

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

Parte Seconda

LE CATEGORIE GENERALI

capitolo 4

LE SITUAZIONI GIURIDICHE

1. Prescrizioni, situazioni, rapporto giuridico. – 2. Le situazioni elementari: dovere-obbligo, facoltà, potere. – 3. (*segue*) Soggezione e onere. – 4. Il diritto soggettivo. – 5. L'interesse legittimo nel diritto privato. – 6. Ufficio o funzione. – 7. Diritti assoluti e relativi. – 8. Diritti potestativi. – 9. L'obbligazione. – 10. La titolarità. La successione. – 11. L'estinzione di diritti e obblighi. La rilevanza del tempo. – 12. Altre posizioni protette: interessi diffusi, aspettative, situazioni di fatto. – 13. L'abuso del diritto (cenni).

1. Prescrizioni, situazioni, rapporto giuridico.

Consideriamo una tra le più semplici regole del nostro codice. «*Chi trova una cosa mobile deve restituirla al proprietario...*» (art. 927).

Come ogni norma, anche questa contiene una **prescrizione**, che impone un certo *comportamento*: si *deve* restituire ciò che si trova.

Anche una regola così semplice, quando trova applicazione, colloca due soggetti – chi ritrova la cosa, e il proprietario della cosa trovata – in una precisa posizione o **situazione giuridica**: il primo nella situazione di chi è *tenuto* a comportarsi in un certo modo (restituire); il secondo nella posizione di chi *può pretendere* dal primo un comportamento a lui favorevole.

Si stabilisce così tra i due protagonisti una *relazione disciplinata dalla legge*, o come si usa dire un **rapporto giuridico**: in questo caso il rapporto tra chi deve e chi può pretendere che il dovere sia osservato.

Il rapporto mette in relazione due soggetti ciascuno dei quali è investito di una **situazione giuridica soggettiva**: la situazione, o posizione, in cui viene a trovarsi un soggetto, per effetto della applicazione di una o più regole di diritto.

Si chiama, in genere, *situazione giuridica attiva* quella in cui si trova la parte avvantaggiata, il cui interesse è protetto nel rapporto, e *situazione giuridica passiva* quella in cui si trova la parte svantaggiata, il cui interesse è sacrificato: espressioni molto usate, anche se non del tutto precise (lo svantaggiato deve spesso *fare* qualcosa, non solo subire).

Lo schema che abbiamo tracciato si ripropone per qualsiasi norma giuridica, con maggiore o minore complessità. Descrivere esattamente il *rapporto* giuridico che una norma crea, indicare con precisione e proprietà le *situazioni giuridiche* che lo compongono, permette di rappresentare fedelmente il contenuto delle norme e di rendersi conto dell'*equilibrio di interessi* che esse intendono realizzare.

Il linguaggio giuridico offre numerosi concetti che ci consentono di riassumere il contenuto di una norma giuridica, e il risultato della sua applicazione, *dal punto di vista del soggetto* di cui la norma stessa regola comportamenti e interessi: concetti cioè che servono ad indicare «situazioni» o «posizioni» in cui le regole del diritto «collocano» una persona.

Sono termini che incontriamo anche nel linguaggio di tutti i giorni, anche se con significati meno precisi o differenti: il *dovere*, l'*obbligo*, il *potere*, la *facoltà*, la *soggezione*, l'*onere*, il *diritto*, la *funzione*; concetti generali che servono poi a costruire concetti più complessi e insieme più specifici, ma della stessa famiglia, come «*proprietà*», «*debito*», «*credito*», e tutti i «nomi» dei diversi diritti e obblighi.

2. Le situazioni elementari: dovere-obbligo, facoltà, potere.

Dovere e
obbligo

Funzione primaria, e secondo qualcuno l'unica essenziale, della norma giuridica è quella di imporre ai suoi destinatari un determinato comportamento.

La categoria logica che corrisponde a questa funzione è quella del **dovere**. La norma ci dice che una certa condotta è *dovuta*; il che significa che solo un comportamento come quello *soddisfa* la prescrizione, mentre un comportamento opposto o diverso, *viola* la norma.

Dal punto di vista del linguaggio normativo, le espressioni con cui una norma può imporre un dovere sono molteplici. La norma può indicare il comportamento che vuole imporre (nell'esempio già fatto: restituire al proprietario la cosa trovata) e collegarlo a espressioni come «deve», «è tenuto a», «ha l'obbligo di», ecc. (formule di *comando*). Oppure può indicare un comportamento che vuole sia evitato (per esempio: fumare in locale pubblico) e collegarlo a espressioni come «è vietato», «non è lecito», «non può» ecc. (formule di *divieto*). Si tratta sempre di imporre un *dovere* formulato in modo *positivo o negativo*.

La *situazione soggettiva della persona, che è tenuta ad un certo comportamento* (a fare o a non fare qualcosa: *dovere* positivo o negativo) si chiama **obbligo**. L'obbligo di non fare è un *divieto*.

Contro quel che può sembrare, il primato della categoria del dovere-obbligo corrisponde a una concezione liberale del diritto, secondo cui tutto ciò che non è obbligatorio o vietato è lecito: la legge non crea libertà, ma garantisce la naturale libertà dell'individuo e la limita (imponendo obblighi o divieti) per consentire la convivenza. Dunque, non occorre una norma per dire che si può fare qualcosa.

