno, che l'esercizio clinico si riduca alla sola pratica delle professioni forensi (e che, per dirla col cattivo latino della nota apposta ad un suo libro di testo da uno studente napoletano di qualche secolo fa, «omnia alia sunt fantàsia in nostra scientia»). Infatti l'operatore forense (procuratore, avvocato e via dicendo) generalmente si concentra in una qualche specialità del diritto (non spaziando su ogni possibile ipotesi) e, in ogni caso, non tratta i casi per risolverli al meglio, ma per difendere (nei limiti del lecito e dell'onesto) gli interessi dei propri assistiti. L'esclusiva attività forense (con la frequentazione dei relativi studi professionali) comporta spesso, insomma, limitazioni e deformazioni culturali di non irrilevante entità.

Di più. La tesi, da molti ventilata in sede politica, per cui gli appartenenti all'ordine giudiziario dovrebbero stabilmente «specializzarsi» in un certo settore della loro complessa e delicata attività (materia penale e non materia civile, funzioni di pubblico accusatore e non

funzioni di giudice, esperto in reati di sangue e non in reati contro il patrimonio, versato in materia fallimentare e non in materia matrimoniale) è indice di scarsa cultura e di ancor minore acume intellettuale di coloro che la caldeggiavano o che la tolleravano. Essa deriva dalla ignoranza e, a un tempo, dalla incuranza del fatto che il buon magistrato (requirente o giudicante che sia), per poter esercitare col necessario equilibrio la sua funzione, ha essenzialmente bisogno di sapersi «orientare» in ordine allo sterminato scibile giuridico: il che non significa, beninteso, sperdersi nella minuziosa conoscenza di tutte le nozioni in cui esso si frammenta.

5.2.2. Qualcuno ha anche proposto l'introduzione di vere e proprie «cliniche del diritto» nelle facoltà di giurisprudenza, in analogia con le cliniche della facoltà medica.

L'idea è brillante, ma è irrealizzabile almeno per due motivi. In primo luogo, perché le cliniche vere (quelle mediche) hanno un «diritto di scelta» dei casi patologici più interessanti che si presentino agli ospedali pubblici, mentre lo stesso non si potrebbe fare, per ovvi motivi di autonomia e di riservatezza della funzione giudiziaria, con i casi più interessanti che si presentassero alle corti di giustizia. In secondo luogo, perché gli «ammalati»

del diritto (cioè le parti di una controversia giudiziaria) avrebbero tutto il diritto di rifiutare la cura «imparziale» del caso controverso offerta dalla clinica (oltre che dalla corte di giustizia) e di esigere invece la «difesa» (sia pure nei limiti già detti del lecito e dell'onesto) delle loro pretese giudiziarie.

Al massimo si perverrebbe, insomma, all'esercizio, da parte della così detta clinica del diritto, di una difesa più esperta delle ragioni di una tra le parti. Nel che, per l'appunto, si risolve e si riduce tutta la «clinic legal education» praticata presso alcune università nord-americane.

5.3. L'obbedienza alla volontà dell'ordinamento può essere, come già sappiamo, spontanea o coatta, ma in ambedue i casi presuppone la comprensione.

Nell'ipotesi di «obbedienza spontanea» un soggetto giuridico, riconoscendosi subordinato ad un certo obbligo, lo adempie di sua piena volontà. Nell'ipotesi di «obbedienza coatta» il titolare del potere giuridico, di fronte alla resistenza del soggetto passivo ed alla «lite» che ne consegue, passa invece nei suoi confronti all'azione per provocarne la soggezione.

Siccome però non vi può mai essere la

certezza che il titolare del potere di azione abbia personalmente i mezzi indispensabili per costringere all'obbedienza il soggetto passivo (il quale può anche essere materialmente più forte di lui), solo gli ordinamenti più rudimentali e antiquati concedono di solito largo margine di esplicazione all'esercizio dell'azione diretta, cioè della così detta «autotutela». Gli ordinamenti più evoluti e moderni preferiscono vietare, o limitare fortemente, l'autotutela e impongono ai soggetti di ricorrere all'esercizio di un'«azione indiretta» (o sistema della «tutela statale»), in forza del quale essi devono chiedere l'accertamento, e subordinatamente la realizzazione, del loro potere di azione agli organi della giurisdizione statale.

Il complesso di attività che porta a questo secondo risultato si dice «processo giurisdizionale».

5.3.1. Conseguenza caratteristica delle liti e dei processi implicati dalle stesse nella vita pratica sono le «formulazioni processuali» dei rapporti e sopra tutto delle situazioni giuridiche (formulazioni, dunque, in termini di procedure giurisdizionali, di azioni, di eccezioni ecc.).

La conoscenza della materia processuale, o quanto meno del suo linguaggio di base, è

pertanto molto utile (anzi talvolta essenziale) ai fini della comprensione del diritto.

5.4. Prima di esaminare un po' più da vicino i due problemi della comprensione del diritto e dell'obbedienza allo stesso, è opportuno mettere ben in chiaro un punto ovvio, ma che a taluni, pur se sono talvolta in buona fede, sembra invece sfuggire: il punto relativo al rispetto da tutti dovuto all'*apparenza del diritto* (quindi ai poteri ed ai doveri giuridici connessi al «diritto vivente») sin che essa non venga seriamente ed imparzialmente smascherata come tale.

5.4.1. L'apparenza dei rapporti giuridici (dei quali non si sappia con certezza se esistano veramente e se facciano veramente capo a chi ne sembri, se ne affermi o se ne creda soggetto) è un fenomeno comune ai rapporti assoluti e ai rapporti relativi. Il fenomeno peraltro assume connotati di particolare interesse nei confronti dei primi, caratterizzati come questi sono da una pretesa «erga omnes» spettante al titolare attivo e dalla sopportazione (dal «pati») cui sono obbligati di fronte ad essa, sino a che non si presenti qualcuno a contestarla e ad eliminarla, gli «omnes» del complesso sociale. Tutta una gamma di ipotesi che si estende dalla pretesa

di essere cittadino o maggiorenne (in antico, molto importante era la pretesa di essere libero e non schiavo) alla pretesa di essere erede di Tizio, o di essere proprietario di un certo oggetto giuridico e così via dicendo.

