

Fernando Bocchini - Enrico Quadri

# Diritto privato

NONA EDIZIONE - 2022



**Giappichelli**

# PRINCIPI

## SOMMARIO:

- PARTE I. ORDINAMENTO GIURIDICO. – Cap. 1. Ordinamento giuridico e realtà sociale. – Cap. 2. Diritto privato. – Cap. 3. Fonti e applicazione del diritto (Efficacia e interpretazione).
- PARTE II. CATEGORIE GENERALI. – Cap. 1. Soggetto e persona. – Cap. 2. Beni giuridici. – Cap. 3. Rapporto giuridico e situazioni giuridiche soggettive. – Cap. 4. I fatti giuridici. Effetti, vicende e circolazione. – Cap. 5. Autonomia privata (Il negozio giuridico e l'autonomia negoziale). – Cap. 6. Iniziativa economica (L'impresa e il mercato). – Cap. 7. Principi generali e Clausole generali (L'ordine pubblico).
- PARTE III. TUTELA DEI DIRITTI. – Cap. 1. Tutela giurisdizionale dei diritti. – Cap. 2. Prove. – Cap. 3. Tecniche alternative di risoluzione delle controversie (Degiurisdizionalizzazione).



# PARTE I

## ORDINAMENTO GIURIDICO

### CAPITOLO 1

## ORDINAMENTO GIURIDICO E REALTÀ SOCIALE

**Sommario:** 1. L'esperienza giuridica tra società e diritto. – 2. Correlazioni del diritto con altre esperienze culturali. – 3. La valutazione giuridica della realtà materiale. – 4. Ordinamento giuridico. – 5. Diritto positivo e diritto naturale. – 6. La scienza giuridica e le categorie. – 7. I principali sistemi giuridici: *civil law* e *common law*.

**1. L'esperienza giuridica tra società e diritto.** – È antica l'affermazione che *ubi societas ibi ius*. Ogni comunità ha bisogno del *diritto*<sup>1</sup> per vivere pacificamente, assicurando il diritto le regole della *convivenza civile* necessarie per organizzare il presente e progettare il futuro, così nei rapporti esistenziali e sociali come nelle scelte economiche e operative. Il diritto rappresenta l'approdo e il crocevia delle tante articolazioni culturali della società, permeate di religione, economia, filosofia, scienza; anche i climi, penetrando spiriti e comportamenti, orientano le organizzazioni dei popoli: insomma il diritto esprime la vita stessa di una società.

È pure antica l'affermazione *ex facto oritur ius*. Nella sua essenza il diritto è un complesso di regole (c.d. *norme giuridiche*) che disciplinano le condotte umane in una comunità, secondo principi e valori nei quali la società storicamente si riconosce e intende muoversi. Il diritto proviene dall'uomo ed è in funzione dell'uomo, che, ad un tempo, è attivatore e destinatario delle norme giuridiche. La convivenza civile si nutre di una es-

---

<sup>1</sup> Nel diritto romano classico il termine impiegato per indicare il diritto era *ius*. Correlativamente il termine "giuridico" deriva dal latino *iuridicus*, composto di *ius* (diritto) e *dicere* (dire); il termine "giudice" deriva dal latino *iudex* (colui che dice il diritto); il termine "giurisprudenza" deriva dal latino *iurisprudentia*, derivato di *iurisprudens* (esperto del diritto). Letteralmente il termine "diritto" deriva dal tardo latino medievale *directus* con una inflessione morale di considerare i fatti giuridici *sub specie recti*, perciò diretto a certi fini: è con tale inflessione che si sviluppa nel resto d'Europa (francese *droit*, spagnolo *derecho*, tedesco *Recht*).

senziale *relazionalità sociale* regolata dal diritto: già nella famiglia<sup>2</sup> e poi nelle varie articolazioni comunitarie (scuola, lavoro, tempo libero); l'attuazione di molti interessi, implicando l'impiego di beni e mezzi, necessita della *cooperazione* tra gli uomini e della *aggregazione* in gruppi (associazioni, società, ecc.).

L'*ordine* di una comunità non è assicurato dal solo catalogo dei precetti giuridici, spesso non conosciuti, ma è sostenuto anche dal concorso di dettami etici, precetti religiosi, tradizioni di comportamenti, che attingono alla complessiva organizzazione sociale. Ad es., nelle famiglie, pulsa un complesso di valori ideali, costumi tramandati o attinti all'ambiente sociale, dettami religiosi, sentiti e vissuti con maggiore intensità e severità delle regole giuridiche e che, accanto a queste ultime, caratterizzano la complessiva vita della comunità familiare; nelle relazioni commerciali, operano prassi e consuetudini costantemente rispettate dai singoli operatori economici, avvertite addirittura con maggior rigore delle prescrizioni di legge: sono fasci di doveri che si intrecciano con la imperatività delle regole dell'ordinamento giuridico.

Comprendere (e interpretare) il diritto significa conoscere (e valutare) la realtà sociale che lo esprime e di cui si alimenta: il relativo intreccio forgia la complessità della *esperienza giuridica*, quale effettività di convivenza della *comunità civile*, con valori condivisi e regole applicate. Nel concetto di diritto è insito il criterio del *limite*, così nelle relazioni individuali che nei gruppi e a maggior ragione verso la comunità, perché le varie sfere giuridiche possano coesistere nella convivenza civile.

Con l'avvento dello Stato moderno (di cui appresso), come referente della totalità del diritto, emergono fondamentali *dilemmi della modernità*, per il progressivo divario tra regole giuridiche formalizzate e realtà materiale vissuta. Di tale complessa esperienza giuridica vanno colte fondamentali declinazioni, che serbano alcuni criteri e prospettano nuovi<sup>3</sup>. In tale evoluzione la società è stata prima attraversata e poi sovrastata dalla crisi della modernità, con l'emersione di una età che si interroga sul percorso della vita e valorizza la collocazione sociale e umana delle persone: rileva il condizionamento umano rispetto alla famiglia, alla comunità, al territorio e all'epoca, con radicamenti della persona secondo proprie istanze e identità (*homme situé*). La pandemia sanitaria del Covid degli anni 2020-2022 ha acuito il senso del limite e della fragilità umana, evidenziando la essenzialità della coesione civile.

In tale articolato percorso, regole, principi e istituti giuridici vanno calati nell'*ambien-*

<sup>2</sup> La famiglia, formalizzata o di fatto, si atteggia sempre più come comunità relazionale, dove convivono e vicendevolmente si prestano assistenza e collaborazione più generazioni, cementate dall'amore.

<sup>3</sup> La *vita*, per la sua poliedricità e problematicità, è irriducibile ad astratti modelli normativi; eppure c'è l'esigenza della certezza del diritto come collante di convivenza civile, contro immunità, privilegi e angherie delle pregresse società stratificate per classi, e per la calcolabilità delle azioni umane. Gli *scambi* commerciali trascurano le specificità delle persone, nelle singole realtà e con le particolari appartenenze; eppure il rafforzamento e l'espansione della produzione e dei consumi hanno consentito l'appagamento di antiche precarietà e di nuovi bisogni. La *democrazia*, come governo del popolo, è influenzata dalla composizione del popolo abilitato al suffragio elettorale, che detta le regole per tutti; eppure la formazione dal basso della volontà della comunità resta l'unico modello di governo espressivo di libertà personale e civica. L'*azione pubblica* ha favorito corruzioni e piegamenti sociali; eppure l'affermazione di strutture pubbliche organizzate ha consentito approdi e riparo a disagi umani e sociali. Gli *status* delle persone, documentati nelle forme giuridiche, sovrastano la realtà delle relazioni umane dove si nasce, si muore, si sviluppano amori e intessono convivenze nella "ontologia sociale"; eppure la formalizzazione degli stati consente presidi e tutele specie ai più deboli della società.

*te sociale* ove storicamente si muovono le vicende umane, alla stregua delle condizioni naturali, delle appartenenze sociali e delle conoscenze acquisite. Anche la *effettività* della giustizia passa attraverso la contestualizzazione dei fatti e l'attualizzazione dei precetti.

**2. Correlazioni del diritto con altre esperienze culturali.** – Varie esperienze umane e sociali e molti saperi culturali si atteggiano come ragioni di sostegno alla esperienza giuridica.

La *morale* e la *religione*<sup>4</sup> additano peculiari modelli di precettività. La medesima condotta, moralmente o religiosamente impegnativa, può essere considerata rilevante anche dal diritto: si pensi ad es. ai precetti di non uccidere e non rubare, che sono peccati per la visione cristiana e reati per gli ordinamenti statali. Solo che la dimensione morale si esaurisce nell'intimità della coscienza, e quella religiosa attinge ad una finalità trascendente; mentre la dimensione giuridica si svolge ontologicamente nella relazionalità sociale attraverso l'apparato ordinamentale: il diritto si proietta nelle *regole impegnative di convivenza*, affinché le aspirazioni e le passioni dei singoli possano esprimersi in modo socialmente compatibile, così da realizzare equilibrio e coesione tra i consociati. Talvolta vi è maggiore permeabilità, talaltra più stridente antitesi, tra precetti etici e religiosi e regole giuridiche; è essenzialmente con l'illuminismo che la teoria dei "beni giuridici" si *secolarizza* o laicizza, assumendo rilevanza giuridica solo interessi tutelati dall'ordinamento.

La *storia*, come dialogo con il passato, ha sempre svolto un'importante azione di verifica del diritto. Senza *coscienza storica* non è possibile capire il presente e quindi progettare il futuro: essenziale è conoscere le regole del passato, non tanto per le prescrizioni realizzate, quanto per le idee che le avevano ispirate e i conflitti che ne avevano determinato l'adozione. La *filosofia* ha sempre svolto una essenziale funzione intellettuale di analisi dell'uomo e della società per le vocazioni immaginate o assegnate (divine o terrene) e di congruenza logica e etica delle regolazioni giuridiche.

Le *scienze* stanno dischiudendo ampi scenari di intreccio con l'esperienza giuridica. Si pensi solo alle problematiche suscitate dalle *nuove tecnologie* e specificamente dalla telematica, rispetto al controllo ormai sistematico della persona, con ispezione del corpo e indirizzamento di vita. È ormai ricorrente l'intreccio tra "principio di innovazione" che tende a fare applicazione di tutti i risultati della scienza e "principio di precauzione" che mira a segnare limiti di intervento per la salvaguardia di fondamentali valori etici. Nelle relazioni interpersonali stanno crescendo gli ausili delle *scienze cognitive*, che ormai hanno per oggetto lo studio dei generali processi cognitivi, umani e artificiali. Le tecnologie applicate alla vita umana e alla natura suscitano complessi problemi di bioetica e di salvezza dell'equilibrio naturale del pianeta, che il diritto deve armonizzare con la dimensione umana.

La *economia* ha assunto nelle società moderne un nesso importante con il diritto, specie a seguito dell'affermazione del mercato, come generatore di ricchezza, soggetto alla regolazione giuridica: in connessione con il diritto è parametro essenziale di programmazione di uno "sviluppo sostenibile"; orienta la formazione del diritto, ma è al

---

<sup>4</sup> Il termine "religione" deriva dal latino *religio* derivato dal verbo *religare* "legare" per intendere il valore vincolante del singolo e del gruppo agli obblighi sacrali. Il riferimento alla religione non è tanto alle pratiche di culto quanto alle motivazioni di fede.

tempo stesso indirizzata e regolata dal diritto, dovendo il diritto esprimere la complessità della morfologia sociale e il bilanciamento degli interessi coinvolti<sup>5</sup>. Sempre più al giurista si chiede di raccordare, attraverso la propria analisi, i valori espressi dall'ordinamento con i presupposti economici necessari ad un efficiente funzionamento del sistema; come all'economista si chiede di apprestare soluzioni che tengano conto del quadro istituzionale della società civile.

La raffigurazione del *diritto* risente dei vari *angoli di osservazione* dei delineati saperi culturali, in ragione degli obiettivi che la singola scienza che lo esamina si prefigge<sup>6</sup>. Il diritto attraversa tutte le declinazioni della vita umana, suscitando problematiche spesso contrapposte e che pure deve bilanciare, tra libertà e autorità, tra individuo e comunità, tra economia e società. Il giurista guarda al diritto come una complessiva esperienza giuridica, che consente la *convivenza civile* improntata ai *valori* operanti nella società e riflessi nell'ordinamento; con la sua azione contribuisce alla formazione della *cultura giuridica* che ispira e media i precetti giuridici con l'ambiente sociale, svolgendo così una importante funzione civile. La formazione di una società globale, interconnessa, comporta una relativizzazione culturale di concetti e valori<sup>7</sup>: sono traiettorie che attraversano per intero il diritto, stimolandone l'emersione e forgiandone percorsi e obiettivi.

**3. La valutazione giuridica della realtà materiale.** – Non ogni relazione sociale e in genere non ogni interesse e non ogni fatto materiale (comportamento umano o accadimento naturale) sono anche giuridicamente rilevanti: essenziale si rivela la *valutazione* che degli stessi compie l'ordinamento giuridico. Sia in relazione ad un interesse che ad un fatto materiale (umano o fisico) il diritto può assumere un duplice atteggiamento: di *indifferenza*, in quanto considerati ininfluenti e quindi non meritevoli di disciplina; di *rilevanza*, in quanto involgenti valori rilevanti dell'ordinamento e quindi da disciplinare. In questa seconda ipotesi può tenere una posizione di *apprezzamento*, e quindi proteggerli e talvolta incentivarli, o di *contrarietà*, e quindi vietarli e talvolta punirli (illeciti). Un fenomeno diviene *giuridico* quando l'interesse o il fatto materiale (umano o naturale) incide sul modo di essere e sentire della comunità sociale, sicché la stessa società avverte l'esigenza di prevederlo e regolarlo.