Facoltà e
potere

Ma in realtà le norme giuridiche però svolgono spesso una diversa funzione, storicamente e politicamente preziosa, quella di stabilire quali comportamenti si *possono* tenere.

Anche qui il linguaggio è vario: la regola può essere formulata dicendo che un soggetto «può» fare qualcosa (ad esempio «Il proprietario può chiudere in qualunque tempo il fondo»: art. 841) oppure che «ha diritto di» (ad esempio «il proprietario ha diritto di godere e disporre della cosa»: art. 832). Almeno due diversi concetti sono invece necessari per descrivere la situazione della persona che può tenere un determinato comportamento.

Va chiarito anzitutto che il verbo «potere» non ha un solo significato: anche nel linguaggio corrente, la frase «Tizio può fare questo e quest'altro» indica talora che a Tizio è *consentito* di comportarsi in quel certo modo, talora invece che Tizio è *in grado* di fare certe cose, *riesce a produrre* certi risultati. Noi italiani abbiamo qualche difficoltà a percepire immediatamente questa distinzione perché disponiamo di un unico verbo «potere»; in altre lingue esistono due verbi differenti che corrispondono al nostro «potere»: il tedesco ha *dürfen* e *können*, l'inglese ha *may* e *can*; in entrambi i casi, il primo verbo esprime l'idea di avere la libertà o il permesso di comportarsi in un certo modo, il secondo invece l'idea di avere la capacità, la possibilità di ottenere un risultato. Noi possiamo esprimere le due idee con chiarezza usando le perifrasi: avere la facoltà o avere il potere.

Nel linguaggio giuridico compare un'analogia distinzione.

In certi casi, l'espressione «può», o altre simili, è usata per indicare che una certa condotta è *lecita*, cioè è consentita. Dal momento che tutto ciò che non è vietato o obbligatorio è *lecito*, quella particolare indicazione serve soprattutto nei casi in cui il legislatore vuole indicare che *solo* una certa persona può, *solo* a una certa persona è lecito, oppure per stabilire, indirettamente, i limiti di ciò che una persona può fare (così p. es. negli artt. 981 e 1021).

Noi diciamo, in questi casi, che una persona «ha la facoltà» di comportarsi nel modo indicato. Diciamo, per esempio, che il titolare di un diritto d'uso (art. 1021) ha la *facoltà di usare* la cosa; di *facoltà di godere* parliamo con riguardo al proprietario, anche se la legge preferisce, nell'art. 832, l'espressione «ha il diritto».

Facoltà è dunque la *situazione del soggetto che può lecitamente compiere un atto* (al quale è lecito tenere il comportamento descritto dalla norma).

In altri casi, però, l'espressione «può» ha un significato diverso. Cosa significa, per esempio, dire che il proprietario può vendere la sua cosa? Non solo che gli è *consentito* di vendere (ne ha la *facoltà*), ma anche che, se vende, *trasferisce* la proprietà delle cose, cioè *produce l'effetto* cui il suo atto è diretto: è questo un **potere**, che la legge gli riconosce.

Potere è dunque la *situazione del soggetto che può efficacemente compiere un atto* (al quale è dato cioè di produrre determinate *conseguenze giuridiche*).

Facoltà e *potere* sono dunque due concetti diversi: il primo indica la posizione di chi può compiere *lecitamente* un atto, il secondo la posizione di chi può compiere *efficacemente* un atto.

3. (segue) Soggezione e onere.

Due situazioni giuridiche devono essere distinte dall'obbligo: l'onere e la soggezione.

L'onere

Non sempre le norme giuridiche *impongono* un comportamento (lo qualificano, cioè, come dovuto o vietato). In alcuni casi, la regola si limita a stabilire che un certo risultato può essere ottenuto solo da chi terrà (senza esservi obbligato) un certo comportamento: la situazione del soggetto si chiama allora, non obbligo, ma **onere**.

Consideriamo come esempio l'art. 2697, intitolato all'*onere* della prova. Dice questo articolo che «*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*». La regola rispecchia un principio molto importante: nel processo civile non è il giudice che deve cercare le prove, ma sono le parti interessate a dovergliene fornire. Allora, per esempio, se io *voglio* far valere in giudizio il mio diritto alla restituzione di una somma di denaro che ho prestato, «*devo*» provare che il prestito è avvenuto.

L'onere, come *situazione giuridica elementare*, non si deve confondere con l'*onere testamentario* o con l'*onere imposto al donatario*: si tratta, in quel caso, di *obblighi* veri e propri, che nascono da una clausola, detta anche «*modus*», che limita i benefici di un atto di liberalità (v. cap. 45 e 46).

La soggezione

Usiamo il termine **soggezione** per indicare la situazione di un soggetto che, *senza essere obbligato* a un determinato comportamento, *subisce le conseguenze* dell'esercizio di un potere altrui.

Il termine nasce per descrivere la posizione di chi è *soggetto* a un'autorità altrui: per esempio, la posizione dei figli minorenni nel rapporto con i genitori. La persona investita dell'autorità può prendere decisioni e compiere atti per la persona «soggetta» all'autorità, la quale, semplicemente, ne subisce gli effetti. La posizione di autorità si configura così come una supremazia, cui altri è soggetto e che nella tradizione ha nome di potestà: potestà dei genitori, ma anche ad esempio (in passato) potestà del medico verso il paziente.