Dato che non è consigliabile che per ogni diritto affermato da un soggetto si debba attendere l'accertamento definitivo dello stesso (con ciò paralizzando in larga parte lo svolgimento della vita giuridica, e incoraggiando altresì le contestazioni «temerarie», cioè avventate, di quanti abbiano qualche interesse a ritardare il più possibile l'adempimento dei loro obblighi), gli ordinamenti giuridici non possono sottrarsi all'esigenza di concedere una qualche rilevanza, beninteso a titolo provvisorio, alle principali situazioni di apparenza giuridica.

5.4.2. Per quanto riguarda l'ipotesi più diffusa e importante di *diritto apparente*, che è l'ipotesi di chi si atteggi a «proprietario» di un oggetto giuridico (a soggetto attivo del rapporto assoluto che lo concerne), i principî informatori della tutela provvisoria dell'apparenza di proprietà sono due: a) quello di dare la preferenza a colui che occupa materialmente l'oggetto (così detta regola «possessor ergo dominus»: chi possiede la cosa è da presumersi, sino a prova contraria, il suo pro-

prietario); *b*) quello di ritenere giustificata tale preferenza se la disponibilità dell'oggetto sia stata conseguita in modo pacifico (non violento) e davanti agli occhi di tutti (non clandestinamente), inducendo con ciò la comunità alla scusabile convinzione di trovarsi di fronte all'esercizio delle facoltà di un proprietario (così detta regola «*error communis facit ius*»: l'errore commesso dai più dà fondamento, sino a prova contraria, al diritto).

Conseguenza di questa diffusa impostazione è che al «possessore» di un oggetto giuridico viene solitamente concessa una tutela giudiziaria specifica (cioè un complesso di così dette «azioni possessorie») per difendere provvisoriamente (non a titolo definitivo) la sua occupazione da chicchessia: per difendersi quindi anche da colui che dell'oggetto sia il proprietario, ma non si adegui al dovere elementare di attendere l'esito dell'azione giurisdizionale relativa per essere riconosciuto come tale e pretenda invece di sottrargli materialmente l'oggetto che egli, il possessore, già tiene nelle proprie mani (o, più in generale, nella propria materiale disponibilità) (così detta regola «*occupantis melior est condicio*»).

6. L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO.

6.1. *L'interpretazione giuridica* si attua attraverso un'operazione intellettuale, che può scindersi in due momenti: *a)* il momento dell'«individuazione del comando» applicabile ad un certo fatto; *b)* il momento dell'«individuazione del senso preciso», cioè del cd. «linguaggio» di questo comando.

Quando le operazioni interpretative sono compiute da un individuo senza speciali cognizioni giuridiche, si parla di «interpretazione comune». Vi sono tuttavia tre possibilità di (ben più autorevole) *interpretazione qualificata*: *a)* quella di un'interpretazione svolta dai giurisperiti, cioè dagli studiosi professionali del diritto (così detta interpretazione *giurisprudenziale*); *b)* quella dell'interpretazione svolta dagli organi giurisdizionali nell'esercizio della loro funzione sanzionatoria (così detta interpretazione *giurisdizionale*); *c)* e quella dell'interpretazione offerta dallo stesso autore del provvedimento o del negozio da interpretare (così detta interpretazione *autentica* o «autointerpretazione»).

Nel linguaggio oggi corrente, ma meno proprio, l'espressione «interpretazione giurisprudenziale» indica non quella degli studiosi di diritto, bensì quella sanzionatoria, dal mo-

mento che al giorno d'oggi si suole denominare «giurisprudenza», in contrapposto a «dottrina», il complesso dei pronunciati dei tribunali.

6.1.2. Diversa è l'efficacia delle forme di interpretazione qualificata, sia nei rapporti dell'interpretazione comune sia nei loro reciproci rapporti.

L'«interpretazione giurisprudenziale» (in senso proprio) può essere socialmente assai influente (in dipendenza dell'estimazione di cui godono coloro che la esercitano), ma è giuridicamente (salvo che in ipotesi eccezionali previste dall'ordinamento) di rilevanza pari a quella della «interpretazione comune», perché i giurisperiti non hanno potestà di comando, né sono gli autori del precetto interpretato.

L'efficacia dell'«interpretazione giurisdizionale» e dell'«interpretazione autentica» è quella stessa dei provvedimenti o dei negozi che le esprimono. L'interpretazione disposta da una legge non può essere contestata dalle parti in causa, quella contenuta in qualunque atto di autonomia privata non può essere contestata dall'autore o dai coautori dell'atto. È da notare peraltro che in taluni ordinamenti (quali, ad esempio: quello romano preclassico e, parzialmente, classico; oppure quello in cui

si trovarono ad operare glossatori e postglossatori; o ancora quello anglosassone) l'interpretazione giurisprudenziale ha assunto ed assume, per complessi motivi politico-sociali, il ruolo quanto meno di fattore propulsivo o integrativo del diritto, indipendentemente dall'intervento legislativo. Lo stesso può dirsi per l'interpretazione giurisdizionale: la quale, in certi sistemi in cui non è rigida la divisione dei poteri, e sopra tutto a causa della scarsità di leggi, viene considerata (a nostro avviso, poco opportunamente) come statuizione di principio, obbligatoria in avvenire per qualsiasi giudice di grado uguale od inferiore.

L'«interpretazione legislativa autentica» può essere contenuta nello stesso provvedimento da interpretare o in un provvedimento successivo. Nel secondo caso si suol dire che essa è retroattiva, nel senso di formare con quella precedente una sola manifestazione di volontà, che ha vigore dal momento in cui la norma originaria fu emanata. Ciò costituisce un'eccezione al principio generale, adottato da moltissimi ordinamenti, della così detta «irretroattività delle norme giuridiche», le quali non possono regolare, per esigenze di certezza del diritto, se non i fatti a venire.

6.1.2. Uno dei problemi più delicati della interpretazione giuridica è costituito dalla *va-*

rietà del linguaggio in cui le fonti si esprimono ed in cui si esprimono i loro interpreti qualificati.