Il diritto è *dialogico*, in quanto esprime il rapporto e la proporzione di ogni soggetto con il resto della comunità<sup>8</sup>; svolge una *funzione complessa* in quanto tende a ga-

---

<sup>5</sup> Se lo sviluppo delle comunicazioni mercantili ha favorito la dissoluzione della c.d. "società chiusa", è anche necessario che dei processi di dispiegamento del mercato, quale significativa espressione della c.d. "società aperta" (Popper), siano partecipi tutti i protagonisti della società civile. Anche l'economia deve essere partecipe dei vincoli di solidarietà sociale e di tutela della qualità della vita delle persone.

<sup>6</sup> Lo *storico* analizza il diritto nel suo emergere ed evolversi; il *filosofo* guarda al diritto essenzialmente nella sua radice e nei modi di imporsi; il *sociologo* è attratto dall'impatto del diritto nella organizzazione del consenso sociale; l'*economista*, più disincantato, osserva il ruolo che il diritto esercita nello svolgersi dei processi produttivi e così via.

<sup>7</sup> La cultura greca era solita considerare la *tecnica* come necessariamente correlata all'*etica* e all'*estetica*, trovando in queste un limite insormontabile. Analogamente non ogni scoperta può confluire in un diritto senza il consenso sociale: la scienza non può da sola determinare "diritti individuali" senza la mediazione della politica che riconosca i portati della scienza compatibili con i valori etici storicamente vissuti dalla società.

<sup>8</sup> È ormai acquisita alla speculazione più moderna una prospettiva *dialogica* del diritto, che radica nel dialogo e dunque nel consenso l'essenza della esperienza giuridica. Una concezione *ontologica* del diritto (che

rantire l'ordinato dispiegarsi delle relazioni e aspirazioni umane nella pace sociale e a perseguire gli obiettivi di sviluppo secondo i valori accolti<sup>9</sup>. Nelle democrazie della contemporaneità il diritto è, a un tempo, presidio di *garanzia* delle posizioni personali e ragione di *promozione* dei valori socialmente condivisi, con sostegno delle posizioni umane *più deboli*.

*Società e diritto* implicano concetti sinergici, esprimendo sostanza e forma, ovvero profilo materiale e profilo strutturale, di una medesima esperienza. Perciò il diritto è *storicizzato* e cioè localizzato nel tempo e nello spazio, come espressivo della vicenda storica di una determinata società e dei *valori* nei quali la stessa si riconosce. Anche l'*assiologia*, quale teoria filosofica dei valori e canoni interpretativi della realtà, è votata ad ammodernare storicamente i referenti: nelle varie epoche, principalmente, la divinità, l'individualismo, la persona umana. Per imporsi alla intera comunità con regole vincolanti, il diritto ha bisogno della mediazione formale del *comando*: quanto maggiormente la ricaduta del diritto sui consociati si conforma al consenso popolare, tanto più l'ordinamento (e dunque lo Stato) è democratico; quanto maggiormente se ne discosta, tanto più si rivela autoritario<sup>10</sup>.

In una società organizzata democraticamente il diritto *trae origine* dalla volontà dei consociati e ricade e *si impone* coattivamente sui consociati stessi come complesso di regole di carattere autoritativo (norme giuridiche), restando in vita fin quando perdura il consenso sociale (espresso attraverso i sistemi di rappresentatività). In tal senso le varie ricostruzioni emerse del diritto e dell'ordinamento giuridico sono suscettibili di una composizione funzionale<sup>11</sup>.

---

ciò ravvisi il diritto nella realtà) conduce a riconoscere una giuridicità preconcepita rispetto alle relazioni sociali, riposta nella natura delle cose o nella natura della persona umana, salvo ricondurla in ultima istanza ad una divinità o altro: ha il limite di essere riconoscibile solo da alcuni soggetti o solo dai sapienti, prestandosi a possibili deviazioni, spesso nefaste (dittature, fondamentalismi, ecc.).

<sup>9</sup> Esistono convivenze che si fondano su basi religiose; altre che si riconoscono in ideologie della vita sociale; e così via. La convivenza di cittadini in quanto tali, su un medesimo territorio, realizza una *comunità civile*, che può essere su base locale, nazionale o più vasta: la convivenza sociale implica la necessità di un ordinamento in grado di permettere l'ordinato svolgersi della singola comunità.

<sup>10</sup> Al fondo di tali problematiche c'è il tema generale della *legittimazione* del diritto e dunque del potere, che storicamente è stato variamente avvertito in ragione di diverse motivazioni. Nelle visuali religiose, e specificamente nella tradizione cattolica e aristotelico-tomista, il diritto è l'ordine naturale oggettivo al quale il singolo deve conformarsi: il limite dei diritti è l'ordine naturale giusto. Nella ricostruzione laica moderna, che inizia col rinascimento e si approfondisce con il giusnaturalismo razionale, il diritto diventa prerogativa dell'individuo, che autonomamente agisce nella società: il limite dei diritti è il diritto altrui. La deriva della prima impostazione è la oppressione in nome della giustizia; la deriva della seconda è l'abuso della debolezza altrui. Come si vedrà, sono le Costituzioni del sec. XX a segnare una svolta profonda, in funzione di protezione della dignità umana (II, 7.1).

<sup>11</sup> È possibile aggregare le varie ricostruzioni che storicamente sono emerse del diritto e che hanno influenzato la ricostruzione dell'ordinamento giuridico intorno ad alcuni nuclei fondamentali: da un lato, dottrine c.d. *normative* che valorizzano l'aspetto strutturale del diritto, ricostruendo il diritto come "sistema di comandi", la cui legittimazione, meramente formale, è espressa dall'*autorità* che lo emana (concezioni c.d. volontaristiche o soggettive); dall'altro, dottrine in vario senso *sociali*, che ne esaltano il profilo sostanziale di interazione con la società, ricostruendo il diritto come "sistema di valori", la cui legittimazione, assolutamente funzionale, è radicata nel *consenso sociale* (concezioni c.d. organicistiche o oggettive ovvero, con specifica attenzione ai valori, c.d. assiologiche). In una dimensione particolare si muovono le dottrine c.d. *istituzionali*, che pongono come *præius* dell'esperienza giuridica l'istituzione e cioè la struttura, l'organizzazione più o meno stabile di una società unitariamente intesa (l'istituzione è essa stessa diritto, in quanto non è ammissibile una società senza organizza-

Una tradizionale raffigurazione porta ad attribuire due peculiari significati al diritto, in senso oggettivo e in senso soggettivo. Il *diritto oggettivo* indica l'insieme dei precetti giuridici vigenti, su cui si fondano i rapporti tra consociati o tra le diverse comunità (es. la normativa sulla proprietà). Il *diritto soggettivo* in senso ampio indica il potere attribuito al soggetto di assumere un determinato comportamento per realizzare un proprio interesse (es. il diritto del proprietario di godere e disporre di un bene)<sup>12</sup>. Le due accezioni sono sinergiche: in tanto un soggetto può vantare un diritto (e dunque un potere) in senso soggettivo in quanto sussiste un precetto giuridico oggettivo che lo riconosce e ne consente l'attuazione; al diritto oggettivo spetta anche apprestare gli strumenti di *attuazione coattiva* del diritto soggettivo quando lo stesso è lesa da altro soggetto (es. invasione arbitraria del fondo altrui) o non è soddisfatto dal soggetto che è tenuto ad osservarlo (es. inadempimento del debitore del suo obbligo) (VII, 1.4).

**4. Ordinamento giuridico.** – L'ordinamento giuridico, nella sua essenza, è il *complesso di regole* vincolanti che ordina una comunità. Detta le regole di condotta dei consociati, disciplinando gli interessi e le relazioni umane e fissando i diritti e i doveri dei consociati (*norme materiali o sostanziali*). Inoltre detta le regole di produzione delle norme e di presidio delle stesse, con la istituzione di organi di tutela dei diritti lesi e di reintegrazione dell'ordine violato (*norme strutturali o formali*).

L'ordinamento, imposto autoritativamente o emerso democraticamente, non è un mondo astratto, ma è partecipe della società, *esprime* una configurazione della realtà, regolandone cadenze e articolazioni (la natura e l'ecologia; le libertà e le azioni pubbliche; la vita e le tecnologie; l'economia e i modelli produttivi; le relazioni umane e i meccanismi di coesione sociale), secondo i valori di cui la società si dota in un determinato periodo storico. Le singole norme non operano quindi autonomamente, ma sono integrate in un complessivo ed unitario *sistema* che tutte le comprende. Correlativamente la regolazione dei fatti non si esaurisce nelle norme di settore che specificamente prevedono i singoli fenomeni materiali, ma coinvolge l'impianto dei principi generali dell'ordinamen-

---

zione). Altro filone, valorizzando la dimensione soggettiva del diritto, considera il diritto come un sistema di rapporti giuridici. In realtà le varie impostazioni non sono alternative ma complementari, per esprimere ognuna insopprimibili aspetti del diritto, che, nella sua essenza, vive in quanto *sentito e osservato* nella società; e per la sua osservanza necessita di *comandi e strutture* che ne garantiscono l'applicazione; per sua intima destinazione è rivolto alla regolazione della relazionalità. Negli ordinamenti democratici, come quello italiano, la legittimità del potere sta nella sovranità popolare: per l'art. 1<sup>2</sup> Cost. "la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione"; inoltre i cittadini hanno pari dignità sociale e giuridica, con obbligo della Repubblica di favorire lo sviluppo della persona umana (art. 3<sup>1</sup> Cost.).

Il degrado istituzionale e la inefficienza delle leggi a governare la contemporaneità ripropongono la valutazione delle radici del diritto. Osserva P. Grossi: "il diritto, anche se le sue manifestazioni più vistose sono in solenni atti legislativi, appartiene alla società e quindi alla vita, esprime la società più che lo Stato, è il tessuto invisibile che rende ordinata la nostra esperienza quotidiana, consentendo la convivenza pacifica delle reciproche libertà". Ciò è sicuramente vero, e nei settori con maggiore pervasività umana come la famiglia è la prassi; è però anche vero che solo l'attingere delle relazioni sociali alla forza dell'ordinamento nella sua complessità garantisce l'esercizio dei diritti e delle libertà democratiche, assicura l'attuazione dei doveri individuali e sociali, consente la realizzazione dello stato sociale.

<sup>12</sup> L'esperienza anglosassone esprime i due versanti del diritto con i termini *Law* (per indicare il diritto in senso oggettivo) e *Right* (per indicare il diritto in senso soggettivo). Una duplicità terminologica era già in diritto romano, con le due espressioni *norma agendi* e *facultas agendi*.

to, come le elaborazioni concettuali e le traiettorie giurisprudenziali che assicurano l'intelligenza e l'applicazione del sistema. L'analisi di un ordinamento permette di penetrare la storia della comunità che l'ha voluto e adottato a proprio sistema di convivenza civile.

Si vedrà della perenne esigenza di *adeguamento* dell'ordinamento alla realtà storica dei fatti da regolare, attraverso un *bilanciamento* proporzionato delle regole di settore con i principi e tra i vari principi operanti. Il sistema evolve storicamente in ragione dei mutamenti dei valori sociali. Una *fisionomia complessiva* dell'ordinamento è ricostruibile attraverso tre fondamentali traiettorie: l'impianto sistematico, la trama normativa e le istituzioni organizzative.

a) L'*impianto sistematico* è la sintesi articolata della esperienza giuridica.

Il *sistema*<sup>13</sup> esprime una *realtà composita*, coinvolgente il modello di sovranità, le tecniche di governo, le istituzioni costituite, il modello di giurisdizione; nella dimensione normativa esprime il complesso di regole e principi, come di interpretazioni e prassi, che operano in maniera coordinata in un *contesto storico*, così nella regolazione delle relazioni sociali che nella organizzazione degli apparati istituzionali. L'articolazione del sistema riflette la fisionomia dell'ordinamento giuridico.

Sono frequenti ipotesi di *conflitti tra valori* espressi dall'ordinamento giuridico: si pensi ad es. al diritto di cronaca e critica (art. 21 Cost.), rispetto alla tutela dell'onore e della *privacy* (art. 2 Cost.); si pensi alla tutela esistenziale dell'individuo (art. 2<sup>1</sup> Cost.) a fronte dei doveri di solidarietà verso la comunità familiare e la società in genere (artt. 2<sup>2</sup> e 22-31 Cost.). Nasce l'esigenza di *bilanciamento* tra normative di diversa provenienza e tra valori di differente emersione, attraverso criteri di adeguatezza e proporzionalità: spesso l'equilibrio tra i valori muta nel tempo, sicché, pur nella continuità formale delle disposizioni, si modifica il precetto imperativo.

Il sistema è connotato dei caratteri di effettività e completezza.

La *effettività* esprime la garanzia di osservanza delle regole (materiali e strutturali), attraverso vari meccanismi (sanzioni o incentivi). La effettività rimanda dunque all'esistenza di una *autorità*, normativamente regolata, che garantisce lo svolgimento delle attività e assicura l'attuazione dei diritti e l'irrogazione delle sanzioni. Con l'affermazione dello stato sociale rileva anche la effettività di azioni per assicurare lo sviluppo della persona umana (art. 3<sup>2</sup> Cost.) (ampiamente in seguito).

La *completezza* indica che ogni fatto della vita deve trovare regolazione all'interno dell'ordinamento. È un profilo della certezza del diritto: la *unitarietà dell'ordinamento* in cui si collocano nel tempo le varie regole consente di apprestare soluzione anche a casi non espressamente previsti, purché involgenti interessi rilevanti per il diritto.

Con l'edificazione dello *stato moderno* la comunità statale, radicata su un territorio definito e sorretta da un popolo con relativa cittadinanza, è apparsa come la più pervasiva delle comunità; sicché l'*ordinamento statale* è stato configurato come sovraordinato agli statuti delle formazioni sociali sussistenti sul territorio statale, a presidio della stabilità di organizzazione della comunità nazionale.