Da questo modello, il concetto di *soggezione* viene esteso a casi, in cui non c'è una subordinazione ad un'autorità o potestà altrui, ma il soggetto è comunque «esposto» alle conseguenze dell'esercizio di un altrui potere. Per esempio, l'art. 874 prevede il caso in cui un proprietario abbia costruito sul confine, e attribuisce al vicino il potere di chiedere (e, se esistono i presupposti, determinare) la comunione del muro. La posizione del primo proprietario, che *subisce* le conseguenze della richiesta, è di *soggezione*.

L'esercizio del potere cui una persona è soggetta può far nascere degli *obblighi* a suo carico: ma altro sono queste conseguenze, altro è la *soggezione* in sé e per sé.

4. Il diritto soggettivo.

Un termine dominante nel linguaggio giuridico è «diritto»; il *diritto* di proprietà, il *diritto* di credito, i *diritti* reali, il *diritto* di voto, il *diritto* all'immagine, il *diritto* agli alimenti, il *diritto* sul proprio corpo.

In linea molto generale, possiamo dire che la parola «diritto» è impiegata per indicare la *situazione giuridica di un soggetto* alla quale una o più norme assicurano la *possibilità di soddisfare un certo interesse* economico o morale; si parla perciò di **diritto soggettivo**: il concetto di diritto, così usato, riassume il contenuto delle norme dal *punto di vista del soggetto*.

In passato, si è tentato di dare una sola definizione di **diritto soggettivo** che si adattasse a tutti i diversi casi in cui questa espressione viene usata. Nel corso del tempo, si è dapprima definito il diritto soggettivo come «*facoltà di agire*» sul modello della proprietà, in cui si vedeva il proprietario come colui che ha la facoltà di godere e disporre pienamente e liberamente della cosa. Si è poi accentuato l'aspetto della *pretesa*, valorizzando il modello del credito, in cui un soggetto – il creditore – ha il *potere di esigere* da un altro – il debitore l'adempimento.

Il problema della definizione

In realtà, una definizione unitaria di «diritto soggettivo» è problematica per due ragioni.

Varietà di contenuti del «diritto»

a) Da un lato, si sono *moltiplicate* le situazioni in cui si parla di «diritto soggettivo»: prerogative nuove, lontane dai modelli della proprietà e del credito, di contenuto assai vario; esse mostrano il *diritto* ridursi, in certi casi, al *potere di chiedere al giudice* la cessazione di un abuso altrui (come nel diritto al nome); in altri casi, sia lo schema della *pretesa* sia quello della *facoltà* sembrano del tutto insufficienti (per esempio, nel «diritto alla salute»).

b) Dall'altro, anche nei diritti «classici», come la proprietà o il credito, si è mano a mano valorizzata la complessità della situazione.

La proprietà non è solo *facoltà* di usare e *potere* di escludere gli altri, ma anche *dovere*: lo stesso art. 832 fa menzione degli *obblighi* stabiliti dalla legge; gli articoli seguenti del codice civile ne dispongono alcuni (artt. 836 e ss.); la Costituzione impone un uso della proprietà conforme alla sua funzione sociale (art. 42 Cost.) e, nell'iniziativa economica, un impiego conforme alla dignità della persona (art. 41 Cost.).

La posizione di creditore non è solo *pretesa* e *potere* ma anche *obbligo*: obbligo di correttezza (art. 1175), obbligo di collaborare con il debitore perché possa eseguire la prestazione (artt. 1206 e ss.) ecc.

È evidente insomma che il concetto di diritto soggettivo non indica posizioni sempre eguali; qualche volta si riferisce a situazioni in cui prevale l'aspetto della libertà di agire, o della *facoltà*, altre volte a posizioni in cui predomina il *potere*, altre volte a complesse posizioni che comprendono *facoltà*, *poteri*, e anche *doveri*.

Una definizione unitaria è tuttavia possibile, perché due aspetti sono presenti in tutti i casi nei quali si parla di «diritto soggettivo»:

Aspetti comuni ai vari diritti soggettivi

a) l'attribuzione di un **potere** – o come *potere di pretendere* un comportamento altrui, o come *potere di impedire* altrui interferenze, o almeno come *potere di rivolgersi al giudice* per la tutela del proprio interesse;

b) lo *scopo immediato e diretto* di tutelare l'**interesse** del soggetto, cui quelle prerogative sono conferite.

Si può quindi ritenere una definizione *accettabile* di diritto soggettivo la seguente: si parla di **diritto soggettivo** quando la legge attribuisce a un soggetto un *potere per la tutela primaria e diretta del proprio interesse*.

5. L'interesse legittimo nel diritto privato.

Nel diritto pubblico si parla di «**interesse legittimo**» per indicare quelle situazioni in cui l'attribuzione di un *potere* ad un soggetto non avviene in vista di una protezione dell'interesse del titolare, immediata e diretta, ma ne garantisce una protezione *mediata*, dipendente cioè dalla *coincidenza* dell'interesse particolare con quello generale, che si vuole per questa via realizzare.