Sarebbe bello se nelle fonti ogni parola ed ogni locuzione avessero un loro preciso e invariabile significato, ma non è e non può essere così: sia perché la «lingua di base» (anche detta «ufficiale») di un ordinamento giuridico è, più spesso che non si pensi, non unitaria, ma multipla (per esempio, in quella che è stata sino al 1991 l'U.R.S.S. e nella Confederazione degli Stati Indipendenti che le è succeduta); sia perché essa, anche quando è unitaria, non è compresa in tutti i luoghi allo stesso modo (per esempio, la lingua latina nel vasto impero romano); sia perché i tempi (e con essi i modi di parlare) cambiano; sia perché cambiano le persone addette alla legiferazione (con i relativi bagagli culturali); sia infine perché spesso alla formulazione delle norme (o dei negozi) si perviene attraverso emendamenti, sub-emendamenti, compromessi ed equivoci (cosa, questa, assai diffusa nei parlamenti moderni).

L'errore più grossolano, ma anche il più comune, che compiono gli interpreti è di non tener conto di queste «variabili della lingua giuridica» e di costruire (non di rado) raffinati nessi sistematici tra parole e locuzioni

che di identico hanno soltanto il suono. Non basta. Altro rilevante errore è dato dall'attribuire significati costanti ai modi di esprimersi degli interpreti «qualificati» (in particolare, i giudici), senza rendersi conto del fatto che si tratta di persone dal livello culturale non sempre sufficientemente elevato e, comunque, esprimentisi ciascuno al riguardo di una fattispecie particolare, non di ipotesi generali.

Avviene dunque spesso che, corredandosi la norma giuridica del cumulo incontrollato delle interpretazioni che la concernono, l'effetto sia tale da aumentare, non da diminuire le difficoltà della comprensione. Né va tralasciato di segnalare che le interpretazioni giurisdizionali vengono portate a conoscenza del pubblico, il più delle volte, anziché nel testo completo dei provvedimenti, in brevi «masse» riassuntive dei loro contenuti ed in ancora più brevi «sommarî» (o «abstracts») di parole-chiave dei temi trattati e delle soluzioni adottate: operazione di somma delicatezza, che viene malauguratamente svolta, in non pochi casi, in maniera quanto meno frettolosa e che presuppone, ad ogni modo, proprio quel codice unitario delle parole e dei significati che, come abbiamo detto, non vi è e non può esservi.

Risultato, quello ora detto, tanto più diso-

rientante e fuorviante, in quanto la prassi degli ultimi decenni è quella di riversare questa ingentissima massa di dati in calcolatori sempre più complessi e veloci (cd. «computers») capacissimi di fornire milioni di dati in pochi secondi, ma non certo capaci di controllare le valutazioni e le scelte in base a cui hanno ricevuto i loro approvvigionamenti di parole (il così detto «input»).

6.2. *L'individuazione del comando applicabile ad una certa fattispecie* (sia esso un comando posto direttamente da una fonte del diritto, sia esso un comando scaturente da un atto di autonomia privata) può essere: *a) diretta*, quando consista nella ricognizione del documento da cui l'esistenza di quel comando è immediatamente provata (si pensi ad una legge scritta, ad un negozio documentato per iscritto); *b) indiretta*, quando consista nella ricognizione di ogni altro mezzo atto a segnalare mediatamente (mediante un cd. «dato semiotico»), purché in modo sufficientemente attendibile, l'esistenza del comando (si pensi ad una norma consuetudinaria provata da fatti di consuetudine, oppure ad un negozio giuridico provato da testimonî, da confessione, da giuramento).

Ove la non facile operazione sfoci in un

risultato negativo, nel senso che si debba concludere per l'inesistenza di un comando esplicitamente relativo alla fattispecie in esame, l'interprete è tenuto a procedere, nei limiti del possibile e limitatamente ai comandi legislativi, ad un'indagine ulteriore, la quale consiste nell'*individuazione presuntiva* del comando che l'ordinamento ritenga implicitamente applicabile al fatto: operazione che ha il nome di *analogia*, o meglio ancora di «integrazione analogica» dell'ordinamento. Dopo aver individuato il caso piú affine a quello espressamente considerato, egli ne individuerà (direttamente o indirettamente) la norma giuridica che lo regola, a séguito di che passerà a ricostruire induttivamente il «principio generale» da cui quella norma discende ed applicherà al caso considerato il comando che si desume da quel presunto principio superiore.

È bene avvertire che non tutti gli studiosi includono l'*analogia* tra le operazioni di accertamento delle norme giuridiche, né tutti le assegnano la natura di procedimento «integrativo»: il quale cioè presuppone una previa interpretazione (destinata ad accertare che una norma specifica per il caso concreto non vi sia) e postula a sua volta l'interpretazione del comando attraverso essa costruito. Anzi l'opinione corrente è nel senso che l'analogia

sia un'operazione interpretativa vera e propria («interpretazione analogica»). Ma a noi sembra che solo la definizione datane permetta di distinguere nettamente l'analogia dall'interpretazione estensiva (applicazione di una norma a casi non espressamente previsti da essa, anche se logicamente e storicamente da essa regolati) e giustifichi le rilevanti conseguenze pratiche della distinzione: infatti, di regola, l'analogia non è consentita per le norme penali incriminatrici, per le norme impositrici di tributi e per quelle speciali, le quali tutte possono essere viceversa interpretate estensivamente.

6.2.1. Sempre a proposito dell'analogia, si suole distinguere, con ricorso ad un linguaggio non del tutto inequivoco, tra «analogia legis» ed «analogia iuris».

L'*analogia legis* è l'analogia per antonomasia. Ad esempio, si ponga che una norma stabilisca l'obbligo per gli «albergatori» di risarcire i clienti per i danni subiti dalle loro cose durante la permanenza in albergo: questa norma discende, evidentemente, da un principio più generale, per cui chiunque eserciti attività di ospizio a pagamento deve garantire gli ospiti nel senso veduto; dunque, può concludersi per analogia (creandosi una norma nuova sulla base del testo della prima

norma), che anche il gestore di stabilimenti balneari è tenuto allo stesso modo verso i propri clienti.

L'*analogia iuris* è qualificata anche come ricorso ai così detti «principi generali del diritto vigente», cioè alle direttive fondamentali che si ottengono astraendo dai singoli istituti (complessi di norme relative al medesimo fenomeno sociale-economico) di ogni sistema giuridico. Tale ricorso è operato quando neppure con l'«*analogia legis*» sia stato possibile reperire un regolamento giuridico per il caso prospettatosi.