---

<sup>13</sup> Il termine "sistema" proviene dal verbo greco *istemi* (stare) con il prefisso *syn* (insieme). Il sistema è pertanto un insieme di elementi che, non solo coesistono, ma stanno insieme e quindi convivono. L'odierna esortazione a "fare sistema" vuole appunto indicare che non è sufficiente coesistere, ma bisogna orientare in modo coordinato iniziative e comportamenti.

Nell'*età contemporanea*, per intanto, all'apice degli ordinamenti giuridici statali sono le *Costituzioni*, quali tavole di valori nei quali le società civili si riconoscono, e che perciò devono essere il più possibile condivisi dal corpo sociale<sup>14</sup>. Inoltre il diritto tende sempre più a non esaurirsi nell'ordinamento statale e nelle leggi che dallo stesso promanano. Si dipana una *pluralità di fonti*, di formazione anche non statale, per cui il *diritto vigente* è di diversificata provenienza. Come si vedrà, per l'art. 10 Cost. l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (vi è l'apertura al diritto internazionale consuetudinario e convenzionale); per l'art. 11 Cost. l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni, promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo (la norma fu immaginata con riferimento alle Nazioni unite, ma poi è diventata la base di legittimazione della costruzione dell'istituzione europea e del diritto europeo); per l'art. 2 Cost. la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (è la base per lo sviluppo del pluralismo sociale e del riconoscimento degli statuti dei gruppi) (I, 2.8).

La valorizzazione del *pluralismo sociale e ordinamentale* conferisce rilevanza a organizzazioni operanti secondo proprie regole e finalità. Emergono ordinamenti particolari di gruppi e autonomie che regolano la vita e l'azione degli stessi e dei soggetti che vi afferiscono, secondo le finalità prefisse (c.d. pluralità degli ordinamenti), da svolgere nella cornice e secondo i principi dell'ordinamento giuridico generale (v. appresso: I, 2.8).

b) La *trama normativa* indica la varietà di esplicazione della precettività. Il tessuto normativo è penetrabile con l'impiego di *concetti*, che consentono di raffigurarne la fisionomia, e di un *linguaggio* come rappresentazione dialogica condivisa. Secondo i concetti e il linguaggio più diffusamente utilizzati, la trama dell'ordinamento è ricostruibile attraverso le norme, gli istituti e i principi.

La *norma giuridica*<sup>15</sup> è la unità elementare dell'ordinamento e cioè la *singola regola* di comportamento o di organizzazione della società<sup>16</sup>, più spesso caratterizzata da un *precetto* e da una *sanzione* per la sua inosservanza. Quando il precetto imposto da una norma è correlato con altri precetti posti da altre norme, la regola di condotta impegnativa per i consociati consegue al *combinato disposto* di più norme secondo un criterio sistematico di interpretazione ed applicazione del diritto. La norma è inglobata nel *sistema ordinamentale* che concorre a formare e dal quale, nel suo insieme, riceve la linfa precettiva (se ne parlerà in seguito: I, 3.2).

L'*istituto giuridico* esprime il compendio delle regole che disciplinano un singolo *fenomeno giuridico*, talvolta ampiamente inteso (es. proprietà, matrimonio, contratto, ecc.), talaltra considerato in uno specifico profilo (accessione, comunione legale,

<sup>14</sup> Per Capograssi una Costituzione rappresenta la determinazione precostituita del modo di procedere per la formazione intrinseca dell'esperienza giuridica: essa è dunque il punto fermo, il centro stabile di una società, la condizione e il segno del profondo ordine che regge o non regge la società.

<sup>15</sup> Il termine "norma" deriva dal latino *norma* (letteral. squadra, intesa come strumento, figur. regola).

<sup>16</sup> Talvolta un'unica norma esaurisce il contenuto di un singolo *articolo*, talaltra più norme coesistono nel medesimo articolo. Ogni articolo, a sua volta, è spesso contraddistinto da vari capoversi: c.d. *commi*. Di sovente l'articolo ha una sua titolazione: c.d. *rubrica*, che non è partecipe della disposizione ma contribuisce alla comprensione del significato della stessa.

forma del contratto, ecc.). È dunque un formante della disciplina di singoli fenomeni giuridici.

I *principi* hanno un’accezione molteplice, con varie significazioni. Spesso indicano i *criteri logici* di scelte normative adottate. Ad es., secondo la nomenclatura dell’esperienza romana, il principio *nemo venire potest contra factum proprium* (nessuno può accampare diritti in contrasto con un proprio comportamento) è un criterio etico di salvezza della relazionalità; il principio *nemo ad factum cogi potest* indica la incoercibilità fisica della persona negli obblighi di fare. Ancora, secondo le specifiche discipline, il principio di non contraddizione; il principio di relatività delle qualificazioni giuridiche. Si vuole anche intendere le *tecniche organizzatorie* di singoli fenomeni (es. i principi che presiedono alla conclusione dei contratti o alla redazione degli atti, il principio del consenso traslativo che presidia il trasferimento dei diritti). In una visione complessiva e assiologia, esprimono i *valori fondamentali* attingendo ai principi generali inderogabili, talvolta espressamente formulati, talaltra desumibili dalla combinazione di più normative e dalla complessità ordinamentale (si pensi ai diritti fondamentali della persona umana) (II, 7.1); nella medesima prospettiva si collocano le c.d. *clausole generali*, quali tecniche di normazione di completamento di fattispecie concrete, elastiche ed adattabili alle evoluzioni della realtà materiale e giuridica (es. buona fede) (II, 7.2).

c) Le *istituzioni organizzative* sono gli *apparati* che consentono la produzione delle regole, il rispetto dei diritti e l’assolvimento dei doveri, così verso lo stato e la società che nelle relazioni personali. Sono strutture di presidio della convivenza, segnando l’intreccio delle libertà individuali con gli interessi comuni: sono limitative ma anche garanti delle libertà, consentendo l’*integrazione delle libertà nella comunità*. Il riferimento ricorrente della Costituzione alla “Repubblica” ha riguardo alle istituzioni pubbliche della stessa: per l’art. 5 Cost. la Repubblica adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell’*autonomia* e del *decentramento*.

Nello stato moderno liberale, quale stato di diritto, si è affermata da tempo la *divisione dei poteri* e delle connesse istituzioni<sup>17</sup>. La divisione consiste nell’individuazione di tre funzioni pubbliche nell’ambito della sovranità dello Stato, attribuite a tre distinti poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) ciascuno indipendente dagli altri poteri<sup>18</sup>. La storia delle istituzioni democratiche presenta varie forme di coordinamento e di bilanciamento tra i tre poteri, in ragione della rilevanza attribuita ai diritti umani, alla efficienza economica e al funzionamento del sistema. Con la pluralizzazione delle fonti emergono anche istituzioni sovranazionali di organizzazione delle relazioni sociali e di definizione delle controversie, come si affermano istituzioni di autonomie territoriali e di specifiche competenze.

---

<sup>17</sup> Il principio, delineato da Locke, veniva affinato da Montesquieu, divenendo uno dei capisaldi del liberalismo.

<sup>18</sup> I tre poteri sono raffigurati nella Parte II della Costituzione, intitolata “*Ordinamento della Repubblica*” (artt. 70 ss. Cost.): il potere legislativo spetta al Parlamento, con bicameralismo perfetto (artt. 70 ss.); il potere esecutivo al Governo, cui sottendono gli uffici ministeriali e altri gerarchicamente sottoposti, espressivi della pubblica amministrazione (art. 92 ss.); il potere giudiziario alla Magistratura (artt. 101 ss.), e la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario (art. 102). Lo sviluppo delle autonomie ha riproposto le medesime cadenze (artt. 114 ss.). La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni (art. 117) (se ne parlerà nelle fonti del diritto).

Nel presente volume, le prime tre parti, articolate sotto la titolazione di “*Principi*”, vogliono fare emergere, in via generale e complessiva, valori, criteri logici e categorie che sovrintendono alla disciplina del diritto privato e alla tutela delle situazioni soggettive. Le parti successive, raggruppate sotto la titolazione di “*Istituti*”, analizzano i singoli fenomeni giuridici e le discipline che li regolano.

**5. Diritto positivo e diritto naturale.** – Le relazioni sociali implicano competizione e spesso contrasto tra idee come tra interessi. La soluzione dei conflitti può essere affidata all’ordinamento o rimessa al sentire spontaneo.

Il *diritto positivo*<sup>19</sup> è il complesso delle regole, adottate attraverso le procedure formali di produzione del diritto, costituenti l’ordinamento giuridico. L’osservanza del diritto positivo, come si vedrà, vale a garantire la certezza del diritto e dunque la prevedibilità dell’applicazione delle regole.

A sua volta il diritto positivo si svolge in due dimensioni: diritto materiale e diritto strumentale (alle quali si è già accennato). Sono versanti distinti ma necessariamente correlati, in funzione della effettività dell’ordinamento giuridico. Il *diritto materiale* (anche detto *diritto sostanziale*) regola i rapporti tra i soggetti, selezionando gli interessi considerati meritevoli di tutela e quelli destinati a soccombere, così attribuendo diritti e obblighi: tali sono ad es. il diritto civile e il diritto penale. Il *diritto strumentale* (anche detto *diritto formale*) disciplina i meccanismi necessari per l’attuazione degli interessi protetti e dunque regola i mezzi di tutela dei diritti accordati dall’ordinamento: tali sono tipicamente il diritto processuale e il diritto internazionale privato. Va però rilevato che, in tale grande ripartizione, sono molte le ipotesi di intreccio tra norme materiali e norme strumentali, così nel diritto sostanziale<sup>20</sup> come nel diritto processuale<sup>21</sup>.

Il *diritto naturale* indica l’insieme di principi che si fanno derivare da fonti non formali, quali (nelle diverse ideologie) la natura umana o la divinità o la ragione, ecc. Esprime le aspirazioni delle società antagoniste alla legge formalmente posta: è una antica e tradizionale risorsa contro il diritto positivo, quando lo stesso impone regole non condivise dalla società, sicché la legalità si inaridisce e non rispecchia più il sentire comune fino a divenire mero presidio del potere. È l’antico dilemma tra *ethos* e *nomos*<sup>22</sup>. Fu così per il diritto naturale cristiano delle origini che si ispirava alla “legge divina”, come lo fu successivamente per il diritto naturale protestante (iscritto da Dio nel cuore di tutti gli uomini) destinato ad evitare la corruzione ecclesiale; lo è stato per il giusnaturalismo razionale dell’età moderna, emancipato dalla teologia morale ed ancorato ad un sistema di “diritto di ragione”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Il termine “positivo” deriva dal latino *positivus* (viene posto); da cui l’espressione *ius in civitate positum*.

<sup>20</sup> Nel diritto privato, ad es., le normative relative alla pubblicità delle persone fisiche, delle imprese, della circolazione dei beni immobili e mobili registrati.

<sup>21</sup> Alcuni principi di diritto processuale esprimono valori sostanziali di una società: es. il rispetto del contraddittorio tra le parti in lite fissato nel diritto processuale civile.

<sup>22</sup> La figura di *Antigone*, proposta da Sofocle, tuttora esprime il divario tra la legge statale (impersonata dal re Creonte, che vietava la sepoltura di Polinice come traditore di Tebe) e il diritto derivante dal sentire sociale e religioso (al quale si appella e ricorre Antigone per dare sepoltura al fratello Polinice, portandola al forzato suicidio).

<sup>23</sup> Il “diritto naturale”, come antagonista del diritto positivo, non è assoluto: risente della confessione reli-

La legge stessa, quando vuole regolare un fenomeno giuridico secondo le cadenze che assume nella realtà sociale, valorizza la dimensione “naturale” del fenomeno: tipico esempio è la definizione della famiglia come “società naturale” (art. 29 Cost.). Talvolta la legge ricorre a tale accezione quando vuole definire un fenomeno che trae vita da un fatto diverso da quelli previsti e regolati dalla legge: così per le “obbligazioni naturali”, come prestazioni spontaneamente eseguite in esecuzione di doveri morali o sociali (art. 2034).

**6. La scienza giuridica e le categorie.** – La scienza giuridica è, insieme, *pratica e teorica*: da un lato, individua i conflitti suscitati dalle relazioni umane nella realtà socio-economica osservata; dall’altro, elabora i formanti logici necessari alla traduzione del dato reale in soluzioni giuridiche.

La scienza giuridica trova il proprio nutrimento nella realtà materiale, ma si esprime inevitabilmente attraverso i *concetti*, che sono rappresentativi dei singoli fenomeni e dei beni giuridici tutelati. I concetti assurgono a essenziali costruttori di elaborazione delle scelte e di dialogo di vedute, consentendo la costante discutibilità dei risultati conseguiti<sup>24</sup>.

La *struttura logica* del trattamento dei problemi è essenziale risorsa della democrazia, perché consente di verificare la individuazione dei problemi assunti e la coerenza delle soluzioni apprestate, ripercorrendo il procedimento usato per arrivare al risultato. La verifica del procedimento logico seguito consente di individuare i fattori materiali osservati e le componenti giuridiche utilizzate nel ragionamento che conduce al risultato. Anche nella scienza giuridica, come in ogni scienza, resta il dato insormontabile espresso dalla logica moderna, filosofica e matematica, del divario tra “verità”, che attinge alla sfera metafisica e “dimostrabilità” che attiene alla esperienza umana. Nei giudizi rileva la dimostrazione della soluzione espressiva di logica verosimiglianza.

Il dialogo giuridico coinvolge il ruolo del *linguaggio* impiegato. Spesso il linguaggio dei giuristi si esprime con astrazioni e per metafore, ad imitazione di fenomeni reali (es. persone giuridiche, modellate sulle persone fisiche; bene giuridico, come trasposizione di entità materiali o immateriali): tale progredire logico richiede consapevolezza dell’astrazione rispetto alla realtà materiale. Per di più la provenienza dei testi normativi da istituzioni diverse (Unione europea, Stato, Regioni, ecc.) comporta l’impiego di nomenclature non sempre omogenee e una artificiosa collocazione dei testi. Si aggiunga la essenziale *interdisciplinarietà* nella maturazione di molte scelte normative, che implica un variegato tessuto lessicale. Il linguaggio riflette il pensiero; analizzando la formulazione del linguaggio si risale alla struttura del pensiero: l’uso di un linguaggio condiviso è utile mezzo di comunicazione.