Il concetto non può essere adeguatamente illustrato in poche righe. Ci limitiamo qui ad un semplice esempio: una persona partecipa a un concorso pubblico, nel quale la commissione non prende in considerazione uno dei «titoli» che devono essere valutati ai fini del punteggio. C'è qui la coincidenza di due interessi: l'interesse pubblico allo svolgimento rigoroso e corretto dei concorsi, e l'interesse del singolo che è stato privato del punteggio. L'ordinamento attribuisce al singolo interessato il *potere* di mettere in moto vari meccanismi di controllo sull'attività della commissione, diretti a porre rimedio alla violazione della legge, o ad altri difetti dell'attività compiuta; ma considera questo *potere d'iniziativa* come uno strumento per assicurare, prima di tutto, l'interesse generale alla legittimità e correttezza dell'amministrazione.

Chi agisce per la tutela di un interesse legittimo deve rivolgersi, anziché al *giudice ordinario*, agli organi della *giurisdizione amministrativa*.

Nell'ambito del diritto privato va ricordato però, che la lesione di un interesse legittimo può dar luogo alla pretesa di *risarcimento del danno* a norma dell'art. 2043 (Cass., n. 500/1999), pretesa che si fa valere davanti al giudice ordinario: se ne parlerà nel capitolo 30.

Una situazione di struttura per qualche aspetto *paragonabile* a quella dell'interesse legittimo si ritrova, nei rapporti di diritto privato, quando un potere di iniziativa viene attribuito a una persona non per la tutela immediata di un suo particolare interesse, ma per un interesse collettivo al rispetto di certe regole (v. al riguardo il cap. 7, par. 4): così, è attribuito ai congiunti, e a chiunque vi abbia un legittimo interesse (art. 119) il potere di impugnare il matrimonio concluso da un interdetto per infermità di mente; egualmente, per far dichiarare la nullità di un contratto può agire «chiunque vi abbia interesse» (art. 1421). Nel diritto privato, però, la distinzione non ha la conseguenza di una diversa giurisdizione: e perciò ha minor valore pratico.

6. Ufficio o funzione.

Ben distinte dal diritto soggettivo sono, anche nell'ambito privatistico, quelle posizioni in cui si combinano insieme *potere e dovere* e che possono comprendersi tutte nell'idea di **funzione** o **ufficio** di diritto privato. Funzione o ufficio

In contesti tra loro molto diversi accade che un soggetto sia investito di un potere che gli è affidato non per la tutela di un proprio interesse ma perché egli persegua e curi un interesse altrui. Così è, ad esempio, per i poteri attribuiti ai *genitori* per curare l'interesse del figlio minore (art. 320); per i poteri attribuiti al *tutore* di un minore o di un interdetto (art. 357); per i poteri attribuiti al *curatore del fallimento* (artt. 27 e ss. r.d. 16 marzo 1942, n. 267, c.d. «legge fallimentare»); per i poteri attribuiti a varie figure come il *curatore dei beni di una persona scomparsa* (art. 48), il *curatore dell'eredità giacente* (artt. 528 e ss.), il *curatore dell'eredità accettata con beneficio di inventario* (art. 508).

Questo scopo, con cui la legge caratterizza l'attribuzione stessa del potere, ha due conseguenze:

a) che l'attività giuridica *oggetto del potere* è anche *oggetto di un dovere*: il titolare *può e deve*, al tempo stesso, compiere tutti gli atti che sono opportuni per curare l'interesse a lui affidato;

b) che il potere stesso è *vincolato allo scopo*, cioè ogni atto di esercizio del potere che si discosti dallo scopo fissato dalla legge costituisce un **abuso** (v. avanti, fine capitolo).

Vi sono casi nei quali la funzione o l'ufficio attribuito ad un soggetto ha un contenuto tale che il rapporto con l'interessato perde quei caratteri di parità che sono propri di ogni rapporto di diritto privato, e assume invece i connotati della **autorità**. Autorità

Il caso più evidente è quello dei *genitori*: essi sono investiti, nei confronti dei figli minorenni, di un potere-dovere di cura della persona e degli interessi del minore (artt. 30 Cost. e 147 cod. civ.), che comprende in sé anche aspetti di *autorità*: il genitore può *assumere decisioni* nell'interesse dei propri figli e in certi limiti *disporre*, senza il loro consenso, dei loro interessi. Questo aspetto era considerato in passato la cifra stessa della posizione giuridica del genitore, veniva qualificato nel suo insieme come «potestà genitoriale». Si vedrà oltre (capp. 6, 44) come questa concessione sia superata, al punto che lo stesso termine «potestà» è stato cancellato dal linguaggio legislativo e sostituito con «responsabilità» genitoriale. La posizione dei genitori è il modello su cui si costruisce anche l'autorità del *tutore*, sia nel caso di minori privi di genitori che possano esercitare la loro responsabilità, sia nel caso degli infermi di mente che siano stati interdetti e sottoposti a tutela (v. art. 357).

7. Diritti assoluti e relativi.

La categoria dei diritti soggettivi è varia – come abbiamo visto – perché gli *interessi* che il diritto protegge sono di varia natura; anche gli *strumenti* di protezione sono dunque diversi tra loro, in funzione del tipo di interesse che sono diretti a tutelare.