L'esistenza di «lacune» negli ordinamenti giuridici (cioè di spazi in bianco: vale a dire, in pratica, di fatti naturali ed umani non previsti e regolati da norme giuridiche) e l'esigenza di colmare quelle lacune sono, si badi, da vari punti di vista contestate.

6.3. *L'individuazione del senso preciso* di un comando posto da una «fonte di produzione giuridica» è affidata a tre operazioni analitiche (così dette «semantiche») distinte, ma complementari: a) l'*analisi filologica*, consistente nel rilevamento del significato letterale, cioè del «segno» (alla greca: del «*seméion*») da cui è esteriormente manifestato il comando (cioè nell'accertamento della cd. «*vox iuris*»);

b) l'*analisi logico-giuridica*, consistente nella determinazione del senso logico (con particolare riguardo alla logica del diritto) che al tenore del comando va attribuito (cioè nella determinazione della cd. «ratio iuris»); c) l'*analisi storica*, consistente nella valutazione dell'epoca storica e dell'ambiente sociale in cui il comando è sorto, nonché dell'epoca e dell'ambiente più o meno progrediti in cui il comando va applicato (cioè nella valutazione della così detta «historia iuris»).

Non ha, invece, specifica rilevanza l'«*opinio iuris vel legislatoris*», cioè l'intenzione soggettiva con la quale la norma è venuta a suo tempo in essere o il provvedimento è stato a suo tempo emanato.

Le operazioni interpretative ora dette, cioè i modi di attuazione dell'interpretazione, oltre a rispondere ai principî ed alla tecnica tradizionale dello studio del diritto, in alcuni ordinamenti sono fissati in norme precise. Norme della cui giuridicità o imperatività si è dubitato, ma a torto, ritenendole semplici enunciazioni di logica giuridica che l'operatore pratico potrebbe anche non seguire. Norme, si badi, passibili anch'esse, come tutte le altre, di interpretazione (che, in effetti, è praticata in modo controverso).

6.3.1. Il risultato delle operazioni interpre-

tative può essere di tre tipi: *a) dichiarativo*, se il senso della norma risulti collimare con la sua formulazione letterale («tam dixit quam voluit»); *b) estensivo*, se l'ambito di applicazione della norma risulti essere più esteso di quanto si ricaverebbe dalla mera formulazione letterale («minus dixit quam voluit»); *c) restrittivo*, nel caso contrario («plus dixit quam voluit»).

L'*interpretazione estensiva*, è bene dirlo, può talvolta difficilmente distinguersi, all'atto pratico, dall'integrazione analogica: il che crea non poche difficoltà nei settori in cui l'ordinamento giuridico, pur non contestando l'interpretazione estensiva, vieti, come si è detto, il ricorso all'analogia.

6.4. *L'individuazione del senso preciso di un atto di autonomia privata* si effettua, all'incirca, attraverso le stesse operazioni sopra indicate, ma presenta delle caratteristiche differenziali derivanti dal fatto che i negozi giuridici sono, come sappiamo, esplicazione di un'attività di «autoregolamento», volta essenzialmente a disciplinare gli interessi dell'autore o degli autori del negozio e non i rapporti tra persone estranee agli stessi. Per conseguenza, l'interprete: da un lato, deve tendere a ricostruire ciò che è stato veramente e concreta-

mente voluto e posto in essere dall'autore o dai coautori del negozio (cd. interpretazione negoziale *soggettiva* o «in concreto»); dall'altro lato, deve anche tendere a stabilire ciò che un qualunque soggetto ragionevole avrebbe voluto e posto in essere con le formulazioni in cui il negozio si è esteriorizzato e nella situazione storica in cui il negozio si è formato (cd. interpretazione negoziale *oggettiva* o «in abstracto»).

Un ordinamento può attribuire importanza di gran lunga maggiore all'interpretazione soggettiva rispetto a quella oggettiva e viceversa, ma nessun ordinamento può prescindere completamente dall'una o dall'altra. Sarebbe assurdo chiudere gli occhi dinanzi alla duplice e contrastante esigenza di ogni realtà sociale: l'esigenza che la volontà dell'autore o dei coautori del negozio sia concretamente realizzata e l'esigenza che l'affidamento posto dai terzi in una certa «apparenza» negoziale sia adeguatamente tutelato.

L'interpretazione oggettiva è caratteristicamente preferita da ordinamenti riflettenti: o una civiltà primitiva, in cui l'espressione esteriore ha grandissimo valore, anche per talune implicazioni magiche; ovvero un'intensa e scaltrita vita commerciale, nella quale l'esigenza della ricerca dell'effettiva volontà dell'opera-

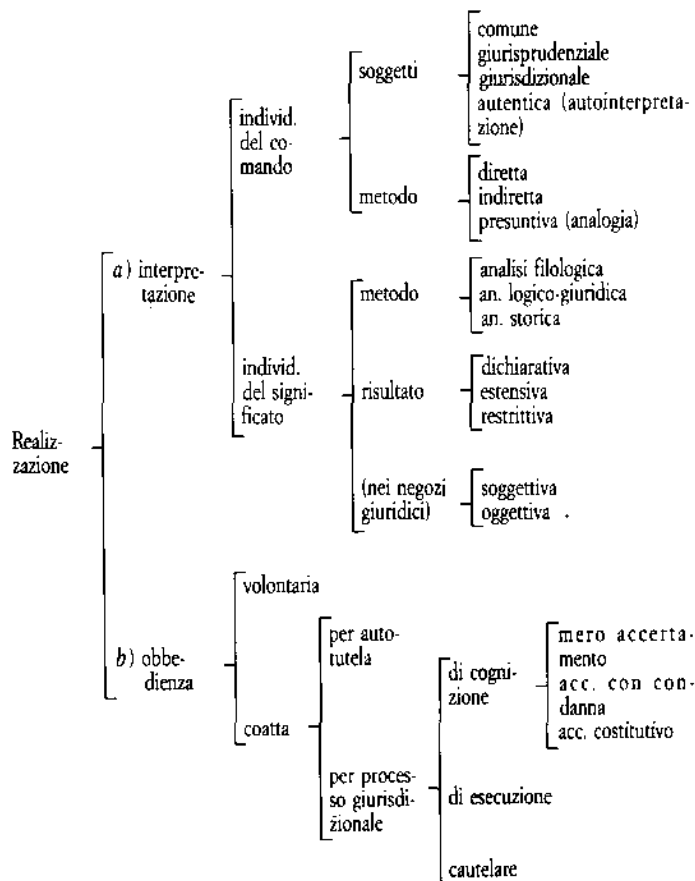


TAVOLA VI: La realizzazione del diritto.

tore giuridico rallenterebbe il fluire dei traffici. L'interpretazione prevalentemente soggettiva è tipica dei sistemi, evoluti, influenzati da fattori storici intimistici (cristianesimo, civiltà bizantina, riforma).

