

CAPITOLO VI

LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

§ 33. *Il rapporto giuridico.*

Lecture suggerite: GIGLIOTTI, *Relazioni sociali, vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Napoli, 2003; PERLINGIERI, *La centralità del rapporto giuridico nel sistema di Mario Allara*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 138 ss.; IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico (per la ristampa di un libro di Mario Allara)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 411 ss.

Le relazioni umane possono essere di vario genere: possono ispirarsi all'affetto, al sentimento, all'amicizia, all'interesse, alla convenienza, ad esigenze culturali, ecc. Ognuno avverte istintivamente la differenza che passa tra le relazioni accennate e quella che passa tra me e il mio debitore.

Quest'ultima è regolata dal diritto (oggettivo) che attribuisce a me il potere di pretendere il pagamento del debito (diritto soggettivo) e pone a carico del mio debitore il dovere di pagare. Il rapporto giuridico è appunto la relazione tra due soggetti, regolata dall'ordinamento giuridico.

Il rapporto
giuridico.

Un breve cenno, anzitutto, sui soggetti protagonisti del rapporto giuridico. *Soggetto attivo* è colui al quale l'ordinamento giuridico attribuisce un potere (o *diritto soggettivo*) (per esempio, quello di pretendere un pagamento). *Soggetto passivo* è colui a carico del quale sussiste un dovere (per es. di pagare).

Le parti del
rapporto
giuridico

Quando si vuole alludere alle persone tra le quali intercorre un rapporto giuridico (per esempio per effetto di un contratto), si usa l'espressione « parti ». Contrapposto al concetto di parte è quello di *terzo*, che è appunto colui il quale sia estraneo ad un determinato rapporto giuridico, intercorrente tra altri soggetti (questa denominazione deriva dal fatto che negli esempi scolastici le parti venivano designate con i numeri ordinali « Primus » e « Secundus »; la persona estranea al rapporto veniva, perciò, chiamata « Tertius »).

Regola generale è che il rapporto giuridico — in linea di principio e salvo esplicite eccezioni — non produce effetti né a favore né

a danno del terzo (*res inter alios acta tertio neque prodest, neque nocet*). Tuttavia — come avremo modo di vedere più avanti — non di rado la legge si deve preoccupare di regolare la posizione dei terzi rispetto ad un determinato rapporto, in quanto anche gli interessi degli estranei possono essere indirettamente toccati dalle vicende del rapporto stesso.

Il rapporto giuridico non è che una figura (la più importante) di una categoria più ampia: *la situazione giuridica*. La norma giuridica prevede fattispecie a cui annette determinate conseguenze giuridiche (ricevimento di una somma a prestito da cui scaturisce l'obbligo della restituzione della somma stessa; raggiungimento degli anni diciotto da cui deriva la capacità di agire, ecc.). Quando la fattispecie si è realizzata, un mutamento si è prodotto nel mondo dei fenomeni giuridici: allo stato di cose preesistente si è sostituito, secondo la valutazione compiuta dall'ordinamento giuridico, uno stato diverso, una situazione giuridica nuova. Questa situazione può consistere o in un rapporto giuridico o nella qualificazione di persone (capacità, incapacità, qualità di coniuge, ecc.) o di cose (demania- lità, ecc.).

§ 34. *Situazioni soggettive attive* (diritto soggettivo, potestà, facoltà, aspettativa, status).

Lecture suggerite: MAZZARESE, *Diritti fondamentali e diritti soggettivi (considerazioni a margine della teoria di Luigi Ferrajoli)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 183 ss.; ALPA e altri, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001; PATTI, *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Torino, 1999.

Abbiamo visto che il soggetto attivo del rapporto giuridico si connota quale titolare di un *diritto soggettivo*. Esaminiamo più da vicino questa figura fondamentale.

Si è già visto che la norma è un precetto (per esempio, divieto di arrecare danni ad altri, art. 2043 cod. civ.) (diritto *oggettivo*, *norma agendi*). Se taluno mi arreca danni, l'ordinamento mi dà la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni (diritto *soggettivo*, *ius est facultas agendi*). È agevole scorgere che l'ordinamento tutela il mio interesse lasciandomi tuttavia libero: posso chiedere o non chiedere il risarcimento secondo una mia personale valutazione di opportunità.

Con l'attribuzione del diritto soggettivo si realizza quindi la più ampia protezione dell'interesse del singolo al quale, al tempo stesso, si riconosce una situazione di libertà.

Si può perciò intendere la definizione tradizionale: il diritto soggettivo è il *potere* di agire (*agere licere*) per il soddisfacimento di un proprio *interesse* individuale, *protetto dall'ordinamento giuridico*. L'aspetto della *tutela* è essenziale nel qualificare una situazione di interesse personale come contenuto di un *diritto* del soggetto. Esistono, infatti, molteplici interessi individuali *irrilevanti* per l'ordinamento giuridico, ossia ai quali l'ordinamento non concede alcuna protezione (si pensi all'aspettativa di ciascuno al rispetto, da parte degli altri, di regole di cortesia); viceversa, in tanto esiste un *diritto* soggettivo in quanto l'ordinamento tuteli, mediante la propria autorità e l'attivazione degli strumenti di coercizione di cui è dotato, la soddisfazione dell'interesse del singolo.