Ci sono però degli schemi-base, dei modelli fissi, che è bene saper distinguere.

Una prima, utile distinzione è quella tra **diritti assoluti** e **diritti relativi**.

I primi sono quelli che si possono *far valere verso chiunque* (come si diceva in latino, *erga omnes*, cioè verso tutti); diritti relativi invece sono quelli che si fanno valere solo *nei confronti di determinati soggetti*.

Proprietà e
diritti reali
limitati

Abbiamo già visto, per esempio, che quando una cosa è in **proprietà** di una persona, tutti gli altri hanno il dovere di astenersi dall'utilizzare la cosa, e da turbare il libero uso e godimento del proprietario: il quale può pretendere da chiunque il rispetto di questo dovere.

In questo senso, si considerano «assoluti», sul modello della proprietà, anche gli altri diritti che attribuiscono al titolare facoltà e poteri di vario contenuto, aventi ad immediato oggetto una cosa: è la categoria dei **diritti «reali»**, che comprende, oltre alla proprietà, i diritti sulle cose altrui, come l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, le servitù ecc. (c.d. **diritti reali limitati**).

I diritti della
persona

Diritti assoluti sono, poi, quei diritti che proteggono la **persona**, come il diritto alla vita, all'integrità fisica (art. 5), al nome (artt. 6-9) all'immagine (art. 10) alla vita privata, e in genere tutti i diritti della *personalità* (salvo quanto si dirà più avanti).

Anche qui è facile comprendere che, proprio per la natura degli interessi protetti, il diritto si faccia valere nei confronti di tutti i consociati.

Il credito

In altri casi invece, il diritto soggettivo è lo strumento per proteggere un interesse la cui soddisfazione può essere assicurata solo attraverso il *comportamento* di una determinata persona, o di determinate persone: il diritto consiste allora, fondamentalmente, in una *pretesa* verso l'obbligato, e solo verso di lui può essere fatto valere.

Questo schema si realizza anzitutto nei **diritti di credito**, il cui aspetto essenziale si può vedere nella *pretesa a una «prestazione»* che si possa valutare dal punto di vista economico: come il diritto al pagamento di un debito in denaro, o il diritto all'esecuzione di un'attività, ecc.

Diritti personali
relativi

Ma anche *diritti non-patrimoniali* hanno questa struttura: così, per esempio, il diritto di ciascun coniuge alla collaborazione dell'altro (art. 143).

Quanto ai *diritti della personalità*, essi assumono un *contenuto specifico*, come diritti *relativi*, quando si fanno valere *all'interno di un rapporto* tra particolari soggetti: come, ad esempio, tra marito e moglie, tra genitori e figli, tra datore di lavoro e lavoratore.

8. Diritti potestativi.

Da un altro punto di vista, possiamo notare che la distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi non copre tutta l'area dei diritti soggettivi.

Vi sono casi in cui ad un soggetto è attribuito un *potere* a cui *non corrisponde un obbligo*, ma una *soggezione*: vale a dire che il titolare, esercitando il suo potere, non fa valere una pretesa, ma determina direttamente una modificazione, a proprio vantaggio, nella situazione giuridica della controparte.

Gli esempi sono numerosi. Esercita un **diritto potestativo** il proprietario di un fondo, che chiede la comunione del muro di confine (art. 874); quella il comproprietario che *chiede la divisione* del bene comune (art. 1111); il contraente che esercita il *diritto di recesso* dal contratto (p. es. dal contratto di lavoro, dal contratto di locazione, ecc.); il coltivatore diretto o il conduttore di immobili non abitativi che esercitano il *diritto di prelazione* (cioè di essere preferito) per l'acquisto del fondo agricolo o dell'immobile; questi stessi soggetti, quando esercitano il *diritto di riscatto* della proprietà del bene venduto in violazione della prelazione; eccetera.

Si è creduto di vedere una certa analogia tra queste posizioni, e quella di chi ha una supremazia, una *potestà* sopra un'altra persona: la somiglianza starebbe in ciò, che il titolare del diritto, in questi casi, *ha il potere di determinare un mutamento della situazione giuridica, che l'altra parte subisce*. Di qui il nome «**diritto potestativo**». Ma le due situazioni sono totalmente diverse, perché l'idea di potestà – oggi desueta – implicava sempre una relazione di autorità, che non è propria del diritto potestativo.

La nozione
di diritto
potestativo

Non sempre il diritto potestativo si può esercitare ad arbitrio. In certi casi, c'è un **onere** da adempiere per ottenere il risultato (così, abbiamo visto, nell'art. 874). In altri casi, nell'interesse di chi *subisce* l'esercizio del diritto, si stabilisce un limite all'arbitrio: la **giusta causa** (così nel recesso del datore di lavoro, art. 1, l. 15 luglio 1966, n. 604, o nell'espulsione di un socio dall'associazione, art. 24) o un criterio di oggettiva **necessità** (così per il locatore di immobile non abitativo che voglia rifiutare di rinnovare il contratto alla prima scadenza: art. 29, l. 27 luglio 1978, n. 392).

I limiti

9. L'obbligazione.

Si è accennato poco sopra al contenuto essenziale del *diritto di credito*: il *potere di esigere una prestazione* da parte del *debitore*. Quest'ultimo *deve* tenere il comportamento a cui è obbligato; si trova perciò in una situazione di *dovere* o di *obbligo* (debitore *qui debet*, che deve).