7. L'OBEDIENZA AL DIRITTO.

7.1. Il *processo giurisdizionale* è inteso, si è detto, a realizzare il potere di azione di un soggetto attivo nella ipotesi di resistenza del soggetto passivo. Ma è ovvio che gli organi giurisdizionali non possono tenere sotto controllo interpretativo tutti gli innumerevoli fatti che si verificano nella vita sociale, per poi intervenire tempestivamente a dar man forte all'avente diritto nel momento in cui questo si appresta ad esplicare il potere di azione.

Il sistema seguito è, per necessità di cose, molto diverso. Gli organi del potere sanzionatorio si mettono all'opera solo se ed in quanto ricevono una precisa *domanda di giustizia* di un soggetto giuridico nei confronti di altro soggetto che lo contrasti. E siccome solo quando si instauri una «lite» tra i due i giudici prendono cognizione del fatto o dei fatti da interpretare, dando inizio all'attività inter-

pretativa, può ben accadere che essi giungano infine alla conclusione che la domanda sia priva di fondamento e debba essere quindi rigettata per il fatto che il diritto soggettivo (e in particolare l'azione), di cui l'autore della domanda si asserisce titolare, non esiste o non è realizzabile.

Ne consegue che, come già accennato dianzi, dall'azione in senso proprio (*azione sostanziale*), la quale è componente del diritto soggettivo e costituisce l'oggetto del processo giurisdizionale (esiste o non esiste?, va realizzata o non va realizzata?), bisogna nettamente distinguere la domanda di giustizia, che per tradizione si chiama anch'essa azione (*azione processuale*). L'azione processuale (espressione, a sua volta, di un diritto pubblicistico, denominato «diritto di azione») è la dichiarazione che un soggetto (il cd. «attore») fa ad altro soggetto recalcitrante (il cd. «convenuto») di essere titolare del potere di azione nei suoi confronti, rimettendo in pari tempo agli organi della giurisdizione il controllo del buon fondamento di questa asserzione e, subordinatamente, la tutela del proprio diritto.

7.1.1. Ogni processo giurisdizionale (o «sanzionatorio»: di cognizione, di esecuzione, cautelare) implica un suo peculiare «modus procedendi», cioè un suo *sistema procedurale*,

una sua «procedura». È chiaro, infatti, che, mentre ai fini dell'accertamento di una situazione giuridica incerta (e discussa) è necessario preordinare un'attività processuale di carattere preminentemente istruttorio (raccolta ed esame di prove, risoluzione delle controversie circa la loro valutazione eccetera), ai fini dell'esecuzione di un potere giuridico già certo (e indiscutibile) è necessario preordinare una attività di carattere preminentemente realizzativo (apprensione della persona o dei beni del debitore o del reo, vendita dei beni, assegnazione del ricavato eccetera). Tuttavia è possibile (sebbene assai raro) che una stessa procedura sia utilizzabile per due specie diverse di processi ed è altresì possibile (e molto frequente in pratica) che una certa specie di processo disponga, per la sua più opportuna definizione, di due o più procedure diverse (ad esempio: una regolare ed una abbreviata).

7.1.2. Da tenere ben distinto, sia rispetto al concetto di processo sia rispetto a quello di procedura, è il concetto di *procedimento giurisdizionale*.

Si intende per «procedimento» una serie organica di attività giuridiche tra loro connesse, volte allo scopo di ottenere un certo provvedimento giurisdizionale, anche provvisorio o parziale. Un processo, che tende per sua

natura ad un provvedimento definitivo, ad una soluzione finale, può anche non risolversi in un unico procedimento; anzi, sopra tutto negli ordinamenti giuridici moderni, un processo comporta di solito la possibilità di vari procedimenti connessi e successivi (di prima istanza, di impugnazione, di revisione ecc.). Inoltre, le forme dei procedimenti (le «procedure») variano a seconda del tipo di giustizia di cui si chiede l'amministrazione: giustizia civile, giustizia penale, giustizia amministrativa e via dicendo. E quanto alla denominazione dei relativi provvedimenti, il catalogo è tanto vasto quanto inutile dal riferire in questo luogo: i termini più diffusi sono, comunque, quelli di «sentenza», di «ordinanza» e di «decreto».

Le figure di *attore* e di *convenuto* si qualificano con riguardo ad ogni singolo procedimento. «Attore» è colui che assume l'iniziativa del procedimento, sperando l'azione processuale relativa; «convenuto» è colui che l'attore convoca in giudizio e contro il quale lo stesso attore chiede al giudice un provvedimento giurisdizionale: quindi l'attore di un giudizio di primo grado può essere convenuto dalla controparte in sede di impugnazione, nell'ipotesi che abbia ottenuto la vittoria nel primo procedimento. Tuttavia non è raro

l'uso della terminologia di «attore» e «convenuto» con riferimento a tutto quanto il processo (di accertamento, di esecuzione, cautelare) e non ai singoli procedimenti in cui un processo si articola: nel qual caso si parlerà di «attore (del processo)» per colui che ha preso l'iniziativa del processo stesso (cioè del suo procedimento iniziale), di «convenuto (nel processo)» per colui che è stato chiamato in giudizio all'inizio del processo (cioè nel procedimento iniziale dello stesso).