Diritto
soggettivo

La concezione tradizionale del diritto soggettivo, ora descritta, è ovviamente stata nel corso del tempo sottoposta a precisazioni, revisioni e critiche, talora anche radicali. Essa comunque costituisce tuttora un punto di riferimento del sistema e uno strumento operativo fondamentale, che occorre pertanto avere presente.

In alcuni casi il potere di agire per l'ottenimento di un certo risultato pratico non è attribuito al singolo nel suo proprio interesse, bensì per realizzare un interesse altrui. Il fenomeno è frequente specialmente nel diritto pubblico, in cui l'ordinamento giuridico attribuisce poteri agli organi pubblici nell'interesse della collettività e non delle singole persone fisiche investite dell'ufficio. Tuttavia, non ne mancano esempi nel diritto privato e, soprattutto, nel campo del diritto di famiglia (per esempio, ai genitori è attribuito un complesso di poteri (§ 608), che è concesso nell'interesse del figlio). Queste figure di poteri che al tempo stesso sono *doveri* si chiamano *potestà* o *uffici* (per esempio è un *ufficio* quello del tutore di una persona incapace). Mentre l'esercizio del diritto soggettivo è libero, in quanto il titolare può perseguire i fini che ritiene più opportuni, l'esercizio della potestà deve sempre ispirarsi al fine della cura dell'interesse altrui.

Potestà e
uffici

Le *facoltà* (o *diritti facoltativi*) sono, invece, manifestazioni del diritto soggettivo che non hanno carattere autonomo, ma sono in esso comprese. Così, costituisce una delle estrinsecazioni del potere di escludere gli altri dal possesso e dal godimento della cosa (*ius excludendi alios*), in cui si sostanzia il diritto di proprietà, la facoltà che ha il proprietario di chiudere il fondo in qualunque tempo (art.

Facoltà

841 cod. civ.) o di farvi apporre i confini. Dalla mancanza di autonomia delle facoltà deriva che esse si estinguono soltanto se viene meno il diritto del quale sono espressione: ciò che si traduce con la formula latina *in facultativis non datur praescriptio*, non è ammessa, cioè, la prescrizione estintiva delle sole facoltà, ancorché il titolare del diritto non le abbia esercitate per lungo tempo. Soltanto la prescrizione del diritto determina necessariamente la prescrizione delle relative facoltà.

Aspettativa

Può avvenire che l'acquisto di un diritto derivi dal concorso di più elementi successivi. Se di questi alcuni si siano verificati ed altri no, si ha la figura dell'*aspettativa*. Si pensi, per esempio, all'ipotesi di un'eredità lasciata a taluno subordinatamente alla condizione (condizione *suspensiva*) che consegua la laurea. Egli non acquisterà il diritto all'eredità se non quando si sarà laureato: intanto si trova in una posizione di attesa che viene tutelata dall'ordinamento (come vedremo, infatti, egli può compiere atti conservativi o cautelari del suo diritto, art. 1356 cod. civ.: per impedire, ad esempio, che altri disperda i beni lasciati, può ottenerne il sequestro) (§ 323). L'*aspettativa* è perciò un interesse preliminare del soggetto, tutelato in via provvisoria e strumentale, ossia quale mezzo al fine di assicurare la possibilità del sorgere dei diritti.

Il figura del diritto soggettivo che si viene realizzando attraverso stadi successivi viene considerata, oltre che dal lato del soggetto (la cui situazione psicologica è di attesa: perciò, *aspettativa*), anche sotto il punto di vista oggettivo della fattispecie. Si parla, infatti, di *fattispecie a formazione progressiva* per dire che il risultato si realizza per gradi, progressivamente (prima l'*aspettativa*, poi il diritto) e l'*aspettativa* attribuita al singolo costituisce un effetto preliminare o prodromico o anticipato della fattispecie.

Status

A volte alcuni diritti e alcuni doveri si ricollegano alla qualità di una persona, la quale deriva dalla sua posizione in un gruppo sociale (Stato, famiglia, ecc.). Per esempio, dalla qualità di cittadino derivano così il diritto al voto come l'obbligo del servizio militare. *Status* è, pertanto, una qualità giuridica che si ricollega alla posizione dell'individuo in una collettività. Lo *status* può essere di diritto pubblico (esempio, stato di cittadino) o di diritto privato (stato di figlio, di coniuge).

Alcuni ampliano il concetto di *status* fino a parlare di stato di erede, di socio, ecc., ma è preferibile usare, per designare queste situazioni, l'espressione generica « qualità giuridica ».

§ 35. L'esercizio del diritto soggettivo.

Lettere suggerite: RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; CASTRONOVO, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1051 ss.; SACCO, *L'abuso del diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

Colui al quale l'ordinamento giuridico attribuisce il diritto soggettivo si chiama *titolare* del diritto medesimo.

L'esercizio del diritto soggettivo consiste nell'esplicazione dei poteri di cui il diritto soggettivo consta. Il proprietario, per esempio, esercita il diritto soggettivo di proprietà percependo i frutti della cosa, apponendo i confini, ecc.

L'esercizio del diritto soggettivo deve essere distinto dalla sua realizzazione, che consiste nell'attuazione, nella soddisfazione dell'interesse protetto, sebbene spesso i due fenomeni possono coincidere (il proprietario che raccoglie i frutti del bene esercita il potere giuridico di godimento del bene e al tempo stesso realizza, soddisfa il suo interesse materiale; il creditore, richiedendo al debitore la prestazione che gli è dovuta, esercita il suo diritto, tuttavia in tal caso il suo interesse non è soddisfatto se non quando il debitore adempie).