Nell’opera di regolazione della esperienza sociale si rivela essenziale la formulazione di *categorie giuridiche* intese quali meccanismi logici di rappresentazione e qualificazione dei fenomeni giuridici. Per essere fondamentali schemi ricostruttivi di fenomeni

---

giosa e dell’ideologia politica che lo sostengono, dell’epoca storica e del contesto sociale di riferimento, delle evoluzioni tecnologiche in grado di liberare nuove prospettive di svolgimento della persona.

<sup>24</sup> Per K. POPPER (1934) il metodo scientifico deve essere connotato da un criterio di *falsificazione*: una teoria, per essere controllabile, perciò scientifica, deve essere “confutabile”.

giuridici, sono inevitabilmente in perenne evoluzione con il cambiamento della società e dei suoi valori e il mutarsi dell'ordinamento<sup>25</sup>. Le categorie, formulate in concetti, sono espressive di un impianto teorico che riflette la realtà storica del tempo di elaborazione e dunque il fluire storico della vita degli uomini: da ciò la necessità di verificare costantemente l'attualità ordinamentale delle categorie giuridiche.

Molte categorie, storicamente emerse nella prospettiva della proprietà immobiliare e della sua appartenenza (ricchezza statica), trovano difficoltà a supportare una attualità alimentata dall'attività economica e dalla collocazione dei prodotti (ricchezza dinamica); un crescente sostegno all'economia reale, attraverso l'aiuto alle imprese e la stimolazione dei consumi, sta enucleando meccanismi difficilmente riconducibili a tradizionali modelli fondati sul rispetto della proprietà fondiaria. Analogamente categorie forgiate nella prospettiva della indipendenza delle sfere giuridiche individuali stentano a intrecciarsi con percorsi culturali di perseguimento di valori solidaristici della modernità. La forza della concettualizzazione, come sostegno al principio della certezza del diritto, aveva condotto ad una elaborazione di categorie giuridiche, come autonome e alternative: invece più spesso esiste una *complementarietà* di situazioni e esperienze di vita, che vanno decifrate e valutate.

Categorie giuridiche generali come "personalità", "proprietà", "contratto", "responsabilità", e ancora "popolo", "cittadino", "sovranità" ecc., esprimono criteri di *rappresentazione* di interessi e valori emersi in varie epoche e in più contesti e culture sociali, composti e organizzati in concetti fruibili dalla comunità. Le strutture sociali e le dinamiche economiche segnano, ad un tempo, la nascita e l'ancoraggio delle categorie, che vanno costantemente ammodernate, dovendosi sempre ricercare i *principi immanenti* e le *innovazioni* nel sistema, pur nella continuità formale di alcuni precetti; tanto più con l'emergere di una tendenza alla uniformazione sovranazionale del diritto. C'è anche un problema di perduranza di categorie emerse in singoli settori dell'ordinamento trapiantate in settori diversi: ad es. il diritto tributario erode sempre maggiormente categorie civilistiche per scopi fiscali.

Un ruolo essenziale nella esperienza giuridica (nella formazione, nella interpretazione e nell'applicazione del diritto) assume la scelta del *metodo*<sup>26</sup>, volto a individuare la *fattualità delle vicende materiali* (la condizione dei soggetti coinvolti come la natura degli interessi attuati o sacrificati)<sup>27</sup>, alla cui stregua verificare l'*attualità delle categorie utiliz-*

---

<sup>25</sup> Le *categorie giuridiche* sono destinate ad emergere, vivere e declinare coerentemente allo svolgersi dei modelli di coesione sociale, ed eventualmente risorgere quando si ripresentano analoghi conflitti sociali (come si sta verificando con la crescente tutela accordata alla pluralità di situazioni giuridiche insistenti sul medesimo bene, che richiama la logica dei *plura dominia*). L'affermazione dei diritti umani e l'emersione di un diritto dell'economia forgiato nuove esperienze giuridiche, che talvolta si mescolano e combinano con altre pregresse, talaltra le sovrastano, in funzione del formarsi di nuovi equilibri sociali e giuridici, spesso ricostruibili con nuove tecniche, ma non di rado regolabili con consolidati moduli.

<sup>26</sup> Il termine "metodo" proviene dal greco antico, dall'unione delle parole *metà* (dopo) e *òdos* (via, strada). Adottare un metodo quindi vuol dire scegliere una strada e seguirla. Come si vedrà è il problema proprio della interpretazione giuridica: seguire un percorso per pervenire ad una soluzione che fissi la regola del singolo fatto.

<sup>27</sup> Fondamentale la elaborazione di F. VON HAYEK e K. POPPER della idea di "logica della situazione", come metodo di comprensione della società attraverso le interazioni che i soggetti razionali o irrazionali coinvolti in una vicenda storica via via mostrano.

zate<sup>28</sup>, secondo le scelte ordinamentali di settore e dei principi generali. Vi è una *normatività del fatto*, nel senso di proporsi costantemente come referente di differenti funzioni nei rinnovati contesti sociali e giuridici. La scienza giuridica deve cogliere i fatti dell'esperienza secondo quanto la volontà degli uomini costruisce, lo spirito dei tempi propone e l'ambiente sociale organizza; e valutarli attraverso una interazione tra realtà fattuale, regole specifiche e valori ordinamentali, attingendo alla complessità del sistema storicizzato.

**7. I principali sistemi giuridici: *civil law* e *common law*.** – Pur accentuandosi la tendenza alla uniformazione di valori, principi e regole giuridiche, specie in ragione dell'affermazione universale dei diritti umani e della espansione dei traffici commerciali oltre i confini nazionali, permane un fondamentale divario di modelli di sistemi giuridici, relativamente alla formazione e all'applicazione delle regole giuridiche. Le esperienze giuridiche dei singoli paesi, in ragione della organizzazione tecnico-giuridica, sono fondamentalmente ricollegabili a due famiglie ordinamentali, di *civil law* e di *common law*, che hanno avuto origini e sviluppi diversi<sup>29</sup>.

Il sistema di *civil law* è il modello ordinamentale dominante a livello mondiale; si riconducono a tale modello il nostro paese e i paesi dell'Europa continentale, compresa la Russia; vi afferiscono anche i paesi del Sud America e dell'America centrale, la Cina e molti paesi asiatici, nonché quasi tutti i paesi del continente africano. È edificato in Europa dopo la lunga esperienza del diritto comune dell'epoca medievale, quando, per più ragioni (politiche, economiche e sociali), l'illuminismo giuridico aveva maturato la cultura della legge come base di certezza del diritto uguale per tutti (anche se poi si scorgerà di trattarsi di una uguaglianza solo formale).

È un *diritto di fonte legislativa*. I giudici sono tenuti ad applicare il diritto espresso dalle leggi; i precedenti giudiziari non sono vincolanti, svolgendo una funzione solo persuasiva dei giudici.

Il sistema del *Common law* è un modello ordinamentale di matrice anglosassone. È attualmente in vigore in Gran Bretagna, Irlanda, Stati Uniti d'America (escluso lo Stato della Louisiana), Canada (esclusa la regione del Quebec), Australia. Alcune nazioni han-

---

<sup>28</sup> Il datato dilemma scientifico tra *metodo induttivo*, per cui l'indagine si eleva dalla percezione dei fatti verso la elaborazione di principi, e metodo *deduttivo*, per cui dai principi provengono i criteri di osservazione della realtà, va composto in una logica di *circolarità del pensiero* attraverso una costante relazione tra concetti ed esperienza: i fatti della realtà, nutriti dei valori storicamente operanti, inducono alla elaborazione di categorie e regole giuridiche, che a loro volto delineano la disciplina dei casi concreti. È altrettanto errato ricostruire il passato attraverso le categorie del presente, come interpretare il presente servendosi criticamente delle categorie del passato. La omogeneità delle nomenclature non può prescindere dalla individuazione delle "strutture di legittimazione" del diritto nelle varie epoche storiche. La *dimensione storica* delle categorie consente di svelare le radici sociali e culturali delle stesse, e dunque di verificare le continuità e le fratture rispetto al passato, pur nella persistenza delle nomenclature.

<sup>29</sup> Relativamente al *civil law*, hanno particolarmente influito: la formazione universitaria del giurista; la selezione burocratica dei giudici; la frammentazione delle Corti fino all'assolutismo; l'elevato ruolo della dottrina nella formazione del diritto. Relativamente al *common law*, hanno particolarmente influito: la formazione pratica del giurista; la selezione dei giudici fra i migliori avvocati superiori (*barrister*); la centralizzazione ed elevato prestigio delle Corti superiori; il ridotto ruolo della dottrina giuridica universitaria nella formazione del diritto; la mancanza delle codificazioni; la mancanza del notariato di tipo latino, le cui funzioni sono svolte dagli avvocati.

no adattato il sistema del *common law* alle loro tradizioni, creando un sistema misto (per esempio, l'India e la Nigeria attuano il sistema del *common law* frammisto a regole giuridiche di stampo religioso).

È un diritto a formazione essenzialmente *giudiziaria* (*judge made law*), sviluppatosi storicamente attraverso i precedenti delle decisioni giurisprudenziali, con richieste espresse in formule processuali, prima più stringenti (*writ*s), poi più ampie ed elastiche; vi è un ridotto intervento del diritto legislativo. È fondamentale la regola dello *stare decisis*, per cui il precedente giudiziario è vincolante per i giudici di pari grado o di grado inferiore che successivamente giudicano il medesimo caso.

Per discostarsene bisogna motivare circa la novità del caso (nella struttura o quanto meno rispetto a sopravvenuti principi dell'ordinamento o anche all'evoluzione della società) attraverso le tecniche del *distinguishing*<sup>30</sup> e del *overruling*<sup>31</sup>, che consentono al giudice di individuare la regola del caso di specie, indipendentemente dalla vincolatività del precedente.

Si vedrà come lo svolgersi della globalizzazione, con circolazione di esperienze economiche e di modelli giuridici, sta comportando un avvicinamento delle due aree giuridiche tradizionalmente distinte. Nei paesi di *civil law* sta emergendo una tecnica di *case law*, con la esaltazione della specificità del caso concreto e la valorizzazione dell'azione della giurisprudenza, specie quando le sue decisioni, per ripetersi nel tempo, diventano un "indirizzo giurisprudenziale". Nei paesi di *common law* sta acquisendo una crescente rilevanza la funzione della legge (*statutory law*)<sup>32</sup>, specie in ragione dello sviluppo del *welfare state*. Va così delineandosi una progressiva osmosi dei due sistemi, nello sforzo di una *regolazione uniforme* dei rapporti socio-economici.

---

<sup>30</sup> La tecnica del *distinguishing* implica distinguere un caso dall'altro, trovare cioè un elemento per cui un caso nuovo si differenzia dall'altro precedente, sempre che le differenze si possano considerare rilevanti per la questione da decidere, così da applicare una diversa regola. Il procedimento logico inverso è detto *harmonizing*, con il quale il giudice considera irrilevanti le differenze tra la nuova controversia e quella decisa dal precedente, così applicando la regola del precedente caso.

<sup>31</sup> Con la tecnica del *overruling* la regola precedente viene sostituita con una nuova regola, che forma un nuovo precedente, attraverso una più approfondita analisi della fattispecie ovvero in ragione del mutamento delle circostanze di fatto o dell'interesse pubblico.

<sup>32</sup> È da registrare la differente rilevanza attribuita agli atti normativi a seconda che siano assunti con *Statutory* ovvero con *Regulation*, che lascia più spazio all'interpretazione giudiziale.

## CAPITOLO 2

# DIRITTO PRIVATO

**Sommario:** 1. Relatività della nozione di diritto privato. – 2. Evoluzione medievale e diritto comune. Lo “Stato moderno” e il diritto privato (le nuove categorie). – 3. Le codificazioni in senso moderno. Codice civile francese (*cod. nap.*) e codice civile del 1865; i codici di commercio. – 4. Il codice civile tedesco (BGB). – 5. Il codice civile del 1942. – 6. Le Costituzioni degli Stati moderni. – 7. La Costituzione repubblicana. Il primato della persona umana. – 8. Segue. Il pluralismo ordinamentale e sociale. – 9. Capacità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione. – 10. Il diritto privato europeo. – 11. Ambito attuale del diritto privato e il diritto pubblico. – 12. Il diritto dei privati. – 13. Segue. La nuova *lex mercatoria*. – 14. Globalizzazione e convivenza mondiale. – 15. Azione privata conformata e azione pubblica collaborativa. – 16. Verso un diritto privato uniforme. – 17. La società tecnologica. Bioetica e ecologia. – 18. Segue. La rivoluzione digitale. Piattaforme, algoritmi, tecnocrazia e diritti.

**1. Relatività della nozione di diritto privato.** – Si è visto come una fondamentale funzione del diritto sia quella di garantire la pacifica convivenza dei consociati: è una *funzione primaria e generale* che consente la coesione di una comunità e giustifica lo stesso formarsi di un ordinamento giuridico. Vi è però anche una *funzione ulteriore e specifica* di selezionare gli interessi (generali o particolari) in conflitto secondo la scala di valori di cui la singola comunità si dota. Pure l’area delle relazioni tra i privati (cui tradizionalmente ha avuto riguardo il diritto privato) risente degli equilibri nel tempo instauratisi tra gli interessi particolari dei privati e l’interesse generale della società (alla cui tutela ha tradizionalmente provveduto il diritto pubblico); come è attraversata dalla selezione degli interessi privilegiati dall’ordinamento.

La configurazione del diritto privato è inevitabilmente *relativa* (in quanto correlata all’area di espansione del diritto pubblico) e *storicizzata* (perché destinata a mutare in ragione della evoluzione della società civile e della sua struttura politica). Avviene così che settori appartenenti in un’epoca al diritto pubblico siano in altra epoca considerati come propri del diritto privato e viceversa.