Il vincolo, da cui è gravato il debitore verso il creditore, si chiama «*obbligazione*»: è un concetto complesso, che sta alla semplice posizione di obbligo come la nozione di «diritto» soggettivo sta alle più semplici nozioni di facoltà e potere.

Ciò che distingue l'**obbligazione** è anzitutto l'*oggetto dell'obbligo* imposto al debitore: la lettura degli artt. 1174 e 1175 ci informa infatti che di obbligazione si parla quando *un soggetto è tenuto a una prestazione*, cioè a un comportamento diretto a soddisfare l'interesse di un altro soggetto; questa prestazione «*deve essere suscettibile*

Caratteri
dell'obbligazione

di valutazione economica», anche se l'interesse, che si tratta di soddisfare, non è in sé e per sé di natura patrimoniale.

Da questo punto di vista, l'obbligazione ci appare come una *particolare specie di obbligo*, che si caratterizza per l'oggetto (la prestazione).

Il termine «*obbligazione*» però, serve a indicare più ampiamente *tutta la posizione* del debitore, che è, come quella del creditore, una posizione complessa, la quale comprende anche *poteri*, come il «diritto alla quietanza» (art. 1199), o il potere di rifiutare la remissione del debito (art. 1236) ecc.

Obbligazione
come rapporto
obbligatorio

Ma non basta. Il termine *obbligazione* è usato nel codice per indicare l'intero **rapporto** tra debitore e creditore, e da questo punto di vista ha un significato ancora più ampio, che comprende le *due* posizioni, già complesse, del *debito* e del *credito*: così nell'art. 1173, che stabilisce da quali fatti nasce una obbligazione (le cosiddette «fonti» dell'obbligazione).

10. La titolarità. La successione.

«Titolarietà»
e «titolo»
d'acquisto

La *relazione di appartenenza* di un diritto o di un obbligo ad un soggetto si esprime con il concetto di **titolarietà** del diritto o dell'obbligo; il soggetto, cui il diritto o l'obbligo «appartiene», ne è il **titolare**.

Queste espressioni si comprendono meglio a partire dal concetto di **titolo** d'acquisto. *Titolo* è la «fonte» dell'acquisto, cioè la fattispecie che ha per conseguenza l'acquisto del diritto o dell'obbligo.

Il titolo influenza la *disciplina* del diritto o dell'obbligo. E anzitutto, è essenziale stabilire se l'acquisto è avvenuto a *titolo originario* o a *titolo derivativo*.

Acquisti a
titolo originario

Acquisto a titolo originario significa che il diritto si costituisce, in capo a una persona, *senza* dipendere dalla posizione di un precedente titolare. In certi casi – come per esempio nell'acquisto della proprietà sugli animali nella pesca o nella caccia (art. 923, comma 2°) – non c'è neppure un precedente titolare; in altri – come per esempio nell'acquisto della proprietà di una *cosa smarrita* – il precedente titolare c'è, ma il diritto si costituisce in capo all'acquirente *senza* connessione o dipendenza rispetto a quello del vecchio proprietario. Questo è anche il caso dell'*usucapione*, in cui la proprietà di una cosa si acquista per effetto di un effettivo possesso esercitato per un lungo periodo di tempo (artt. 1158 e ss.).

Acquisto a titolo derivativo significa invece che il diritto dell'acquirente *ha fonte* nel diritto del precedente titolare, e perciò la sua esistenza e i suoi limiti *dipendono* dall'esistenza e dai limiti di questo.

L'acquisto a titolo derivativo segue due principi-base:

► *nessuno può trasmettere a un'altra persona più di quello che ha*: se il mio diritto è limitato, con gli stessi limiti spetterà al mio acquirente (*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*);

► *se viene meno il diritto dell'alienante, viene meno anche il [titolo del] diritto dell'acquirente (resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis).*

Entrambi i principi hanno eccezioni, perché spesso occorre proteggere chi acquista, soprattutto se in buona fede, contro le eventualità che il diritto dell'alienante manchi o sia limitato.

L'acquisto di un diritto è derivativo non solo quando all'acquirente si *trasmette* lo stesso diritto che aveva il dante causa (**acquisto derivativo traslativo**: come quando io compero una cosa e la proprietà «passa» dal venditore a me), ma anche in quei casi in cui in capo all'acquirente si costituisce un diritto nuovo, che però *ha fonte* nel diritto dell'autore (per esempio, se io proprietario costituisco a favore di mio figlio un diritto di usufrutto, e mantengo la c.d. «nuda» proprietà: **acquisto derivativo costitutivo**).

Un linguaggio particolare viene usato nel codice, e con più frequenza dai giuristi per indicare le due parti della vicenda traslativa: «*dante causa*» o «*autore*» (artt. 1146, comma 2°, 1154, 2644, comma 2°) è chiamato chi trasmette ad altri il proprio diritto, e «*avente causa*» (artt. 73, 534, 557, 563) è chiamato chi acquista da altri un diritto.

L'avente causa si chiama anche *successore* e l'acquisto a titolo derivativo *successione* nel diritto.