La realizzazione dell'interesse può essere *spontanea* o *coattiva*: quest'ultima si verifica quando occorre far ricorso ai mezzi che l'ordinamento predispone per la tutela del diritto soggettivo (il debitore non adempie e il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, fa espropriare i beni del debitore) (art. 2910 cod. civ.).

Si comprende agevolmente che chi esercita un diritto soggettivo, ancorché ciò possa essere causa della frustrazione o della lesione degli interessi di altri soggetti, non è tenuto a compensare costoro per gli eventuali pregiudizi che il corretto esercizio di tale diritto possa aver eventualmente provocato (*qui iure suo utitur neminem laedit*). Alcune disposizioni legislative (artt. 833, 844, 1175 ecc.) vietano, peraltro, l'*abuso del diritto soggettivo*, ossia l'esercizio anomalo delle prerogative concesse dalla legge al titolare del diritto. Si ha *abuso*, in altri termini, quando il titolare del diritto si avvale delle facoltà e dei poteri che gli sono concessi non già per perseguire l'interesse che propriamente forma oggetto del diritto soggettivo — e che come tale l'ordinamento riconosce come meritevole di tutela — bensì per realizzare finalità ulteriori, eccedenti

L'abuso
diritto

l'ambito dell'interesse che la legge ha inteso tutelare. Si discute se questo principio abbia carattere generale oppure debba applicarsi soltanto nei casi espressamente previsti. La legge infatti è intervenuta, nelle ipotesi di maggior rilievo, con il divieto degli atti di emulazione e delle immissioni (artt. 833, 844, §§ 138 e 139), a temperare con criteri di socialità e di solidarietà l'esercizio del diritto di proprietà e, per quanto riguarda il diritto di credito, ha stabilito (art. 1175 cod. civ.) che il debitore ed il creditore debbono comportarsi secondo le regole della correttezza. Là dove il legislatore nulla ha disposto, invece, potrebbe apparire pericoloso affidare al giudice poteri discrezionali nella individuazione caso per caso di variabili confini di liceità nell'uso « normale » del diritto, in quanto verrebbe posta in discussione l'esigenza di certezza che — come abbiamo visto (§ 9) — è fondamentale nell'ordinamento giuridico. Ciò induce parte della dottrina a ritenere inoperante lo strumento dell'abuso del diritto in ipotesi diverse da quelle in cui il medesimo è considerato e represso dalla legge; altri interpreti ne ammettono un più largo impiego, fondandosi sul carattere generale di principi di solidarietà e di correttezza e buona fede, ma sempre richiamando l'esigenza di un impiego accuratamente sorvegliato di tale strumento.

Pertanto, mentre, in forza dell'art. 833 cod. civ., il proprietario non può piantare alberi, se ciò non gli arreca alcuna utilità, ma è fatto al solo scopo di togliere al vicino una veduta panoramica (§ 138), il creditore può richiedere il pagamento del suo credito e, in caso d'inadempimento, domandare il fallimento del debitore (qualora si tratti di un imprenditore commerciale), anche se non ha bisogno del danaro dovutogli, non potendosi tale condotta reputare abusiva (nell'accezione sopra illustrata), benché il creditore sia consapevole delle gravi conseguenze della sua iniziativa.

Altre figure
di abuso

Talune norme, poi, prendono in considerazione e reprimono specifiche ipotesi di *abuso* (non già di uno specifico diritto soggettivo, bensì) di particolari situazioni materiali di vantaggio nelle quali un soggetto possa venire a trovarsi: si parla, per esempio, di abuso, da parte di un contraente, della situazione di dipendenza economica nella quale l'altro si trovi rispetto al primo (L. 18 giugno 1998, n. 192, regolante la *subfornitura* nelle attività produttive: § 388), oppure di *abuso di posizione dominante*, come condotta vietata dalle norme a tutela della concorrenza (art. 3 L. 10 ottobre 1990, n. 287, c.d. « legge antitrust »).

§ 36. Categorie di diritti soggettivi.

Lecture suggerite: PROTO PISANI, *Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto potestativo da esercitare necessariamente in giudizio a diritto potestativo sostanziale*, in *Foro it.*, 2008, V, 161 ss.; ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Padova, 2003; FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999.

Se io sono proprietario di un bene, ho evidentemente il potere di escludere tutti gli altri dalla facoltà di godimento e di disposizione del bene stesso. Anche nei bambini è istintivo il senso di reazione e di ribellione verso chiunque tocchi una cosa che essi considerano propria. Il mio diritto soggettivo non consiste in tal caso in una pretesa verso un soggetto determinato, ma è rivolto verso tutti gli altri consociati, che sono tenuti a non interferire con il godimento della cosa che mi appartiene. Se io, invece, ho dato in prestito una somma ad una persona, il mio diritto alla restituzione della somma non può rivolgersi che verso quella persona: essa sola, e nessun'altra, è tenuta a ridarmi il danaro. Inoltre, mentre posso esercitare il mio diritto di proprietà senza bisogno di alcuna cooperazione di altri (posso passeggiare nel mio fondo, cogliere i frutti, utilizzare la mia automobile, senza che vi sia bisogno di un'attività giuridica di terzi: mi basta che questi non mi disturbino), invece per realizzare il diritto di credito è necessaria la cooperazione del debitore: dipende dal comportamento di quest'ultimo se l'obbligazione sarà adempiuta. Questi esempi valgono a chiarire la prima distinzione dei diritti soggettivi in *diritti assoluti*, che garantiscono al titolare un potere che egli può far valere verso tutti (*erga omnes*) e *diritti relativi*, che gli assicurano un potere che egli può far valere solo nei confronti di una o più persone determinate.