Il diritto dei rapporti tra privati ha per primo elaborato nomenclature, categorie logiche, costruzioni teoriche, che poi hanno pervaso l’intero sapere giuridico (si parla di una “priorità storica” del diritto privato): ciò ha fatto sì che tradizionalmente proprio l’insegnamento delle Istituzioni di diritto privato abbia fornito quell’essenziale bagaglio culturale e tecnico necessario nella formazione giuridica. A sua volta la concettualizzazione del diritto pubblico ha apprestato categorie e tecniche di tutela che ha inciso sulla configurazione del diritto privato, nel riequilibrio di interessi particolari con quelli generali della società.

Una riflessione sulla evoluzione storica del diritto privato e sulle diversificate correlazioni con il diritto pubblico consente di delineare il volto attuale del diritto privato. La rilevazione delle età culturali, delle dinamiche sociali e delle regolazioni che si sono succedute fanno comprendere il contenuto e i limiti delle categorie giuridiche del diritto privato della contemporaneità.

**2. Evoluzione medievale e diritto comune. Lo “Stato moderno” e il diritto privato (le nuove categorie).** – Per comprendere le connotazioni attuali del diritto privato è necessario ripercorrere lo svolgersi dell’esperienza giuridica premoderna.

a) Esauritasi l’attualità dell’ordinamento romano<sup>1</sup>, non venne meno l’*eredità del diritto romano*, che contribuì a formare l’identità culturale, politica e giuridica dei paesi europei e a modellare una comune coscienza europea. La elaborazione giustiniana del *Corpus juris civilis* (529)<sup>2</sup> veniva ripresa dal *Decretum* di Graziano per il diritto canonico (1142)<sup>3</sup>.

L’Europa medievale era ancora caratterizzata dalla inveterata *stratificazione sociale*, sostenuta dalla dottrina degli *status* escludenti, imposti secondo regole e procedure costitutive, con privilegi e immunità, determinativi di una *stratificazione giuridica*, con diversificati statuti di diritti e obblighi. Anche lo sfruttamento dei beni avveniva con numerosi e vari vincoli di natura personale e reale: maturava la dottrina del *dominio diviso*, con la coesistenza di *plura dominia*.

Specie dal sec. XI si svolgeva una *pluralità di fonti* del diritto: da una parte, il diritto romano giustiniano; dall’altra, il diritto della Chiesa; dall’altra ancora, il diritto particolare dei regni (*iura propria*) con le connesse consuetudini, cui si aggiungeva il sistema di *diritto feudale* in alcuni territori. Tale molteplicità di fonti, espressiva di un *pluralismo giuridico*, non fu di ostacolo al formarsi di un *diritto comune*, sia per il comune retaggio del diritto romano e del diritto canonico in tutti i paesi europei, sia per la comune lingua utilizzata dai giuristi (il latino), sia ancora perché la generalizzata coesistenza era assicurata attraverso un meccanismo per cui i diritti particolari trovavano di regola ap-

<sup>1</sup> Nella tradizione romana il diritto privato si sviluppava come primo ed essenziale modello di regolazione dei rapporti sociali. Le *Istituzioni di Gaio* si aprivano con il seguente passo “Ogni popolo che si governa sulla base di leggi e consuetudini utilizza in parte un diritto suo proprio ed in parte un diritto comune a tutti gli uomini: infatti, ciò che ciascun popolo si è dato come diritto è suo proprio ed è chiamato diritto civile (*ius civile*), in quanto diritto di quella città; ciò che, invece, la ragione naturale ha stabilito tra tutti gli uomini e viene custodito allo stesso modo presso ogni popolo è chiamato diritto delle genti (*ius gentium*), nel senso che tutte le genti ne fanno uso”. E aggiungevano: “L’intero diritto di cui facciamo uso si riferisce alle persone, alle cose o alle azioni”. Lo sviluppo dei traffici diversificherà il diritto privato dal diritto pubblico. La cultura di Roma veniva, più che travolta da forze esterne, erosa dall’affermarsi del cristianesimo che prospettava, in luogo dello splendore della vita terrena comunque precaria, una rassicurante vita ultraterrena (*sursum*) che valorizzava le virtù soccombenti sulla terra: influenzerà anche la visione del diritto, specie del diritto privato per intingere nelle relazioni sociali.

<sup>2</sup> Era diffusa l’analisi del *corpus juris* giustiniano, prima dalla scuola bolognese dei Glossatori (sec. XII-XIII specie con Imerio e Accursio), poi dai Commentatori (sec. XIV-XV specie con Bartolo e Baldo). Le *glossae* e le *summae* erano considerate alla stregua del testo giustiniano, mentre una scienza giuridica sapientiale svolgeva una essenziale funzione di mediazione tra le varie fonti del diritto.

<sup>3</sup> Il *Decretum*, arricchito dalle successive norme canoniche (*extravagantes*), avrebbe dato luogo al *corpus iuris canonici* (1582) (rimasto in vigore fino al codice pio-benedettino del 1917).

plicazione solo in assenza del diritto romano e canonico<sup>4</sup>: lo *ius commune* in tutta Europa era quindi *utrumque ius*, ovvero l'uno e l'altro diritto (romano e canonico); mentre il diritto feudale, legato allo sfruttamento della terra, trovava applicazione in specifiche aree<sup>5</sup>. All'unitarietà del "Sacro romano impero" (*unum imperium*) durato per circa mille anni, corrispondeva un pluralismo giuridico, secondo gli ordinamenti locali dei vari popoli, con varie eterointegrazioni: alla concezione universalistica del *sacrum imperium* faceva riscontro una visione universalistica del diritto (*ius commune*), volto a disciplinare la vita giuridica di tutti i popoli riuniti nell'impero. Il diritto comune medievale, maturato in una comune cultura giuridica e spirituale europea, sarà la matrice da cui si dirameranno i diritti nazionali, spesso distanti ma che lo presupponevano<sup>6</sup>.

b) Con il sec. XIII, pur perpetuandosi i valori soprannaturali cristiani, emergevano valori terreni egualmente salvifici, come la valorizzazione del lavoro e la positività del danaro e dei mercati, in uno all'affermazione della innovazione tecnologica e del progresso culturale. L'evoluzione europea dei centri urbani in "comuni" favorisce una economia monetaria sorretta dalla classe borghese, che si organizza in corporazioni influenti negli affari e nelle scelte politiche; mentre nelle aree interne l'organizzazione feudale si dissolverà lentamente. Sul piano giuridico si irradiava lo spirito della Magna Charta inglese del 1205, che riconosceva la libertà dei cittadini e affermava il principio di legalità,

---

<sup>4</sup> Convivevano più complessi di norme, rivolti a disciplinare campi diversi dell'esperienza umana. Il *diritto romano* regolava i rapporti civili, mentre il *diritto canonico* regolava le materie spirituali; con frequenti sovrapposizioni e contrasti, per la influenza ecclesiastica nella sfera temporale. Relativamente ai *diritti particolari*, operavano ulteriori articolazioni e specificazioni del diritto delle singole città. Si aggiunga la penetrazione della cristianità nella cultura dell'epoca che orientava la vita e le aspirazioni delle persone e guidava la organizzazione del potere e delle istituzioni.

<sup>5</sup> Il *diritto feudale*, pur nella varietà delle forme assunte nei molti territori dei paesi europei in cui si era affermato, era caratterizzato da un complesso di rapporti giuridici, di carattere pubblico e privato, personale e patrimoniale. In virtù di un *contratto feudale*, una persona (vassallo) giurava *fedeltà* (c.d. *omaggio*) ad un signore, assumendo in suo favore obblighi di servizio militare e personali e ricevendo dallo stesso il *beneficio* della concessione in possesso e godimento di una terra (c.d. *investitura*), con poteri di imposizione tributaria, polizia e giurisdizione. Un meccanismo gerarchico di successive investiture e concessioni dava vita ad una *stratificazione* (sociale e giuridica) della società in classi caratterizzate dai vari *status*, ciascuna con specifici privilegi e doveri. Il frazionamento dei poteri pubblici tra le varie gerarchie feudali e la corrispondente patrimonializzazione degli stessi consegnava ai feudatari autorità e poteri nei singoli territori, a scapito dello stesso potere regio.

<sup>6</sup> Si è soliti ricondurre la formazione della prima esperienza europea all'epoca carolingia, contrassegnata dalla incoronazione papale di Carlo Magno quale imperatore nel Natale dell'800 e dai tentativi di realizzare una unità giuridica e monetaria per l'intero impero (la moneta, chiamata "denaro", portava da un lato il monogramma "Carolus" e sul rovescio il luogo di conio). Anche Ottone I il Grande, della dinastia dei Sassoni (succeduta a quella carolingia), si fece incoronare imperatore a Roma nel 962: questo impero, in seguito chiamato "Sacro romano impero della nazione germanica", sarà anche difensore della cristianità: sarà però una stagione breve per essere caratterizzato il medioevo dal periodico conflitto, a volte cruento, tra papato e impero come due poteri universali. Osserva R.S. LOPEZ (2004): "Oggi chi dice Europa non pensa a una religione unica né a uno Stato universale, ma a un insieme di istituzioni politiche, di conoscenze secolari, di tradizioni artistiche e letterarie, di interessi economici e sociali che cementano un mosaico di opinioni e di popoli indipendenti". Rileva J. LE GOFF (2003): è a partire dall'XI secolo e nei due secoli successivi che il continente europeo ha preso forma; è la "bella Europa" delle città, delle cattedrali e delle Università, ma anche dei mercanti, dell'architettura gotica, dei chierici mendicanti, della "discesa dei valori dal cielo sulla terra". Osserva P. GROSSI (2007): il sostantivo *Europa* ha nel corso del Medioevo un contenuto esclusivamente geografico; "è con l'Umanesimo che assume il significato di un complesso di valori spirituali e culturali, avviando un filone riflessivo che trova più tardi la sua pienezza".

con soggezione alla legge anche del potere sovrano<sup>7</sup>. Il tradizionale assetto sociale e giuridico è scosso da un nuovo modo di formazione di ricchezza attraverso l'attività economica e la collocazione di prodotti, che determineranno altre forme di divario sociale con la manovra del mercato.

Si delinea la c.d. *rivoluzione commerciale*. Non si tratta solo di un aumento quantitativo dei traffici: a fianco della ricchezza immobiliare, che continua a svolgersi, si sviluppa la *ricchezza mobiliare*, legata alla moneta, al commercio, al credito. Il potere economico si emancipa dal potere politico, attraverso un rapporto dialettico con il potere sacro e quello secolare. Il prodotto interno lordo, piatto da secoli secondo la staticità della ricchezza agraria, inizia a crescere stimolando lo “sviluppo economico moderno”. Si afferma uno *ius mercatorum* che si discosta sia dalla tradizione del diritto romano, essenzialmente incentrato sulle esigenze di difesa del diritto di proprietà e di stabilità dei rapporti sociali, che dal diritto canonico, pervaso da istanze salvifiche dell'uomo proprie di una comunità ecclesiale; emergono categorie giuridiche che si diversificano profondamente anche da quelle del diritto feudale<sup>8</sup>. La progressiva ascesa della classe dei mercanti nella gestione del potere consente alla stessa di formulare un'autonoma *lex mercatoria*, imperniata sulla organizzazione di rinnovate *corporazioni* (cui si appartengono i singoli mercanti), che gradualmente si dota di autonoma giurisdizione: è un diritto creato dai mercanti, che regola l'attività dei mercanti, dove trovano ingresso le consuetudini invalse nei rapporti tra mercanti. Emergono, nella spontaneità dei commerci, istituti che sarebbero giunti fino a noi, come la *polizza di carico* e lo strumento dei *carati* per condividere i rischi della navigazione; e ancora, la *cambiale*, la *lettera di cambio* (corrispondente all'attuale assegno bancario), le *lettere di credito*, la presenza delle *banche* a sostegno delle intraprese economiche.

L'incontro con la dottrina canonistica e quella romanistica è sul tema della *bona fides* come fondamento del mercato. L'affermazione della *riforma protestante* dal XVI sec., con la trasformazione di molte chiese cattoliche in chiese “riformate”, stimola fortemen-

<sup>7</sup>La Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*) era un documento, scritto in latino, che il re d'Inghilterra Giovanni Senza terra fu costretto a concedere il 15 giugno 1215 a seguito di una rivolta dei baroni del Regno d'Inghilterra, propri feudatari diretti, per l'inasprimento delle imposte. Si elaborava il divario tra *rule of law* (governo della legge), che sottoponeva il potere alla legge, e *rule by law* (governo attraverso la legge) che consentiva il governo (quindi anche l'arbitrio) attraverso la emanazione di leggi. È introdotto il principio dell'*habeas corpus* (letteralmente “che tu abbia il corpo”) per cui nessuno può essere arrestato, imprigionato [...] o danneggiato in alcun modo, eccetto dal giudizio legale dei suoi pari e dalla Legge del Paese: è la prima forma di limitazione del potere politico sui corpi delle persone, che, affinata, si estenderà a tutte le democrazie dei paesi occidentali.