Il termine **successione** ha però un ambito più vasto; non si riferisce solo ai diritti (come più comunemente avviene per le distinzioni prima spiegate) ma anche agli obblighi. *Succedere* significa, alla lettera, venir sotto, come fa una persona che prende un carico sulle spalle; è un significato interessante anche per noi, se ricordiamo ancora come si usi dire che un diritto o un obbligo «stanno in capo» a un soggetto. *Succedere* significa, in questo modo, sostituire un «portatore» precedente: *subentrare*, dunque, *a un precedente titolare*. **Successione**, in generale, è quindi ogni *sostituzione di un soggetto a un altro come titolare* di un diritto o di un obbligo: essa indica la *continuità* del rapporto giuridico attraverso il mutare dei titolari.

Successione

Quando si parla, al plurale, delle «*successioni*» (come nel titolo del Libro II del cod. civ.) ci si riferisce però a una particolare ipotesi di successione, quella che si verifica *a causa di morte*; si parla invece di successione *fra vivi* ogni volta che, per atto tra vivi (soprattutto per *contratto*), una persona succede a un'altra in un rapporto giuridico.

La successione – cioè questo fenomeno di sostituzione – può essere **a titolo universale** o **a titolo particolare**. La prima si verifica a causa di morte, con la successione dell'erede nell'*universalità* (di qui il nome) dei diritti e degli obblighi che spettavano al defunto: cioè nella totalità del patrimonio o in una quota di esso.

Titolo universale e titolo particolare

Unico caso simile nell'ambito delle successioni tra vivi è quello della *fusione di società* (artt. 2501 e ss.). Ogni altra successione tra vivi, e la successione a causa di morte del legatario, è invece *a titolo particolare*: cioè riguarda uno o più rapporti giuridici determinati.

11. L'estinzione di diritti e obblighi. La rilevanza del tempo.

In alcune delle ipotesi considerate nel paragrafo che precede, accadeva che un soggetto, investito della titolarità di un diritto o di un obbligo, cessasse di essere titolare e venisse sostituito da un successore: aveva termine la titolarità di un soggetto, ma continuava, con altro titolare, la «vita» della situazione giuridica.

Ipotesi ben diversa è quella, in cui lo stesso diritto o obbligo *si estingue*: le facoltà, i poteri, i doveri di cui un certo soggetto era titolare vengono meno definitivamente.

Diversi fatti possono determinare l'estinzione di un diritto o di un obbligo. Un diritto (e l'obbligo correlativo) può cessare di esistere per **rinunzia** del titolare – purché si tratti di un diritto disponibile. La proprietà di un bene mobile può cessare di esistere per **abbandono** (rinascerà, a titolo originario, in capo a chi *occupi* la cosa abbandonata).

Per molti diritti o obblighi, l'estinzione può essere funzionale allo scopo stesso per cui il diritto nasce. Il credito nasce, ad esempio, per assicurare al creditore la soddisfazione di un certo interesse (ricevere in pagamento una somma, o vedere adempiuta una diversa prestazione); quando ciò avviene, il diritto si estingue.

Può essere poi dovuta a vicende che fanno venire meno la ragione d'essere del diritto (per esempio, sempre nel credito, la prestazione diventa impossibile) o che cancellano il «titolo» stesso d'acquisto (per esempio, il contratto viene annullato) o che, secondo la legge, rendono improseguibile il rapporto, che viene perciò sciolto (si pensi allo scioglimento del contratto, o, in campo personale, al divorzio che fa cessare i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio).

Ma per questi aspetti, si deve fare rinvio alle altre parti del corso.

La durata
delle situazioni
giuridiche

Qualche considerazione va fatta invece per quanto riguarda la possibilità, che una situazione giuridica sia o meno destinata a estinguersi con il *passaggio del tempo*: riguardo cioè alla «durata» dei diritti e degli obblighi.

Vi sono diritti che durano quanto la persona a cui sono attribuiti. Si pensi ai *diritti fondamentali* che non richiedono una particolare fattispecie costitutiva; essi *si acquistano con la nascita*, o con lo sviluppo di *capacità naturali* di intendere e volere, e si estinguono *solo con la morte* del titolare. Così avviene per il diritto alla vita e all'integrità fisica, per il diritto alla dignità, all'onore, alla riservatezza, alla libera manifestazione del pensiero, eccetera. Alcuni di questi diritti spettano anche a enti diversi dall'uomo (v. avanti, cap. 6): essi si estinguono solo con l'estinzione dell'ente.

Altri diritti personali, come quello al *nome*, possono sorgere o estinguersi per vicende particolari, che ne costituiscono il *titolo*: ad esempio, la donna acquista, con il matrimonio, il diritto o il dovere di portare anche il cognome del marito; tale diritto si estingue per effetto di annullamento del matrimonio o di divorzio.

Nel campo dei *diritti patrimoniali*, la durata del diritto o dell'obbligo è pure soggetta a regole diverse.

Carattere *perpetuo* si riconosce tradizionalmente, nel nostro sistema, alla proprietà. L'ipotesi di una proprietà temporanea – limitata nel tempo da un *termine finale* – si esclude in quanto sarebbe incompatibile con la natura di quel diritto – che è

per definizione, come diremo, «pieno» ed esclusivo – e con il principio di «libertà dei beni», che rende nulla l'imposizione di vincoli al proprietario, quali deriverebbero dalla necessità di conservare per restituire.