Diritti assoluti e relativi

Tipici diritti assoluti sono i *diritti reali* (*iura in re*) e cioè diritti su una cosa. Essi attribuiscono al titolare una signoria, piena (proprietà) o limitata (diritti reali su cosa altrui), su un bene. Campeggia in primo piano la relazione immediata tra l'uomo e la cosa. Gli altri soggetti debbono solo astenersi dall'impedire il pacifico svolgimento di quella signoria. Ciò perché l'interesse del proprietario è quello di conservare la disponibilità di un bene che gli appartiene e di poterne in tal modo trarre la conseguente utilità, senza essere turbato nell'esercizio del godimento *esclusivo* della *res*. È stato efficacemente detto che nei diritti reali l'ordinamento risolve un problema di attribuzione di beni, nei rapporti di obbligazione un problema di cooperazione.

Diritti reali

La categoria dei diritti assoluti non comprende solo i diritti reali ma anche i cosiddetti *diritti della personalità* (diritto all'integrità fisica, al nome, all'immagine, ecc.) che sono tutelati in capo al singolo nei confronti di tutti i consociati.

La concezione tradizionale del diritto reale è stata sottoposta a critica: un rapporto giuridico del titolare del diritto con tutti i consociati — si è detto — è inconcepibile, è un vero non senso o una finzione del tutto astratta. Per sfuggire a questa critica, si è precisato che soggetti passivi del diritto reale non sono « tutti », ma solo quelli che possono venire, di fatto, a contatto con la cosa, che abbiano, cioè, concretamente la possibilità di interferire con la posizione del titolare del diritto. E così, nel momento in cui un estraneo si sia impossessato della cosa, o l'abbia danneggiata o distrutta, si verifica una lesione del diritto del proprietario, che comporta la reazione dell'ordinamento, che mette a disposizione opportuni strumenti di tutela per far conseguire al proprietario stesso la restituzione del bene o il risarcimento del danno ad esso arrecato.

Nel *rapporto obbligatorio* (o di *credito*), invece, figura in primo piano il comportamento di un altro soggetto, il quale (soggetto passivo) è tenuto a una determinata condotta (*prestazione*: che può consistere in un dare, fare, non fare; p. es. restituire la somma ricevuta in prestito, realizzare un'opera) verso un altro soggetto (soggetto attivo). Quest'ultimo ha interesse a conseguire un bene o una prestazione da altri: ha quindi bisogno della cooperazione altrui. Ciò spiega perché, mentre è sufficiente l'esercizio del diritto reale per la realizzazione dell'interesse tutelato, è invece necessaria la cooperazione di un altro soggetto (di solito il debitore) (v. anche § 219) perché si verifichi la realizzazione spontanea dell'interesse del creditore (per la distinzione tra *esercizio* e *realizzazione* del diritto soggettivo v. § 35).

Diritti
relativi

La categoria dei diritti *relativi* si riferisce perciò a quei diritti che si esplicano nei confronti non della generalità dei consociati, ma esclusivamente di soggetti individuati.

Essa comprende in primo luogo i *diritti di credito* (che vengono anche chiamati *personali* in contrapposto ai diritti *reali* perché hanno appunto come termine di riferimento non una *res*, ma una persona, tenuta ad un determinato comportamento nei confronti del titolare del diritto).

Il dovere

Il rovescio, sia del diritto di credito che del diritto reale, è costituito dal *dovere*: a fronte del diritto reale si pone, in capo a qualsiasi consociato, un generico dovere negativo, di astensione dal compiere qualsiasi atto volto ad impedire o limitare il godimento del

bene da parte del proprietario; a fronte del diritto di credito si pone il dovere (che più precisamente si chiama *obbligo*) di una o più persone *determinate*, specificamente tenute ad eseguire una determinata prestazione o tenere un certo comportamento, funzionale alla soddisfazione dell'interesse del creditore.

Vi sono, ancora, ipotesi nelle quali al potere di una persona non corrisponde alcun dovere, ma solo uno stato di *soggezione*. Cerchiamo di spiegare il concetto con un esempio. Nel caso di beni indivisi appartenenti a più soggetti (*comunione*) ciascuno dei comproprietari può chiedere la divisione (art. 1111 cod. civ.); gli altri comproprietari nulla possono fare di fronte a questa iniziativa. Queste considerazioni permettono di individuare un'ulteriore categoria di diritti soggettivi che, sebbene abbia dato luogo a molte discussioni, è accolta dai più: la categoria dei *diritti potestativi*. Essi consistono nel potere di operare il mutamento della situazione giuridica di un altro soggetto: così, ad es., il proprietario di un fondo contiguo al muro altrui può chiederne la comunione forzosa (art. 874 cod. civ.), ovvero il contraente che abbia pattuito una caparra penitenziale può liberamente recedere dal contratto (art. 1386 cod. civ.). Il diritto potestativo si esercita con la dichiarazione del titolare del potere, indirizzata al soggetto passivo (*dichiarazione recettizia*, § 99). Talora questa dichiarazione deve essere integrata dall'attività del giudice che, per es., pronunzia la separazione coniugale, ed allora occorre la domanda giudiziale; ma, poiché il soggetto passivo è — come si è detto — in una situazione di soggezione, basta l'iniziativa del titolare perché si abbia la *realizzazione* dell'interesse tutelato: perciò esercizio e realizzazione del diritto coincidono; il comportamento del soggetto passivo è irrilevante.