<sup>8</sup>Dalla fine del medioevo al settecento campeggia la figura del *mercante*, che si impone ai proprietari terrieri e ai produttori artigiani come artefice del collocamento dei prodotti in aree geografiche sempre più vaste. Le fonti di produzione sono la terra e la bottega artigiana, le cui attività sono sempre più svolte su commessa del *mercante* in vista dei mercati dove collocare i prodotti. Osserva LOPEZ come i comuni ed in particolare le città marinare, non solo diedero slancio al commercio, ma favorirono il formarsi di una cultura mercantile, una vera rivoluzione commerciale, che valorizzava il rischio tra le virtù umane, così preparando quello sviluppo della società che caratterizzerà l'esperienza dell'Umanesimo e del Rinascimento, in cui l'uomo assurgerà a centro della storia. Si verifica uno sviluppo nella *tecnica degli affari*, che segna la rivoluzione commerciale del Medioevo. Secondo BRAUDEL (1983), si realizza una “economia-mondo”, con rapporti stabili tra regioni europee e verso il mondo asiatico attraverso le vie del mare, al cui centro assurge Anversa (in Italia assumono grande importanza Venezia e Genova), con l'effetto di arricchire le città, i luoghi e gli operatori che vi partecipano e impoverire il resto delle popolazioni, aggravando gli squilibri politici ed economici.

te l'intrapresa economica e la vita degli affari e segna i prodromi della intermediazione finanziaria e dello sviluppo capitalistico<sup>9</sup>. La *Controriforma* perseguì i religiosi ma non riuscì a sopprimere la nuova visione della vita<sup>10</sup>.

Emerge una *poliedricità giuridica*: a seconda della natura della controversia e della condizione dei soggetti coinvolti, trovano applicazione ora il diritto comune ora i diritti statutari municipali ora quello delle corporazioni; o ancora le regole della investitura feudale. E tutti tali corpi giuridici comportano autonome giurisdizioni, che giudicano secondo il proprio diritto (c.d. *particolarismo giuridico*), con profonda difficoltà nella individuazione del diritto applicabile e dunque anche con molti arbitri.

c) Dopo la rovinosa guerra europea dei trent'anni, la pace di Westfalia del 1648 segna il declino in Europa dell'egemonia imperiale e del Papato<sup>11</sup>, generando la formazione di *diritti nazionali* con la nascita dello *Stato moderno*, quale ordine politico sovrano, che non conosce altra autorità al di sopra dello stato<sup>12</sup>. La massima del re francese Luigi XIV "lo Stato sono io" diviene l'emblema della nuova organizzazione nazionale dei territori. Il processo di restaurazione delle monarchie nazionali comporta una ristrutturazione dei poteri e dei rapporti, sia pubblici che privati, che legano i soggetti tra loro e con il potere regio. La *statalizzazione* è vissuta come concentrazione nello Stato della produzione e dell'applicazione delle regole giuridiche<sup>13</sup>. A partire dal '600 e per tutto il

<sup>9</sup> Con la riforma protestante, tesa a ripulire la chiesa di Roma dalla corruzione e sintetizzata nei 95 punti che il monaco tedesco Martin Lutero affisse fuori della chiesa di Wittenberg, la ricerca del profitto acquista anche un fondamento religioso attraverso la concezione luterana del *beruf* (vocazione o compito), affinata dalla visione calvinista, che impone agli uomini di adempiere i doveri professionali secondo la propria vocazione. Secondo M. WEBER (1970) l'ascesi protestante intramondana ebbe l'effetto di liberare l'attività lucrativa dalle inibizioni dell'etica tradizionalista cristiana per assumere una funzione ascetica di valorizzazione capitalistica dei propri averi, utile per le finalità dell'individuo e della collettività, secondo il disegno divino: la formazione delle grandi organizzazioni economiche private e pubbliche nutrirà il pessimismo dell'autore che lamenta la scomparsa dell'ascesi mondana nella "gabbia d'acciaio" del capitalismo.

<sup>10</sup> Il tormentato Concilio di Trento (1545-1563) che, nelle aspirazioni degli organizzatori, doveva conciliare la chiesa cattolica con il protestantesimo, si rivelò una cruda Controriforma, intransigente nelle sue tradizioni: le religioni e le chiese, come le istituzioni economiche e giuridiche si divaricarono, assumendo connotazioni più mercantili nei paesi protestanti e maggiormente solidali nei paesi cattolici.

<sup>11</sup> La guerra dei trent'anni (1618-1648) fu una guerra che coinvolse tutta l'Europa: iniziata come guerra di religione tra stati protestanti e cattolici, si sviluppò come conflitto politico per l'egemonia europea. Con i trattati di Münster e di Osnabrück (entrambe città della Westfalia) del 1648 si realizzò, pur sotto l'ombrello del sacro romano impero, una essenziale autonomia dei singoli territori.

<sup>12</sup> La filosofia politica dello Stato moderno, attraverso le varie evoluzioni del patto sociale istitutivo dell'ordine politico, dal leviatano di Hobbes alla società di Locke, alla volontà generale di Rousseau, alla legge morale di Kant, aveva delineato, con varie articolazioni, i concetti di sovranità, rappresentanza, uguaglianza davanti alla legge, diritti e libertà per l'astratto soggetto di diritto, nutriti delle idee del giusnaturalismo e dell'illuminismo. Da tali connotazioni si muoveranno le riflessioni della postmodernità che, ad eccezione delle deviazioni totalitarie novecentesche, porranno al centro della riflessione politica la condizione dell'uomo e la persona umana in una società condivisa e solidale.

<sup>13</sup> L'esperienza *mercantilista* del '600 e del '700 accresce la vocazione alla intrapresa economica e alla formazione di ricchezza privata, ponendo le basi dello sviluppo capitalistico. Le antiche corporazioni perdono gradualmente di autonomia, rimanendo assorbite nell'organizzazione statale come *pubbliche istituzioni*. L'ordinamento dei rapporti commerciali perde la tendenziale uniformità europea della *lex mercatoria* per divenire diritto statale dei singoli Stati assoluti. Rimarranno molte delle regole di favore che si erano dati i mercanti nel periodo comunale, sotto forma di "privilegi" accordati dallo Stato assoluto, che può in ogni momento revocarli. La stessa qualità di commerciante, per le connesse regole di favore, è accordata dallo stato e perciò dal sovrano: la disciplina dei mercati diviene diritto dello Stato.

'700 si svolge una laicizzazione della società con riconversione dell'attenzione dal celeste al terreno, dal divino all'umano<sup>14</sup>. Anche il sapere giuridico europeo è attraversato da un forte filone di pensiero: si afferma il *giusnaturalismo razionale* che innerverà le idee dell'*illuminismo* e le categorie da questo elaborate. Pur nella varietà delle voci<sup>15</sup>, c'è un'assoluta fiducia nella *ragione* quale principio e fondamento di ogni regola: gli unici mezzi di accesso all'ordine della natura sono l'osservazione e la razionalità. Una simile concezione alimenta la *rivoluzione liberale* contro la stratificazione della società per classi di appartenenza, consegnata dalla tradizione degli stati assoluti.

Può considerarsi manifesto essenziale della nuova epoca la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, approvata dall'assemblea costituente francese il 26 agosto 1789, nella quale, sulla scorta di affermazioni di principio già contenute nella dichiarazione inglese (il *Bill of Rights* del febbraio 1689) e in quella americana (la *Costituzione degli Usa* del 1787) vengono affermati i diritti naturali ed imprescindibili dell'uomo, dove "libertà" e "uguaglianza" si incontrano con "fratellanza", additando un nuovo filone ideologico. La forza rivoluzionaria della *libertà* è coniugata con la potenza vitale della *volontà*.

Emergono le *categorie giuridiche della modernità*, modellate nella dimensione del soggetto astrattamente concepito e unitariamente inteso: queste categorie perverranno fino all'attualità, alimentando i primi elementi dei diritti umani, quali saranno in seguito articolati e ampliati.

L'*unitarietà del soggetto di diritto*, legata alla nascita, recide la stratificazione sociale in classi con diversificati statuti di diritti e obblighi: il soggetto, come tale, è portatore di diritti e doveri verso e contro lo Stato, con i corollari della *uguaglianza* dei soggetti davanti alla legge e della *inviolabilità* dei diritti dell'uomo anche da parte dei poteri pubblici. L'esplicazione della *volontà*, quale momento terminale di processi individuali (più o meno) razionali, realizza il contenuto dei *diritti naturali*.

È valorizzato il concetto di *soggettività* dell'individuo contro il potere assoluto. Trova massima espressione la categoria dei *diritti soggettivi*, considerati connaturati alla natura umana ed espressivi del "potere della volontà garantito dal diritto". L'imperio dello Stato (e dunque del diritto oggettivo) vale a garantire la esplicazione dei diritti innati degli individui.

Sulla forza della libera volontà si svolge la elaborazione teorica della categoria del *negozio giuridico*, inteso quale atto concettualmente unitario, esplicativo della manifestazione di volontà del soggetto, rivolta ad uno scopo pratico tutelato dall'ordinamento, atteggiandosi il soggetto come artefice degli effetti giuridici.

È valorizzato il fondamento naturale del *diritto di proprietà*, come espressione di libertà: è un diritto necessariamente unitario e tendenzialmente assoluto e illimitato, potendo incontrare solo i limiti previsti dall'ordinamento in numero chiuso (tipicamente i diritti reali limitati), non essendo consentito ai privati introdurre altri vincoli. La rivendicata libertà di sfruttamento dei terreni comporta l'eliminazione dei tradizionali limiti e

<sup>14</sup> C'è molto in comune nel '600 fra la luce pittorica di Rembrandt (che squarcia le ombre) e il razionalismo filosofico di Cartesio (che riscopre l'esistenza nell'esercizio del dubbio), rivoluzionando la filosofia moderna: l'insistenza all'autoritratto del primo si coniuga con l'affermazione del se stesso del secondo, come essenziali riflessioni sulla esistenza umana.

<sup>15</sup> A partire da Grozio, e poi, tra gli altri, Pufendorf, Thomasius, Diderot, Voltaire, Montesquieu.

oneri (quali decime, livelli, ecc.) tradizionalmente spettanti all'aristocrazia quando gli stessi venivano dati in uso. La proprietà ancora concorre al tessuto sociale e giuridico dello stato moderno: è solo divenuta "contendibile" e acquisibile in modo pieno in ragione del principio di libertà economica, con eliminazione dei tradizionali vincoli e privilegi in favore di nobiltà e clero.

La rivendicata libertà di sfruttamento dei terreni comporta l'eliminazione di limiti ed oneri (quali decime, livelli, ecc.) tradizionalmente spettanti all'aristocrazia quando gli stessi venivano dati in uso. La proprietà ancora concorre al tessuto sociale e giuridico dello stato moderno: è solo divenuta "contendibile" e acquisibile in modo pieno in ragione del principio di libertà economica, con eliminazione dei tradizionali privilegi e vincoli di nobiltà e clero.

Analogamente il *diritto di intrapresa economica* è libera espressione dell'uomo naturale, che implica libertà economica di accesso alla proprietà dei mezzi di produzione, di commercializzazione dei beni prodotti e di accesso al mercato con connessa libertà di concorrenza.

Il *diritto di credito* è avvertito e tutelato nella essenziale e astratta struttura formale di rapporto tra consociati, isolato dai contesti socio-economici nei quali matura il ricorso alla cooperazione altrui e di come il rapporto è eseguito.

Una considerazione volontaristica attraversa pure la *responsabilità civile*, atteggiandosi come meccanismo sanzionatorio per il soggetto che non fa buon uso della libertà, con una condotta ingiusta in quanto non conforme all'ordinamento, che arreca danni a terzi; con il corollario che in assenza di volontarietà dell'azione non c'è responsabilità, senza riguardo alle esigenze della vittima.

Fondamentale collante è il principio di *certezza del diritto* come ragione di prevedibilità della norma applicata. È un fondamentale principio dello stato moderno, con un duplice obiettivo: da un lato, di conoscenza degli effetti giuridici dell'azione umana e di calcolabilità economica degli investimenti, come presupposti di efficienza economica; dall'altro, di liberare il cittadino dalle sopraffazioni del potere con l'applicazione di norme a proprio piacimento, come garanzia di libertà e uguaglianza davanti alla legge. Il principio era anche di agevole applicazione in ragione del monopolio statale della legge e della sua applicazione, come delle forze armate; la certezza era modulata sulle sole norme di fonte statale. Gli atti di stato civile, quali fonti di statuti giuridici di diritti e doveri, hanno fatto da formidabile sostegno alla certezza del diritto. Si vedrà come, nella postmodernità, l'ampliamento delle fonti del diritto e la valorizzazione dei contesti di svolgimento della persona umana hanno reso più complessa e ardua la garanzia di conoscenza dell'applicazione del diritto.

All'esito di tale percorso il *diritto privato* si pone come disciplina dei rapporti tra privati sostenuti dalla libertà di autodeterminazione, mentre il *diritto pubblico* si caratterizza quale disciplina della organizzazione dello Stato e dei rapporti tra Stato e cittadini, nella realizzazione di interessi generali. In tal guisa diritto privato e diritto pubblico esprimono diverse sfere di incidenza in ragione della *natura degli interessi* regolati: secondo l'antica ricostruzione ulpiana, il diritto privato fissa l'ambito degli *interessi particolari* (di individui e gruppi) per il cui soddisfacimento è predisposto, mentre il diritto pubblico segna il campo degli *interessi generali*, alla cui cura è preordinato. Più in generale, il *diritto privato* è espressione della "società civile", mentre il *diritto pubblico* è imposto dal

potere sovrano, che regola la “macchina dello Stato” e le “condizioni essenziali” della vita civile<sup>16</sup>.

Si vedrà della funzione essenziale assunta dalle categorie privatistiche, non solo nella elaborazione dei codici civili, ma anche nella formazione delle *carte costituzionali* dell’ottocento: gli stessi codici civili si atteggiavano con valenza fondativa ordinamentale per fissare i diritti del *civis* inviolabili dallo Stato.