7.2. Tutti i soggetti giuridici (lo abbiamo già anticipato) hanno diritto di «agire in giudizio», cioè di proporre domande processuali con le quali asseriscano di essere titolari di un'azione in senso sostanziale (cioè di un potere di azione) verso il convenuto ed esigano quindi il soddisfacimento relativo. Al potere giurisdizionale adito dall'attore compete di stabilire se l'azione processuale è fondata o non è fondata e compete altresì, quando le conclusioni siano nel senso del buon fondamento della domanda attrice, di realizzare coattivamente il potere di azione del quale si discute. Sulla base della specifica richiesta formulata con l'azione processuale, si distinguono (quali che siano le specifiche procedure) tre tipi di processo giurisdizionale: processo di cogni-

zione, processo di esecuzione, processo cautelare.

Il *diritto di azione processuale* (o «diritto formale di azione») spetta a tutti i soggetti giuridici e comporta l'obbligo (e l'eventuale soggezione in caso di inadempienza, cioè in caso di «denegata giustizia») del giudice adito di pronunciarsi circa la sua fondatezza o infondatezza. Proprio perché a chiunque può venire l'estro di convenire, sia pure senza alcun fondamento, un altro soggetto in giudizio, i varî ordinamenti predispongono, di solito, sanzioni più o meno intense contro i «liti-gatori temerarî» (sanzioni che, nel caso di un'accusa penale che risulti del tutto infondata, sono conseguenti ad una vera e propria ipotesi di reato, la così detta «calunnia»).

Nessuna *presunzione di torto* riguardo ai soggetti chiamati in giudizio può essere tratta dai terzi sino a che il giudizio non pervenga a sentenza definitiva in questo senso. La diffusa tendenza non solo a nutrire, ma a manifestare apertamente tale presunzione (sia relativamente ai citati in processo civile, sia relativamente agli imputati in processo penale) è arbitraria e incivile, anzi può esporre, nei casi più gravi, a giuste reazioni di carattere civile (ad esempio: responsabilità per danni) e di carattere penale (ad esempio: condanna per calun-

nia o per diffamazione). Sopra tutto in riferimento alle imputazioni penali, vige nei paesi civili la «presunzione di non colpevolezza» sino a sentenza definitiva.

7.3. Il *processo di cognizione* (o «di accertamento») è quello promosso da un'«azione di accertamento», cioè da un'azione (processuale) rivolta ad ottenere la dichiarazione autoritaria della esistenza (o inesistenza) di una situazione giuridica controversa.

Il processo può essere inteso: *a*) all'accertamento puro e semplice, o *mero accertamento* (ad esempio: che Tizio è creditore di Caio; che Sempronio è autore di un certo reato); *b*) ad un accertamento seguito dalla *condanna* del soccombente a fare ciò che deve fare (ad esempio: a Caio, essendo accertato che è debitore di Tizio, si ordina di effettuare il pagamento; Sempronio, essendo riconosciuto autore di un reato, viene astretto a pena corporale o pecuniaria); *c*) ad un accertamento con così detti *effetti costitutivi*, cioè implicante di per se stesso, senza necessità di un comportamento che l'attore o il convenuto debbano porre in atto, la costituzione (o anche l'estinzione o la modificazione) di un rapporto giuridico, insomma una variazione dell'ordine giuridico (ad esempio: annullamento di un atto

privato o amministrativo, previo riscontro di un vizio della volontà).

7.3.1. Il processo di cognizione comporta sempre (anche quando non è promosso da un'azione di mero accertamento) la possibilità di una declaratoria di mero accertamento.

L'ipotesi si verifica quando l'azione processuale venga respinta, e dunque si dichiara che il convenuto non ha torto (è da «assolvere»). Il provvedimento con cui si conclude il procedimento si chiama, in tale caso, «provvedimento di accertamento negativo».

7.3.3. I *provvedimenti di cognizione* vengono denominati, nel linguaggio usuale, provvedimenti «di mero accertamento», «di condanna», «costitutivi».

7.4. Il *processo di esecuzione* è quello promosso da un'«azione esecutiva», rivolta ad ottenere la materiale, effettiva esecuzione di un diritto già accertato in un precedente processo di cognizione oppure anche accertato extraprocessualmente (per esempio, mediante esplicito riconoscimento da parte del soggetto passivo).

L'azione processuale esecutiva trae la sua fondatezza non direttamente dal diritto che intende realizzare, ma da un *titolo esecutivo* (generalmente in forma scritta) che attesti in

modo certo e incontestabile l'esistenza dell'azione sostanziale.

Quanto all'*esecuzione*, essa avviene, quando possibile, «in forma specifica» (ad esempio: consegna della cosa dovuta; reclusione del reo). Altrimenti essa deve avvenire «in modo indiretto» (o «per equivalente»), cioè mediante espropriazione dei beni o di certi beni del debitore escusso (da «excutere», squassare), vendita degli stessi ed assegnazione del ricavato all'attore.

7.4.1. Ovviamente l'«escusso» può fare *opposizione* (o a tutta l'esecuzione, contestandone il fondamento, oppure a singoli atti del processo esecutivo, contestandone la regolarità).

In questa ipotesi si apre, a titolo di parentesi, di «incidente» nel corso del processo di esecuzione, un procedimento di accertamento di cui è attore l'opponente.

7.5. Il *processo cautelare* è quello promosso da un'«azione cautelare», rivolta ad ottenere misure di preventiva garanzia in vista della successiva ed indipendente decisione di un processo di accertamento o di esecuzione ancora in corso o addirittura ancora da iniziare. Esso può avere, a seconda degli ordinamenti positivi, le più diverse finalità precauzio-

nali, che peraltro sempre si inquadrano nella preparazione del provvedimento che deciderà un processo di cognizione oppure un processo di esecuzione. Valga qualche esempio moderno, limitato alle procedure civili.

Processo di «sequestro giudiziario» è quello inteso (in vista della decisione di un accertamento in corso o ancora da iniziare) a vincolare i beni in contestazione o le cose su cui deve svolgersi l'accertamento, affidandoli ad un sequestratario giudiziale.

Processo di «sequestro conservativo» è quello inteso (in vista di un processo di esecuzione) ad affidare al sequestratario i beni su cui il creditore dovrà soddisfarsi, sottraendoli al debitore.

Processo di «prova a futura memoria» è quello inteso (in vista di un accertamento da compiere) a raccogliere al più presto elementi di prova (ad esempio: testimonianze) che altrimenti potrebbero dissolversi (ad esempio: per morte del futuro testimone).