I diritti potestativi e la soggezione

È disputato se i *diritti personali di godimento* (che consistono nella situazione in un cui un soggetto si è obbligato a far godere di un proprio bene un altro soggetto: per es. nella locazione o nel comodato: §§ 384 e 400) abbiano una duplice natura.

Diritti personali di godimento

Secondo l'opinione ancora oggi prevalente (v. anche § 384), il diritto che, per esempio, spetta all'inquilino di un appartamento non è che un diritto di credito verso colui che gli ha dato in locazione l'appartamento e che, secondo l'art. 1571 cod. civ., si obbliga a fargli godere la cosa locata. Tuttavia un'autorevole opinione sostiene che i diritti personali di godimento hanno una duplice natura: relativa verso chi ha concesso il godimento, assoluta verso tutti i consociati i quali sono tutti tenuti ad astenersi dal turbare tale godimento.

§ 37. Gli interessi legittimi.

Lecture suggerite: MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, Torino, 2008; BACOSI, *Dall'interesse legittimo al diritto condizionato*, Torino, 2003; AA.VV., *La tutela aquiliana degli interessi legittimi. Atti del Convegno di Catania dei giorni 5 e 6 novembre 2004*, Catania, 2005; SCHLESINGER, *Scopo della norma violata e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 505.

Per interesse si intende qualsiasi vantaggio o utilità, che costituisce l'obiettivo o il movente dell'agire di un soggetto. L'interesse si dice pubblico o privato, a seconda di chi ne sia portatore. Un interesse privato si dice « semplice » o « di fatto » quando non fruisce di alcuna particolare protezione giuridica (ho interesse, come chiunque, a che vi siano strutture sanitarie e medici capillarmente diffusi sul territorio, in modo da poter essere assistito subito in caso di necessità, ma non ho alcun diritto di pretenderlo; non ho, cioè, alcun potere di promuovere un procedimento giudiziario nei confronti di un qualche soggetto o ente per poter ottenere la soddisfazione di quell'interesse; al massimo potrò esprimere una protesta « politica », se ritengo che la tutela dei malati sia insufficiente).

Quando, invece, come si è detto, il mio personale interesse riceve piena tutela giuridica, sicché mi è concesso di sollecitare la tutela degli strumenti di coercizione messi a disposizione dall'ordinamento per ottenerne la soddisfazione (es.: se il debitore non mi paga posso agire in giudizio per ottenere la condanna al pagamento e promuovere un'azione volta ad espropriare i beni del debitore per farli vendere e soddisfare il mio credito con il ricavato), allora sono titolare di un *diritto soggettivo*. Ancora, se il mio vicino taglia un albero del mio giardino, per farmi dispetto, posso agire nei suoi confronti per ottenere il risarcimento del danno; se l'amministrazione comunale taglia gli alberi di un parco per realizzare un parcheggio, posso dissentire, ma non posso lamentare la lesione di un mio diritto soggettivo individuale.

Gli interessi
legittimi

Si parla, invece, di *interesse legittimo* nell'ambito dei rapporti tra il privato e i pubblici poteri. Tale situazione comporta il potere del singolo di sollecitare un controllo giudiziario in ordine al comportamento tenuto, correttamente o meno, dalla pubblica amministrazione.

Talora, invero, anche il rapporto fra il cittadino ed una Pubblica Amministrazione si configura connotato da una correlazione e reciprocità di veri e propri *diritti soggettivi* e di *obblighi*. Si parla, in tal caso, di norme « di relazione » in quanto disciplinano uno speci-

fico rapporto interindividuale tra il privato e l'ente pubblico (ad es.: il pubblico impiegato ha un diritto soggettivo perfetto al pagamento della retribuzione).

Diverse sono le c.d. norme « di azione », che regolano, cioè, il funzionamento — l'azione, appunto — delle pubbliche amministrazioni (ad es. regole sui concorsi pubblici, sui contratti delle P.A., ecc.). Da queste norme non derivano, in capo ai privati interessati alla loro osservanza, diritti soggettivi pieni, perché quelle norme non sono destinate a tutelare specifici interessi individuali, ma soltanto a disciplinare l'attività pubblica. È chiaro, peraltro, che tutti i cittadini hanno un generico interesse (lo si qualifica, perciò, come interesse « semplice ») alla osservanza di tutte le norme dettate per il funzionamento dei pubblici poteri: ed in caso di violazioni di tali norme chiunque può protestare, segnalando l'irregolarità, anche se non è investito di nessuno specifico potere di intervento.