**3. Le codificazioni in senso moderno. Codice civile francese (*cod. nap.*) e codice civile del 1865; i codici di commercio.** – Il delineato volto del diritto privato permea l’esperienza delle codificazioni in senso moderno. Vocazione somma è di edificare un *diritto unitario* per il *civis* come tale, astrattamente considerato. I codici, per il carattere generale e astratto dei principi e delle categorie che li sostanziano, sono considerati universali ed immutabili e perciò utilizzabili nel tempo e in più paesi. Nella compilazione, il *codice* si presenta come un sistema di norme strutturato in modo *organico* (per riguardare un intero settore) e *sistematico* (per il coordinamento logico che lo sorregge), realizzando una *semplificazione* nel rinvenimento della disciplina: un testo ordinato ed ordinante di regole e principi, che abbandona particolarismi giuridici in funzione dell’unità del soggetto di diritto. Fondamentali codici sono ancora vigenti (v. appresso); discipline successive ai codici (c.d. *novelle*), talvolta entrano in tali testi aggiungendo o sostituendone parti, talaltra si collocano al di fuori, in ogni caso orientando la disciplina complessiva.

a) Massima espressione di tale impostazione è il *code civil des français* promulgato il 21 marzo 1804 (c.d. *code napoléon* per essere stato voluto e influenzato da Napoleone), forgiato secondo i principi espressi dalla rivoluzione francese<sup>17</sup> (tuttora in vigore sebbene variamente novellato). Il diritto privato, con il codice napoleonico, diviene *diritto dello Stato*, che fa propri i valori e le aspirazioni della società civile e specificamente delle sue classi dominanti: lo stesso diritto civile si atteggia a dottrina del codice civile. Fiorisce una scienza giuridica casistica ed esegetica, di disposizione ed analisi della lettera della legge<sup>18</sup>.

Il codice napoleonico rovescia il sistema pluralistico delle fonti espresso dal diritto comune, inaugurando la stagione delle codificazioni moderne che da quella esperienza prenderanno le mosse. Si presenta come prima forma significativa di un *diritto privato codificato*, di ispirazione laica e individualistica. Muta anche il modello di regolazione: la disciplina dei rapporti tra privati è espressa in *leggi generali ed astratte* da valere per un

<sup>16</sup> È la sistemazione concettuale che trova compiuta espressione specie in DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689).

<sup>17</sup> Il codice recepeva la tradizione del diritto romano, rielaborata nella prospettiva giusnaturalistica da Domat; ma si apriva anche all’esperienza del diritto consuetudinario (*coutumes*) maturato nella vita dei traffici, che Pothier aveva riorganizzato nel solco del diritto romano. In Francia il codice civile provenne dagli autori della rivoluzione e dal suo principale tribuno (Napoleone); nel resto dell’Europa i codici derivarono da un potere regio illuminato: es. il codice prussiano del 1794 e il codice austriaco del 1811.

<sup>18</sup> Nell’ispirazione concettuale la interpretazione esegetica avrebbe implicato il formarsi di una giustizia uniforme, in quanto dedita solo all’applicazione della legge. Fiorirono imponenti commentari del *code civil* (come quelli di Duranton, Demolombe, Troplong). La *scuola della esegesi* finì però con l’irrigidire l’interpretazione sulla volontà del c.d. legislatore storico (cioè di quello che emana la legge), non consentendo una interpretazione evolutiva delle norme.

lungo periodo per il *cittadino come tale*. Più tardi, con analogo ordine logico, sarà teorizzata la *unitarietà* del cittadino commerciante e del cittadino che agisce in giudizio o che delinque: è del 1806 il codice di commercio (*code de commerce*); del 1807 il codice di procedura civile e del 1810 il codice penale.

Al codice napoleonico si conformeranno i codici dei singoli Stati italiani preunitari<sup>19</sup>; ciò spiega perché, dopo pochi anni dall'unità d'Italia (1861), fu possibile redigere agevolmente il *cod. civ. del 1865* per il Regno d'Italia, secondo le indicazioni dei codici preunitari. Tale nuovo codice, nel prendere a modello il *cod. nap.*<sup>20</sup>, ebbe il torto di non riflettere la realtà socio-economica quale nel frattempo era andata evolvendo, in particolare non prestando attenzione ai problemi che l'industrializzazione faceva già emergere. Il cod. civ. unificato, al pari del modello francese, ruota per intero intorno alla "proprietà": dei tre libri di cui si compone, il primo è dedicato alle *persone e alla famiglia*, il secondo riguarda *i beni, la proprietà e le sue modificazioni*, il terzo regola *i modi di acquisto della proprietà*. In tal guisa anche il contratto, le successioni, i patti matrimoniali sono accorpatisi e valutati nella unitaria prospettiva di meccanismi di circolazione della proprietà. Significativamente sia l'art. 544 *code civil* che l'art. 436 cod. civ. del 1865 recitano: "La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose *nella maniera più assoluta*, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti". Si ripropone una riorganizzazione e concentrazione dei poteri sulle cose secondo il modello già impiegato da Giustiniano, ma con una diversa ispirazione politica. I Digesta di Giustiniano avevano formalizzato il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, contro la varietà dei vincoli alla utilizzazione dei beni espressa dalla fiducia dei romani nelle potenzialità dell'autonomia dei privati. Il cod. civ. del 1865 riprendeva il principio di *tipicità* dei diritti reali, contro la dottrina del dominio diviso (*plura dominia*) espressa dalla esperienza feudale, come reazione alla stratificazione in classi della società nell'utilizzo delle cose.

La esaltazione della volontà individuale comportava che i contratti avessero *forza di legge* tra le parti (artt. 1134 *code civil* e 1123 cod. civ. 1865)<sup>21</sup>. La possibilità di trasmettere i diritti per effetto del consenso, da un lato, garantiva all'aristocrazia di non essere privata dei propri beni senza il proprio consenso; dall'altro, consentiva alla borghesia commerciale di accedervi facilmente, convogliando verso la proprietà le risorse economiche che la rivoluzione industriale stava progressivamente formando. L'affermazione

<sup>19</sup> Il codice napoleonico entra in vigore per il regno italico (cisalpino) nel 1806 e farà da modello ai codici estense, parmense e del regno delle due Sicilie del 1819 (il più fedele al modello francese).

<sup>20</sup> Con accenti retorici rilevava Pisanelli, massimo ispiratore del cod. civ. del 1865, come, in realtà, il *cod. nap.* rispecchiasse principi del diritto romano e perciò fosse un diritto "restituito" all'Italia.

<sup>21</sup> Ampio è il riconoscimento dell'*autonomia privata*, di cui è garantita la *volontà* degli autori dell'atto (artt. 1109 ss. *code civil* e artt. 1108 ss. cod. civ. 1865). La *laicità* dello Stato comporta la configurazione del *matrimonio civile* quale unica forma di matrimonio (art. 165 *code civil* e art. 93 cod. civ. 1865) (consentendo il *code civil* anche il *divorzio*: artt. 229 ss.). I *contratti di matrimonio*, quali atti di sistemazione patrimoniale della vita familiare, sono annoverati tra i modi di acquisto della proprietà (art. 1587 *code civil* e art. 1378 cod. civ. 1865); ed in materia successoria sono soppressi fedecommissi, maggiorascati, ecc., vuoi per la discriminazione che contenevano tra membri di una medesima famiglia, vuoi per la sottrazione di beni alla libera commerciabilità. C'è una indifferenza, se non un'ostilità, verso le forme di *vita associata* in quanto limitano l'esplicazione della libertà dei singoli: si ha riguardo ai soli "corpi morali legalmente riconosciuti" (art. 2). Il *rapporto di lavoro* è collocato nello schema del contratto di locazione, che può avere ad oggetto le cose come le opere (art. 1708 *code civil* e art. 1627 cod. civ. 1865).

del diritto di libertà economica consentiva poi alla classe industriale emergente di sottrarsi al controllo e alle ingerenze che avevano caratterizzato l'azione delle monarchie assolute.

b) Dopo la fondamentale rivoluzione scientifica che aveva consentito all'uomo di dominare la natura, a seguito delle innovazioni tecnologiche del settecento, prima con le applicazioni della macchina a vapore di Watt e poi con l'affermazione del motore a scoppio e di nuove fonti di energia, si svolge la c.d. *rivoluzione industriale* che segna la definitiva trasformazione del modello di vita e di organizzazione sociale. La introduzione dell'*automazione* nei processi produttivi innova il sistema economico, determinando la formazione di una ricchezza che dapprima affianca ma che poi sovrasterà la rilevanza e la logica proprietaria<sup>22</sup>. In luogo del mercante che traeva profitto dal divario di valore tra i beni acquistati e quelli collocati sui mercati, anche lontani, il nuovo imprenditore forma il lucro attraverso la produzione, realizzata al più basso costo possibile e in quantità sempre maggiore e collocata sul mercato al più alto prezzo possibile. Con l'*industrializzazione* si completa il definitivo contrasto all'assetto agrario-feudale intrapreso dalla precedente borghesia mercantile, anche perché i privilegi e le immunità che competevano all'aristocrazia sono ormai disgiunti dalle funzioni pubbliche (di difesa militare e di governo) che in passato li legittimavano, sì da apparire come odiosi e ingiustificati: veri e propri "abusi feudali". Inizia un percorso di produzione di massa che andrà progressivamente intensificandosi e dilatandosi fino a coprire i mercati mondiali.

Con i piedi piantati nella economia commerciale ma con il volto rivolto ad assecondare le affioranti esperienze della produzione industriale, emergono i primi modelli di codici di commercio. Sull'esempio del cod. comm. francese del 1806, il *cod. comm. del 1865* e ancor più il *cod. comm. del 1882* introducono una legislazione particolare per gli atti di commercio. I contratti sono riguardati non più come modi di accesso alla proprietà (immobiliare), quale ricchezza finale (come era nella indole del *code nap.* e del cod. civ. del 1865), ma valutati e regolati quali *strumenti dell'attività economica*, rivolti all'approvvigionamento dei fattori della produzione e alla collocazione dei prodotti, dal cui scambio deriva la (nuova) ricchezza finale. Molti contratti trovano disciplina differente nel cod. civ. e nel cod. comm. (ad es. c'è la *vendita civile* e la *vendita commerciale*), con significative diversità in favore dell'impresa. In virtù dello stesso diritto statale è operata una diversità di regolazione giuridica in ragione della possibilità o meno di qualificare l'atto compiuto come "atto di commercio" per la qualifica degli autori dell'atto; gli atti

---

<sup>22</sup> Negli opifici collocati nelle aree urbane accorrono e si concentrano soggetti che alienano la propria forza fisica in corrispettivo di salari: artigiani e contadini affluiscono progressivamente negli opifici, cedendo non più un prodotto finito (come per il passato) ma senz'altro una prestazione lavorativa alle dipendenze di chi organizza la produzione. Emerge la figura dell'*imprenditore* in senso moderno, come colui che combina e organizza i fattori della produzione, creando nuova ricchezza. Scriverà C. CIPOLLA (2005): "Da allora il mondo non fu più lo stesso". La rivoluzione industriale – prosegue l'Autore – trasformò l'uomo da agricoltore-pastore in manipolatore di macchine azionate da energia inanimata. La maggior parte della popolazione tende a vivere in grossi agglomerati urbani; l'esasperata divisione del lavoro e il lavoro di gruppo implicano un più continuo, più preciso e nel contempo più impersonale e più opprimente rapporto con altri simili. Ormai anche tra i romanisti sta emergendo l'idea che, con il modello di produzione industriale, la storia è "spezzata" (A. SCHIAVONE 1996). Derivano forti mutamenti sociali, formandosi una classe operaia composta di contadini sradicati dalle campagne e artigiani allontanati dalle botteghe, che vanno ad ingrossare una platea indistinta di dipendenti nelle fabbriche, ormai sciolti dai legami di appartenenza sociale e territoriale.

compiuti dal cittadino con un commerciante sono soggetti alla legge commerciale, di favore del commerciante<sup>23</sup>.

**4. Il codice civile tedesco (BGB).** – Con le codificazioni le esperienze del giusnaturalismo e poi dell'illuminismo avevano trovato il proprio *trionfo* ma anche segnato l'inizio del *declino*, in quanto i principi di diritto maturati si depositavano in leggi scritte nazionali, perdendo il connaturato carattere di universalità ideale.

Si sviluppa in Germania nella prima metà dell'800 la c.d. *scuola storica del diritto*<sup>24</sup> che ricostruisce la società come attraversata da una perenne *evoluzione*, contro la statica universalità razionale dei giusnaturalisti, che ormai si rivela una mera astrazione. C'è una riscoperta del diritto romano come essenziale antecedente dello sviluppo del pensiero giuridico; sull'esperienza di studio medievale del diritto romano si dà luogo ad un *usus modernus pandectarum*<sup>25</sup>. Il diritto positivo, come per i giusnaturalisti, rimane l'unica realtà osservata dai giuristi; però è organizzato con criterio sistematico, si da enucleare ed elaborare *principi generali* che ispirano l'ordinamento, onde governare logicamente l'applicazione del codice a nuove figure (c.d. dogmatica)<sup>26</sup>.

Massima espressione della dogmatica pandettistica fu l'elaborazione del codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*), comunemente indicato con le iniziali BGB, adottato nel 1896 e in vigore dal 1° gennaio 1900 (tuttora in vigore sebbene variamente novellato). La tradizione del diritto romano permea l'intero codice, adattata alla realtà socio-

<sup>23</sup> Il cod. comm. del 1882 si apre con la indicazione: "In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili ... In mancanza si applica il diritto civile" (art. 1). "Se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale, fuorché alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge" (art. 54); a tale norma si connette l'altra, per cui "se l'atto è commerciale anche per una sola delle parti, le azioni che ne derivano appartengono alla giurisdizione commerciale" (art. 870). Ciò importava che, nei rapporti con le imprese, i comuni cittadini (cioè i consumatori) venivano assoggettati alla legge di favore per le imprese: scelta vivacemente criticata da C. VIVANTE (1895).

<sup>24</sup> Lo *studio storico del diritto* è essenziale criterio di rilevazione e di comprensione del formarsi delle regole giuridiche: il diritto non proviene dalle sole fonti statali, assumendo un ruolo fondamentale la consuetudine. Per Savigny uno "spirito del popolo" (*Volksgeist*) attraversa ogni comunità nazionale informando le espressioni della cultura, compreso il diritto. Esiste una connessione tra *materia* (la realtà sociale espressa dalla storia) e *forma* (il diritto quale strumento di organizzazione sistematica della prima).