7.6. Quando un processo si chiude con un *provvedimento definitivo*, cioè non più appellabile o ricorribile facendo capo a giurisdizioni di grado superiore, si realizza la così detta *certezza del diritto*: Tizio è veramente debitore, Caio è veramente colpevole del reato imputatogli eccetera.

Tuttavia, anche la certezza subisce delle eccezioni, potendosi dar luogo, in considerazione del sopravvento di prove o di accertamenti di errori di giudizio, a svariate *procedure di revisione* dei provvedimenti definitivi: procedure sulle quali sorvoliamo.

Non solo. Pur se il provvedimento giurisdizionale è e rimane, ad onta di ogni tentativo per svalutarlo, assolutamente definitivo, non può dimenticarsi che la certezza da esso derivante è una certezza umana. Ne tragga il lettore la conseguenza che meglio crede.

INDICE DEGLI ARGOMENTI

I rinvii sono alle pagine

- Abstracts giurisdizionali 161
- accordo simulatorio 120 s.
- acquiescenza negoziale 142 ss.
- acquisto derivativo 80
- actio libera in causa 96 s.
- ad probationem 103 s.
 - substantiam 103 s.
- analisi interpretative 165 s.
 - filologica 165
 - logico-giuridica 165 s.
 - storica 166
- analogia 163 ss.
 - iuris 165
 - legis 164 s.
- annullabilità del neg. 138 s., 142 ss.
- apolidi 18
- apparenza del diritto 60, 154 ss.
- aspettativa di diritto 48 s.
- atti giuridici 85 ss.
 - di autonomia 88 ss.
 - illeciti 85 s.
 - leciti 86 ss.
- attore 171, 175 s.
- attribuzioni di governo 20
- autocrazia 22
- autonomia privata 89 ss.
 - pubblica 89 s.
- autotutela giuridica 153
- azione popolare 49
 - processuale 171
 - sostanziale 45
- Carta costituzionale 35
- capacità di agire 92, 95 ss.
 - giuridica 92 ss.
- causa negoziale 107 ss.
 - a neg. plurimi 110
 - plurima 109 s.
 - sociale 14 s.
- cause della successione 82 s.
 - dell'ordine giur. 78 ss.
- certezza del diritto 179 s.
- cittadinanza 18
- clausola condizionale 132 ss.
 - modale 132 s.
 - terminale 132 ss.
- clinica del diritto 131 s.
- coattività del diritto 31 s.
- coazione giuridica 31 s.
- colpa dell'illecito 87
- comandi giuridici 26 s.
- confederazione di stati 21
- communio iuris Germanici 63 s.
 - Romani 64 ss.
- comprensione del diritto 149 ss., 157 ss.
- comunanza di diritto 63 s.
- concorrenza di diritti sogg. 62 ss.
- condiciones iuris 131
- condizione negoziale 133 s.
- conferma del negozio 144
- conservazione del negozio 135
- consuetudine 35 ss.
- contitolarietà di dir. sogg. 62 ss.
- contratto 102
 - bilaterale 113
- contra legem 40
- convalescenza del negozio 142
- convenuto 171, 175 s.
- convenzione 102
 - sociale 13 s.

conversione del negozio 140

cortesia 115 s.

costituzione statale 18

– – flessibile 40 s.

– – rigida 40 s.

Democrazia 21 s.

derogabilità del diritto 30

desuetudine 36 s.

dichiarazioni di cortesia 115

dies in negotio 135

diritto (oggettivo) 11 ss., 22 ss.

– alternativo 30 s.

– amministrativo 73

– apparente 154 ss.

– canonico 25 s.

– civile 72

– cogente 30

– commerciale 72

– costituzionale 73

– dei privati 69

– del lavoro 72

– dispositivo 30

– finanziario 73 s.

– generale 29

– internazionale 25 s., 74

– naturale 24

– penale 73

– privato 68 ss.

– processuale 74

– pubblico 68 ss.

– romano 75

– speciale 29

– vivente 147 ss.

diritto (soggettivo) 44 s.

– affievolito 46 s.

– a sogg. plurimi 62 ss.

– di azione 171

– erga omnes 51 s.

– potestativo 50

diritto e stato 23 ss.

discipline privatistiche 71 ss.

– pubblicistiche 73 s.

– di supporto 74 s.

dissenso occulto 118 s.

docendi causa 115

dolo dell'illecito 87

dolo negoziale 124 s.

– – determinante 124 s.

– – incidente 124 s.

– – malefico 125

dolus bonus 125

domanda di giustizia 170 s.

dovere giuridico 45 s.

Economia politica 75 s.

effetti giuridici 78 ss.

– – costitutivi 78 s.

– – estintivi 78 s.

– – modificativi 78 ss.

efficacia del negozio 131 ss.

enti parastatali 20

errore di diritto 123 s.

– – fatto 122 ss.

– – manifestaz. 117

– improprio 117

– ostativo 117

– proprio 122 ss.

Facoltà giuridica 50 s.

fatti giuridici 84 ss.

– – involontari 84 ss.

– – volontari 85 ss.

fatti normativi 34

federazione statale 21

filosofia del diritto 76

fine del soggetto giur. 80

flessibilità della costituzione 41

fonti di cognizione 34 s.

– – produzione 34 ss.

– – – subordinate 37 s.

– integrative della cost. 37 s.

forma negoziale 103 ss.

– – libera 103

– – vincolata 103 ss.

formulazioni processuali 153 ss.

fraus legi facta 111

Gestione di negozio 130
giustizia 148
governo statale 19 ss.

Illiceità negoziale 110 ss.

- - generica 111
- - indiretta 111 s.
- - piena 111
- - semipiena 111

imperativi ipotetici 28

incapacità di agire 96

- - (mera) 97 s.

individuazione del comando giur.
162 ss.

- diretta 162
- indiretta 162
- presuntiva 162 ss.

individuazione del senso del dir.
165 ss.

- - - del negozio 167 ss.

integrazione analogica 163 ss.

interesse diffuso 49

- legittimo 471

inefficacia del negozio 135 ss.

ignorantia iuris 123

interposizione di persona 121, 126
ss.

- - fittizia 121
- - reale 126 ss.

interpretazione del diritto 137 ss.

- autentica 157 ss.
- comune 157
- giurisprudenziale 157 s.
- giurisdizionale 157
- qualificata 157 ss.

intimidazione 126

invalidazione del negozio 138 s.

invalidità del negozio 136 ss.