In taluni casi, tuttavia, l'osservanza di una disposizione viene ad interessare determinati soggetti non più genericamente quali cittadini, bensì specificamente come portatori di interessi individuali coinvolti dall'azione pubblica: ad es. il candidato ad un concorso, l'imprenditore che partecipa ad una gara per l'assegnazione di un appalto, il proprietario di un fondo sottoposto alla procedura dell'espropriazione, ecc.

In questi casi al privato viene riconosciuto uno specifico potere di controllo della regolarità dell'azione pubblica ed un potere di *impugnativa* degli atti eventualmente viziati. L'esercizio dei poteri pubblici, infatti, negli Stati moderni (stati « di diritto »), non è abbandonato all'arbitrio dell'autorità titolare del potere, ma è regolato da norme giuridiche.

La situazione giuridica dei portatori di tali interessi qualificati viene definita come « interesse legittimo » e si traduce non già nella tutela dell'interesse del singolo a veder concretamente soddisfatto un proprio bisogno o aspirazione, ma in una tutela soltanto *mediata* o *strumentale*, ossia nel controllo del corretto esercizio delle pubbliche funzioni (il candidato ad un concorso non ha diritto di vincerlo, ma ha un interesse legittimo al regolare svolgimento della procedura, alla corretta ed imparziale valutazione dei candidati, e può quindi chiedere l'annullamento di tutti gli atti che siano illegittimi, compiuti cioè in violazione delle norme « di azione » dettate per disciplinare l'attività dell'amministrazione che ha bandito il concorso).

Gli artt. 24, comma 1, e 113 della Carta costituzionale garantiscono la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, e l'art. 103 Cost. specifica gli organi ai quali è affidata tale tutela.

L'impugna-
zione degli
atti ammini-
strativi

Il tipico strumento di tutela dell'interesse legittimo consiste, come si è anticipato, nell'*impugnazione* dell'atto amministrativo illegittimo, al fine di ottenerne l'annullamento. Infatti l'esercizio dei pubblici poteri, da parte degli organi amministrativi, deve avvenire nel rispetto della legge e secondo criteri di razionalità. Pertanto il privato, portatore di un interesse legittimo in relazione ad un determinato provvedimento della Pubblica Amministrazione, può contestarne la validità, rivolgendosi agli organi giudiziari competenti (a tal fine sono stati costituiti i Tribunali Amministrativi Regionali, T.A.R.) e deducendo il relativo vizio, che può essere un vizio di *incompetenza* (un organo amministrativo ha compiuto un atto non rientrante nei suoi poteri), di *violazione di legge* (il provvedimento si pone in contrasto con le norme di legge che ne definiscono, per es., i presupposti o i contenuti), o di *eccesso di potere* (l'atto risulta viziato da illogicità e contraddittorietà, concretando uno « straripamento » di potere, ossia un non corretto uso del potere da parte dell'organo che ha compiuto l'atto). L'accoglimento dell'impugnativa del privato conduce all'annullamento dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo.

Lesione di
interessi
legittimi e
risarcimento
del danno

Un problema dibattuto per decenni riguardava la sussistenza o meno di un diritto del privato, che sia leso da un atto amministrativo illegittimo, di ottenere il risarcimento del danno subito per effetto di tale atto (non ho diritto al rilascio di un provvedimento che mi consenta di costruire sul terreno di mia proprietà, ma se il provvedimento mi viene illegittimamente negato, subisco, ovviamente, un danno). La risposta è stata a lungo negativa; si riteneva che l'aspettativa del privato alla corretta esplicazione dei poteri pubblici potesse ricevere tutela soltanto mediante la rimozione degli atti illegittimi, ma non anche attraverso lo strumento del risarcimento del danno, perché, si diceva, quest'ultimo presuppone la sussistenza di un diritto soggettivo (ossia di una forma giuridica di protezione *assoluta* dell'interesse individuale), mentre di fronte all'azione della P.A. il privato è titolare, appunto, esclusivamente di un interesse legittimo alla corretta esplicazione dei pubblici poteri, ma l'ordinamento non assicura al singolo il *diritto* di ottenere in ogni caso la soddisfazione del proprio interesse sostanziale.

Sul tema è intervenuta un'importante decisione della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite (la sentenza 22 luglio 1999, n. 500), la

quale ha affermato il principio per cui anche la lesione di un interesse individuale costituente oggetto di un interesse legittimo può costituire fonte di danno risarcibile: pertanto il privato, che abbia subito una perdita a causa di un atto amministrativo illegittimo (e in quanto tale annullato), ha diritto di ottenere il risarcimento del danno patito.

Secondo talune tesi la figura dell'interesse legittimo, oltre che nel diritto amministrativo, sarebbe rintracciabile anche nel diritto privato: ad es. le norme che regolano il funzionamento delle assemblee di una società per azioni sono stabilite nell'interesse della società, ma il singolo socio che si ritenga leso da una deliberazione può chiedere al giudice di annullarla, se sia stata adottata violando le norme suddette (v. § 529), impugnativa che sarebbe quindi concessa a tutela di un interesse legittimo dei soci.

Interessi
legittimi nel
diritto
privato

Altri richiamano casi in cui l'ordinamento conferisce a soggetti privati poteri da esercitarsi in forma discrezionale per la cura di interessi altrui (ad es. poteri familiari dei genitori o del tutore).

La tendenza a fare dell'interesse legittimo una figura applicabile anche nell'ambito del diritto privato suscita peraltro perplessità, data la sua peculiare natura di figura tipica del diritto amministrativo.