<sup>25</sup> Il diritto romano, che mai aveva smesso di operare, riceve rinnovata vitalità. Con lo sviluppo della Scuola storica del diritto (sec. XVIII-XIX specie con Savigny), attraverso l'opera di Puchta, si ritornava al *corpus iustinianeo* studiando criticamente le Pandette ad opera della Pandettistica (nel sec. XIX specie Windscheid riassunse i risultati dell'intero movimento).

<sup>26</sup> È il trionfo della c.d. *scuola sistematica*, che si oppone alla scuola esegetica formatasi nel segno del codice napoleonico. L'intero ordinamento è organizzato sistematicamente intorno a principi generali (come espressioni dello spirito del popolo) da cui derivano in forma piramidale i concetti di grado man mano inferiore e dunque le regole di ogni istituto giuridico. Sulle indicazioni del formalismo kantiano si afferma la funzione ordinante delle categorie logiche nella conoscenza scientifica, tendendo le costruzioni dottrinali a inquadrare logicamente la realtà: la verità scientifica è saggiata dalla coerenza interna delle categorie utilizzate. Osserva WINDSCHEID, figura emblematica della corrente c.d. *pandettistica*, come "considerazioni di carattere etico, politico o economico in quanto tali non sono materia propria del giurista". All'autorità spetta solo di fissare la *forma* di organizzazione politica che garantisca la libertà individuale (sia personale che nell'utilizzo dei beni) in un contesto di uguaglianza formale dei privati e di neutralità del diritto, rinunciando a formulare un contenuto assiologico (impianto in prosieguo vivacemente contestato).

economica del tempo, ormai pervasa dalla industrializzazione<sup>27</sup>. Con un linguaggio colto e tecnico la materia del diritto privato è pensata ed organizzata secondo categorie logiche, generali ed astratte. Elaborato da professori, non è accessibile all'uomo comune ma ai tecnici del diritto, manifestando profondità culturale e valenza didattica<sup>28</sup>.

È significativa della struttura del codice la *Parte generale* dedicata alla disciplina di persone (fisiche e giuridiche), cose, negozi giuridici, decadenza e prescrizione, esercizio dei diritti e tutela<sup>29</sup>. Il processo di astrazione in funzione della unità del soggetto di diritto trova la massima espressione con la formulazione della figura del *negozio giuridico*, come manifestazione di volontà rivolta ad uno scopo tutelato dall'ordinamento giuridico. Prende slancio da tale generale definizione un approfondito filone di elaborazione scientifica del negozio giuridico, che durerà a lungo<sup>30</sup>.

**5. Il codice civile del 1942.** – Il legislatore italiano, che alla metà degli anni '30 dà avvio all'opera di rinnovazione del codice civile, assimila i modelli di entrambe le grandi codificazioni del diritto privato<sup>31</sup>. Il codice civile del 1942<sup>32</sup> muove dall'impianto del *code nap.* (e dunque del cod. civ. del 1865), ma utilizza tecniche di generalizzazione proprie del BGB, come la previsione di "disposizioni generali" (es. artt. 456 ss., 832 ss., 1470 ss.) e l'introduzione di "clausole generali" (es. artt. 1366, 1375). Quanto al contenuto, lo stesso, benché veda la luce durante il fascismo, non è pervaso dalle istituzioni proprie del regime (come il corporativismo), che sono regolate fuori dal codice nella Carta del lavoro<sup>33</sup>, alla quale si rinvia mediante richiami: ciò ha fatto sì che, alla caduta del regime, sia stato possibile eliminare le sovrastrutture del regime mediante l'abrogazione dei richiami<sup>34</sup>, perché il codice potesse continuare a svolgere la sua funzione. Il codice, nella sostanza,

<sup>27</sup> Ha osservato F. WIACKER (1980) come il codice tedesco, quale diritto privato generale ed astratto, "orienta fondamentalmente il proprio sistema non a principi sociali di vita bensì alle manifestazioni concettuali del diritto soggettivo". Il medesimo autore descrive la situazione della società da cui esso nasce come caratterizzata da una "rivoluzione industriale avanzante che fa della libertà contrattuale ed associativa mezzi di accumulazione di potere sociale ed economico".

<sup>28</sup> Influenzato dal codice civile tedesco, ma con felice sintesi tra diritto comune e tradizioni locali e un'apertura all'intervento del giudice, è il codice civile svizzero (codice della Confederazione elvetica), adottato il 10 dicembre 1907 e in vigore dal 1912; è del 1911 la legge federale di complemento del codice civile contenente il libro quinto relativo al diritto delle Obbligazioni (comprensivo del diritto commerciale).

<sup>29</sup> Un epilogo di tale pensiero si avrà con la c.d. *dottrina pura del diritto* elaborata da KELSEN. Contro la deriva del naturalismo giuridico, il diritto è ricondotto alla sua ontologica matrice formale di *comando*, depurato di connotazioni sociali. L'attenzione è rivolta alla *struttura* del diritto, presentandosi il diritto come complesso organico di norme: il metodo di analisi e di elaborazione concettuale non può che essere quello *positivista*, per i caratteri di positività ed effettività del diritto. Anche questa dottrina sarà criticata.

<sup>30</sup> La scuola sistematica si diffonde nei nostri studi, divenendo metodo generalmente accolto: la formazione della "Tripla alleanza" con Austria e Germania (dal 1882 al 1915) apre la cultura italiana e dunque anche gli studi giuridici ad una forte permeazione tedesca.

<sup>31</sup> Significativa era stata la posizione di E. GIANTURCO che, già alla fine dell'800, invitava a non imitare i tedeschi o copiare i francesi, là dove era necessario disporsi a quel "giusto mezzo a cui inconsapevolmente tende l'intelletto italiano".

<sup>32</sup> Il codice è approvato con R.D. 16.3.1942, n. 262, ed entra in vigore il 21.4.1942, sostituendo i libri del codice stesso in precedenza autonomamente approvati.

<sup>33</sup> La *Carta del Lavoro* è uno dei documenti fondamentali del fascismo: approvata il 21 aprile 1927, ne esprime i principi sociali, la dottrina del corporativismo, l'etica del sindacalismo e la politica economica.

<sup>34</sup> Vedi R.D.L. 9.8.1943, n. 721, e D.Lgs.Lgt. 27.11.1944, n. 369.

esprime la vicenda economico-sociale propria dell'Europa di quegli anni: codifica le grandi conquiste ideali del liberalismo dell'800, modellando i singoli istituti secondo le esigenze emerse dal mondo delle attività economiche o connaturate allo sviluppo dei traffici<sup>35</sup>.

Manca a tale codice (come del resto era mancata al codice tedesco) quella dimensione ideale rivoluzionaria che aveva caratterizzato il codice napoleonico. Quest'ultimo aveva consacrato l'esito di una lunga stagione di lotta per la conquista delle libertà dell'individuo contro il potere assoluto; al tempo della codificazione del 1942 tali ideali erano ormai un portato acquisito e comune delle società europee. L'esperienza tedesca della Costituzione di Weimar del 1919, che aveva formulato la tavola dei diritti sociali della persona umana, aveva avuto breve vita per essere stata travolta nel 1933 dall'avvento al potere del nazismo. Il nostro codice si attesta, per così dire, a metà strada: adotta scelte umanamente più avanzate oltre che tecnicamente più raffinate di quelle del cod. civ. del 1865; però rispecchia gli sviluppi del capitalismo dell'epoca e introduce ragioni di equità sociale.

Tratto saliente del codice civile è la *unificazione* della normativa civilistica e di quella commercialistica in un unico codice, mentre nel resto d'Europa rimaneva la distinzione tra codice civile e codice di commercio<sup>36</sup>. In realtà il cod. civ. del 1865 regolava in via esclusiva persone, famiglia, successioni e proprietà; mentre la disciplina di impresa e società (e della navigazione) era esclusivamente collocata nel codice di commercio: solo dunque obbligazioni e contratti erano disciplinati in entrambi i codici. Sicché la unificazione nel 1942 dei due codici di diritto privato (e l'autonoma organizzazione di un codice della navigazione) comportava sostanzialmente la unificazione della disciplina di obbligazioni e contratti. E in tale fusione, in presenza di un divario di disciplina tra i due codici, furono essenzialmente le norme del codice di commercio (quale codice dell'impresa) a prevalere sulle tradizionali regole del codice civile (quale codice della proprietà)<sup>37</sup>.

La tecnica legislativa adoperata fu il *metodo dell'economia* (come si usava dire al tempo della codificazione), perché le forme giuridiche corrispondessero alla sostanza economica dei fenomeni. Tale metodo fece prediligere soluzioni più congrue ad esigenze socio-economiche piuttosto che rispondenti ad elaborazioni concettuali. Non è prevista la categoria del negozio giuridico (come invece è presente nel codice civile tedesco), ma

---

<sup>35</sup> Ha osservato R. NICOLÒ (1960): "Per la prima volta l'istituto giuridico dell'impresa, come situazione oggettiva che fa capo all'imprenditore, si pone al centro del sistema del diritto privato. *Proprietà e impresa*, come categorie parallele, costituiscono insieme alla categoria parallela del *lavoro*, i filoni fondamentali del nostro codice, e sotto questo profilo rappresentano esattamente gli aspetti primari della nostra organizzazione sociale e della nostra struttura economica".

<sup>36</sup> Per la *Relaz. cod. civ.* si voleva formulare un codice organico e unitario che contenesse la "disciplina dell'economia organizzata", dove al concetto di "cittadino" della rivoluzione francese si sostituisse quello di "produttore", cioè della persona che partecipa attivamente con la propria azione individuale all'azione comune di aumento della potenza e del benessere della Nazione, come potenza e benessere di tutti. Dal 1888 era venuta anche meno la duplicità della giurisdizione civile e commerciale.

<sup>37</sup> Osserva la *Relaz. cod. civ.*, n. 554, come l'unità del diritto delle obbligazioni fu realizzata riconoscendo virtù espansiva ad alcune norme del codice di commercio, nate nella vita rigogliosa e agile dell'attività mercantile, con tale duttilità che in gran parte potevano dimostrarsi adatte a soddisfare pure le nuove esigenze dell'economia nazionale.

è regolato il contratto, come figura più aderente alla vita dei rapporti economici. E il contratto è disciplinato con particolare riguardo alla sua funzione di strumento di scambio in una economia di mercato<sup>38</sup>.

Il codice civile del 1942 è *tuttora in vigore*. A tale longevità hanno concorso due fondamentali circostanze: l'una interna al codice, per l'ampio impiego di *clausole generali* (come buona fede, diligenza, ecc.) che hanno consentito di attingere a criteri e regole di comportamento aderenti al mutare dei tempi; l'altra esterna al codice, per il processo di *novellazione* cui è continuamente assoggettato, vuoi con la sostituzione o modificazione di normative (es. la riforma del diritto di famiglia, la riforma della disciplina delle società di capitali e delle società cooperative), vuoi con l'aggiunta di nuove discipline (es. la normativa sull'amministratore di sostegno, quella sul patto di famiglia). Altre normative, anche rilevanti, sono fiorite accanto al codice civile (es. la normativa sul divorzio, il codice del consumo, il t.u. dell'intermediazione finanziaria, ecc.). Nonostante l'incalzare di leggi complementari, il codice civile conserva un ruolo sistematico fondamentale per esprimere, non solo la *disciplina più nutrita* del diritto privato, ma anche una *trama di concetti e un linguaggio* in grado di guidare la razionalizzazione e la sistemazione della frammentaria legislazione complementare.

L'impianto concettuale del codice civile è di recente sottoposto a notevoli strappi e ripensamenti in conseguenza delle normative di origine europea spesso espressive di logiche e categorie estranee alla tradizione giuridica del codice. Le aree maggiormente stravolte risultano, da un lato, il diritto delle persone e della famiglia per l'emergere di nuovi modelli di relazioni familiari e l'affermazione dei diritti della persona umana, e dall'altro l'impresa per evolvere la sua rilevanza nel più generale diritto dell'economia, connotato dalle esigenze sociali della produttività, del mercato e dell'occupazione; anche la legge fallimentare che nello stesso anno vedeva la luce (R.D. 16.3.1942, n. 267), funzionale alla esecuzione concorsuale del credito, è sopravanzata dalla esigenza di salvezza della impresa in crisi (cui ha riguardo il D.Lgs. 12.1.2019, n. 14).

L'affermazione dei diritti fondamentali della persona umana, secondo i valori espressi dalla Carta costituzionale e dal diritto europeo, costringe il codice civile ad una penetrante rilettura delle singole previsioni, per fornirne una interpretazione ammodernata ai nuovi valori emersi.

**6. Le Costituzioni degli Stati moderni.** – I valori che pervasero i codici di inizio '800 orientarono anche le Costituzioni degli Stati moderni, che sancivano le conseguite libertà e garanzie dei cittadini *verso lo Stato*, segnando i rapporti tra lo Stato stesso ed i consociati (c.d. *Stato costituzionale*). Il costituzionalismo liberale (nella sua generale accezione) raffigura un potere rispettoso dei fondamentali diritti naturali del cittadino, di vita (nel senso del corpo fisico), di libertà (nel senso di non invadenza)<sup>39</sup> e di proprietà (l'interesse pubblico giustificante l'intervento sulla proprietà deve essere legalmente ac-

---

<sup>38</sup> Significativamente, oggetto del contratto non è più "la cosa" (art. 1116 cod. civ. 1865), come in una economia proprietaria, ma "la prestazione" (artt. 1346 ss.), connaturata ad un'economia fondata sull'attività e sull'impresa. Per altre indicazioni, v. la Parte VIII.

<sup>39</sup> Funzione precipua dello Stato è quella di garantire la coesistenza degli uomini consentendo a ciascuno di esplicitare la libertà all'interno della propria sfera giuridica. Il ruolo della *legge* è nel definire le libertà dei cittadini, gli strumenti di tutela e i modi di partecipazione al potere.