- iniziale 138
- sopravvenuta 138 s.

ioci causa 115

iracundiae causa 115

istituzione giuridica 27

istituzioni di dir. privato 71 s.

- - - pubblico 73

- - - romano 75

Lacune del diritto 165

leggi costituzionali 38

- formali 37 s.
 - meram, formali 37 s.
- linguaggio del diritto 159 ss.

Malinteso 118 s.

manifestazione negoziale 103 ss.

- - coartata 116 s.
- - errata 117
- - non seria 115 s.

massime giurisprudenziali 161

mera incapacità di agire 97 ss.

- inefficacia negoziale 136, 144
ss.

meri atti giuridici 87 s.

modus negoziale 132 s.

Negozio (giuridico) 90 ss., 98 ss.

- a causa plurima 109
- a titolo gratuito 112
- a titolo oneroso 112 ss.
- bilaterale 101 s.
- efficace 131 ss.
- esaurito 137
- formale 106 s.
- illecito 110 ss.
- imperfetto 136 s.
- inefficace 135 ss.
- innominato 110
- invalido 136 ss.
- invisibile 104
- materialm. astratto 106 ss.
- processualm. astratto 106
- meramente inefficace 136, 144
ss.
- nominato 110
- nullo 140 ss.
- plurisoggettivo 101 ss.
- plurilaterale 101 ss.
- sinallagmatico 113 ss.

- solenne 106 s.
- tipico 109
- unilaterale 101 ss.
- - collettivo 101
- - complesso 101
- - recettizio 102 s.
- unisoggettivo 101 ss.
- non colpevolezza presunta 175 s.
- normativa giuridica 32 ss.
- norme giuridiche 26 ss.
- - di condotta 30
- - direttive 29 s.
- - di qualificazione 29 s.
- - di tutela 30
- nullità del negozio 140 ss.
- nuncius 126 ss.

- Obbedienza al diritto 132 ss., 170 ss.
- obbligo giuridico 45
- oggetto giuridico 42 ss.
- oligarchia 22
- onere giuridico 51
- negoziale 132 s.
- opinio iuris et necessitatis 36
- orde preistoriche 14
- ordinamento giuridico 11 ss., 22 ss.
- politico 17 ss.
- sociale 16
- ordine giuridico 78 ss.
- organizzazione sociale 16
- organizzazioni delinquenziali 28
- ordo ordinatus 78

- Patrimonio generale 61 s.
- speciale 61 s.
- - autonomo 62
- - separato 62
- popolo 18
- portavoce 126 ss.
- possessione 155 s.
- potere giuridico 44 s.
- di azione 45
- potestà pubblica 44

- amministrativa 19 s.
- giurisdizionale 19
- legislativa 19
- praeter legem 40
- prestanome 121
- presunzione di torto 175 s.
- pretesa giuridica 45
- principi generali del dir. 165
- procedimento giurisdiz. 172 s.
- procedura giurisdiz. 171 s.
- processo giurisdiz. 170 ss.
- cautelare 178 s.
- di cognizione 176 s.
- di esecuzione 177 s.
- procura 130
- provvedimento definitivo 179 s.
- normativo 34 ss.
- ordinativo 34
- pubblico 90

Qualificazioni giuridiche 43 s.

Rapporti giur. intrasmissibili 81 s.

- - privati 68 ss.
- - pubblici 68 ss.

rapporto giuridico 41 s.

- - assoluto 51 ss.
- - - in senso improprio 54 s.
- - ad esecuz. coatta 58 s.
- - ad esecuz. libera 58 s.
- - di debito 56 ss.
- - di responsabilità 56 ss.
- - relativo 53 ss.

rappresentanza 126 ss.

- diretta 129
- indiretta 129
- necessaria 130 s.
- spontanea 130
- volontaria 130

ratifica del neg. nullo 144

realtà giuridica 147 ss.

requisiti negoziali 131 ss.

rescissione del neg. giur. 145

responsabilità (da illecito) 86 s.

- civile 58
- criminale 58
- oggettiva 56 s., 86 s.
- per colpa 87
- per dolo 87
- precontrattuale 136
- primaria 56 s.
- secondaria 56 s.
- soggettiva 56 s.
- revocazione del neg. giur. 145
- riduzione del neg. nullo 139 s.
- riserva mentale 119 s.
- risoluzione del neg. giur. 145 s.
- risultato dell'interpretaz. 166 s.
- dichiarativo 166 s.
- estensivo 166 s.
- restrittivo 167

Sanatoria del neg. giur. 142 ss.

scienza delle finanze 74

secundum legem 40

simulazione assoluta 120 s.

- esterna 119 ss.

- interna 129

- relativa 120 s.

sinallagma 113 s.

situazioni sogg. imperfette 46 ss.

socialità del diritto 24 ss.

società apolitica 17

- politica 16 ss.

- umana 12 ss.

soggetto giuridico 42 ss.

- - limitato 94 s.

soggezione giuridica 45 s.

solidarietà obbligatoria 66 s.

sommari giurisprudenziali 161

sovranità 17 s.

statualità del diritto 24 ss.

stato 11 ss.

- confederato 21

- federale 21

- unitario 20 s.

status personale 43 s.

statuto politico 35

storia del dir. intermedio 75

- - - romano 75

storicità del diritto 23

stranieri 18

struttura del diritto 26 ss.

- degli stati 20 s.

studi di diritto 70 ss.

successione 79 ss.

- a causa di morte 81 ss.

- particolare 79 s.

- universale 79 ss.

sudditanza 18

Teoria gen. del diritto 12

- istituzionistica del dir. 26 ss.

- normativistica del dir. 26 ss.

termine negoziale 134 s.

territorio 19

timore da minaccia 125 s.

tutela dell'apparenza giur. 154 ss.

- statale del dir. 153, 170 ss.

Urbanitatis causa 115 s.

uffici di governo 20

uomo di paglia 121

Vetustas 36

violenza fisica 116 s.

- morale 125 s.

vizi della volontà 122 ss.

volontà negoziale 114 ss., 122 ss.

FINITO DI STAMPARE
NEL GENNAIO 1996
CON I TIPI **CECOM SNC**
BRACIGLIANO (SA)