§ 38. *Situazioni di fatto.*

Lecture suggerite: STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997; LEVI, *Fatto e diritto*, Milano, 2002.

Quelle che abbiamo esaminato sono le situazioni giuridiche legittime ossia le situazioni conformi alle previsioni dell'ordinamento e alle regole da esso stabilite.

Ma l'ordinamento stesso protegge provvisoriamente contro la violenza e il dolo altrui anche la situazione di fatto in cui il soggetto può trovarsi rispetto ad un bene ed attribuisce anche ad essa alcuni effetti (indipendentemente della sua conformità o meno ad una situazione di diritto). Si hanno allora le due figure del possesso e della detenzione, delle quali si parlerà più diffusamente al § 177.

Le situazioni di fatto possono essere altresì rilevanti in tema di società (per le società « di fatto » v. il § 514), di « pre-uso » di un marchio (v. § 486), di famiglia (v. § 578), di rapporti di lavoro (art. 2126 cod. civ.), ecc.: ce ne occuperemo volta a volta nell'ambito della trattazione dedicata ai singoli istituti.

**§ 39. Situazioni soggettive passive
(dovere, obbligo, soggezione, onere).**

Lecture suggerite: ROMANO F., voce *Obbligo* (noz. gen.), in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 500 ss.; SCOZZAFAVA, voce *Onere*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, 99 ss.; TERRANOVA, *La struttura delle situazioni soggettive. Contributo ad una semantica dell'obbligo*, in *Europa e diritto privato*, 2002, I, 511; FESTI, *Il divieto di « venire contro il fatto proprio »*, Milano, 2007.

Dovere,
obbligo,
soggezione

Dopo quanto abbiamo detto a proposito delle categorie dei diritti soggettivi, poco ci resta da esporre circa la posizione del soggetto passivo. Ripetendo, per ragioni sistematiche e di chiarezza, cose in parte già dette, distingueremo la figura del *dovere generico di astensione* che incombe su tutti come rovescio della figura del diritto assoluto (ossia *dovere di astenersi* dal ledere il diritto assoluto — proprietà, integrità fisica — di un'altra persona); quella dell'*obbligo* cui è tenuto il soggetto passivo di un rapporto obbligatorio, a cui fa riscontro nel soggetto attivo la *pretesa*, ossia il potere di esigere uno specifico comportamento (una *prestazione*) da un altro individuo (per es.: pagare una somma di denaro; eseguire un servizio), volto a soddisfare un interesse sostanziale del titolare del diritto; e quella della *soggezione* che corrisponde al diritto potestativo.

Onere

Dalle situazioni passive innanzi considerate si deve nettamente distinguere la figura dell'*onere*.

Questa figura ricorre quando ad un soggetto è attribuito un potere, ma l'esercizio di tale potere è condizionato ad un adempimento (che però, essendo previsto nell'interesse dello stesso soggetto, non è obbligatorio e quindi non prevede sanzioni per l'ipotesi che resti inattuato): ad es., la parte che ha diritto, in forza di una clausola risolutiva espressa (v. § 351), di imporre la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, ha l'*onere* di comunicare a quest'ultima la sua decisione di avvalersi della clausola (art. 1456, comma 2). Allo stesso modo, il compratore che intenda avvalersi della garanzia per i vizi della cosa vendutagli (v. § 372) ha l'*onere* di denunciare i vizi della cosa entro otto giorni dal momento in cui li ha scoperti (art. 1495).

Onere della
prova

Non costituisce un vero « onere », nel senso appena illustrato, il c.d. « onere della prova » (art. 2697), che, come meglio vedremo a suo luogo (cfr. § 123), rappresenta, più che un onere, un *rischio* per il soggetto che ne è gravato, in quanto il giudice di fronte ad un fatto (rimasto) incerto nel giudizio, deve accogliere come vera la versione offerta dalla parte che non aveva l'onere di provare quel fatto.

Il termine « onere » viene inoltre adoperato anche in un altro significato completamente diverso dai precedenti, e cioè quale sinonimo di « modo », nell'ambito dei c.d. elementi « accidentali » del negozio (v. § 327).

Onere o
modus

§ 40. Vicende del rapporto giuridico.

Lettere suggerite: ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico* (riedizione a cura di Irti), Torino, 1999; NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 605 ss.; CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933.

Il rapporto giuridico nasce o, come è più preciso dire, si costituisce allorché il soggetto attivo acquista il diritto soggettivo.

L'acquisto indica il fenomeno del collegarsi di un diritto con una persona che ne diventa il titolare: in sostanza, un diritto soggettivo entra a far parte della complessiva situazione giuridica facente capo ad una persona. L'acquisto può essere di due specie: *a titolo originario*, quando il diritto soggettivo sorge a favore di una persona, senza esserle trasmesso da nessuno; *a titolo derivativo*, quando il diritto si trasmette da una persona ad un'altra.

Acquisto
titolo origi-
nario e
derivativo

Per esempio, il pescatore che fa propri i pesci caduti nella rete compie un acquisto a titolo originario (art. 923, comma 2, cod. civ.): il pesce era, infatti, prima che egli se ne appropriasse, cosa di nessuno (*res nullius*). Si ha acquisto a titolo originario anche se la cosa ha già formato oggetto di altro rapporto, ma il soggetto non subentra in tale rapporto, perché la cosa non gli viene trasmessa dal precedente titolare. È, quindi, a titolo originario l'acquisto per occupazione delle cose abbandonate (*res derelictae*) ovvero l'acquisto per usucapione di un bene altrui.

Se, invece, compro un immobile da chi è proprietario, compio un acquisto a titolo derivativo (derivativo perché deriva dal diritto del precedente titolare).

Titolo d'acquisto o, come anche si dice, *causa acquirendi* è l'atto o il fatto giuridico che giustifica l'acquisto.

Titolo
dell'acquisto

Com'è chiaro, nell'acquisto a titolo derivativo si verifica questo fenomeno: il diritto (assoluto o relativo) che apparteneva ad una persona passa ad un'altra. Questo fenomeno si chiama *successione*. Esso indica il mutamento del soggetto di un rapporto giuridico (o di un complesso di più rapporti giuridici): colui che per effetto della successione perde il diritto si chiama *autore* o *dante causa*; chi lo ac-

Successione

quista *successore* o *avente causa*. È chiaro che una successione non si verifica nel caso di acquisto a titolo originario; coincidono, invece, i due fenomeni (acquisto e successione) nell'acquisto a titolo derivativo, in cui appunto una persona subentra all'altra nella titolarità di un diritto soggettivo. Può verificarsi non soltanto il mutamento del soggetto attivo del rapporto (*successione nel lato attivo*), ma anche quello del soggetto passivo (*successione nel lato passivo*: per es., l'erede succede, come vedremo, nell'obbligo di pagare i debiti del defunto).

L'acquisto a titolo derivativo può essere di due specie: si può trasmettere proprio lo stesso diritto che aveva il precedente titolare (*acquisto derivativo-traslativo*) o può attribuirsi al nuovo titolare un diritto differente che, peraltro, scaturisce dal diritto del precedente titolare (*acquisto derivativo-constitutivo* o *successione a titolo derivativo-constitutivo*), in quanto lo suppone e ne assorbe il contenuto, o, in parte, lo limita. Così il contenuto del diritto di proprietà comprende il godimento e la disposizione della cosa (art. 832 cod. civ.); se il proprietario attribuisce ad un'altra persona il diritto di godere della cosa (usufrutto: art. 981 cod. civ.), l'acquisto che l'usufruttuario compie è a titolo derivativo-constitutivo.

Nelle due forme di acquisto a titolo derivativo (o nella successione, espressione, che — come abbiamo visto — indica lo stesso fenomeno) il nuovo soggetto consegue lo stesso diritto che aveva il precedente titolare ovvero un diritto da esso derivante. Ciò giustifica le regole seguenti: 1) il nuovo titolare non può vantare un diritto di portata più ampia di quello che spettava al precedente titolare (*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*); 2) l'acquisto del diritto del nuovo titolare dipende, di regola, dalla effettiva esistenza del diritto del precedente titolare.

Se, per esempio, ho ereditato da una persona un bene e risulta che il mio dante causa non è proprietario del bene, anche il mio diritto cade (*resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*). Come vedremo il principio non è, tuttavia, senza deroghe.

Se il fenomeno dell'acquisto a titolo derivativo è considerato non con riferimento alla persona a cui favore si verifica, ma avendo riguardo alla persona che trasferisce il diritto, si ha il concetto di *alienazione* (*alienum facere*). Tizio vende una cosa a Caio: Tizio fa un'alienazione, Caio un acquisto.

Successione
a titolo uni-
versale e
particolare

La successione è di due specie: a *titolo universale*, quando una persona subentra in tutti i rapporti di un'altra persona, e, cioè, sia nella posizione attiva (es., diritti di proprietà, crediti ecc.) sia in quella passiva (debiti) (*successio in universum ius*); a *titolo partico-*

lare, quando una persona subentra solo in un determinato diritto o rapporto (o in più rapporti determinati). Nell'ordinamento giuridico italiano la successione a titolo universale si verifica nel caso di fusione tra società (v. § 553) e nel caso di morte di una persona (*successione a causa di morte*). Come vedremo, si distingue a questo proposito l'*erede*, che subentra nella titolarità dei rapporti attivi e passivi che facevano capo al defunto (successione a titolo universale), dal *legatario*, che subentra solo in rapporti determinati (successione a titolo particolare).

La vicenda finale del rapporto è la sua *estinzione*. Il rapporto si estingue quando il titolare perde il diritto senza che questo sia trasmesso ad altri. Ciò si verifica, ad es., nel caso di *derelictio* di cosa mobile (v. art. 827 cod. civ.), o nel caso dell'estinzione del rapporto obbligatorio (es.: per remissione del debito o impossibilità di esecuzione della prestazione).

Non di tutti i diritti soggettivi è consentito al titolare disfarsi o trasferendoli ad altri o rinunziandovi. Accanto alla categoria, certamente ampia nel diritto privato, dei *diritti disponibili* v'è quella dei diritti *indisponibili* che — come vedremo — è presa varie volte in considerazione dal codice (es., nullità della transazione su diritti indisponibili: art. 1966 cod. civ.). Indisponibili sono in genere i rapporti che servono a soddisfare un interesse superiore: tali le potestà e i diritti familiari.

Estinzione

Diritti disponibili e indisponibili