Carattere temporaneo possono avere invece gli altri diritti sulle cose; e anzi, alcuni *debbono* essere limitati nel tempo: così l'usufrutto, che non può durare più della vita dell'usufruttuario (o più di trent'anni se si tratta di persona giuridica: art. 979).

Per quanto riguarda le *obbligazioni*, la durata del rapporto può essere limitata ad un determinato periodo di tempo, stabilito dal *titolo d'acquisto*: si pensi a una locazione stipulata per un certo numero di anni con contratto «a tempo determinato»; la scadenza del *termine* ha per effetto l'estinzione dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto, salvo che il contratto non sia rinnovato espressamente o tacitamente. Altri rapporti possono avere una durata indeterminata nel tempo, nascere cioè da contratti *a tempo indeterminato*, nei quali però è regola che ciascuna delle parti possa recedere, almeno per una giusta causa: non si ammette perciò l'assunzione di un'obbligazione *perpetua*, che non possa cioè estinguersi nel tempo, e che costituirebbe un «vincolo» perpetuo sul patrimonio del debitore.

Da un diverso punto di vista, il *tempo* diviene un *elemento* rilevante ai fini dell'estinzione dei diritti nella **prescrizione** e nella **decadenza**: istituti dominati dall'esigenza di certezza che è propria degli strumenti di «tutela dei diritti» (ne parleremo al cap. 8).

12. Altre posizioni protette: interessi diffusi, aspettative, situazioni di fatto.

Il catalogo delle situazioni soggettive va completato con un cenno a quelle posizioni che non hanno una struttura definita, né una generale protezione, ma che possono attribuire ad un soggetto in determinate circostanze un «rimedio» a tutela del proprio interesse.

Vi sono anzitutto interessi che non fanno capo a singoli determinati individui né ad un gruppo definito di persone, ma che sono piuttosto riferibili a intere categorie, a classi sociali, o a collettività non delimitate, come i consumatori, le donne, i lavoratori, gli abitanti di una certa zona: **interessi** dunque **diffusi** nella società.

Interessi diffusi

La protezione di questi interessi con gli strumenti del diritto privato trova ostacolo appunto nell'indeterminatezza del soggetto, cioè nella difficoltà di individuare un «esponente» del gruppo sociale interessato, e di considerarlo come titolare di poteri in senso tecnico per la tutela di un interesse che investe, in realtà, tutta la «classe» rappresentata. In particolare, la questione si concentra su due aspetti:

a) il potere di attivare la tutela giudiziale e amministrativa dell'interesse eventualmente lesa: in sintesi, la *legittimazione ad agire*.

b) il contenuto della tutela, cioè la possibilità di sacrificare, a favore dell'interesse diffuso, più definiti interessi individuali o di gruppo: e ciò sia con l'*inibitoria* delle attività che ledono l'interesse diffuso, sia con il *risarcimento del danno*.

Ciascuno di questi profili merita una specifica attenzione. Rinviamo perciò, riguardo al primo, al cap. 8 (Azione e tutela degli interessi) e riguardo al secondo, al cap. 30 (Antigiuridicità del danno).

Aspettative

Un'estensione del catalogo delle situazioni protette si ha poi quando si ha riguardo alle situazioni *in formazione*.

L'acquisto di un diritto soggettivo si collega talvolta ad una *fattispecie complessa a formazione progressiva*. Per esempio, se una persona dispone per testamento il lascito di un certo bene a favore di un determinato beneficiario, ma subordina il lascito ad una *condizione* (supponiamo: che riesca a laurearsi con il massimo dei voti), il beneficiario del lascito acquisterà il diritto soltanto se la condizione prevista si avvererà. Tuttavia, dal momento della morte del testatore, si sono già verificati alcuni degli elementi della fattispecie acquisitiva: la morte del titolare e l'esistenza di un testamento che dispone a favore di quel soggetto. Si ha quindi una situazione prodromica, una legittima «attesa» dell'evento finale (nell'esempio: la laurea) che completerà la fattispecie e produrrà l'effetto giuridico. Si parla, in questo caso, di **aspettativa legittima**: per indicare una situazione che è ben distinta da quella che si avrà con l'acquisto del diritto – ancora incerto – ma che richiede tuttavia una qualche protezione proprio perché presenta già alcune *premesse* dell'acquisto del diritto. Si vedrà, a proposito della *condizione*, quali strumenti la legge predispose per la tutela dell'aspettativa.

È invece una pura **aspettativa di fatto** quella che si fonda su eventualità future rispetto alle quali nessun elemento della fattispecie si è definitivamente formato: si tratta di possibilità, prospettive o speranze, non di aspettative in senso proprio. Così, è un'aspettativa di fatto quella della persona che avrebbe titolo a succedere in caso di morte di un'altra, o in base alla legge o in base ad un testamento di cui già consti l'esistenza: il testamento è sempre revocabile, e la sorte può riservare al futuro erede anche le più funeste sorprese (compresa quella di passare a miglior vita prima della persona di cui «aspetta» l'eredità). Queste aspettative non hanno una specifica tutela giuridica.

Il termine «*aspettativa*» è infine usato in dottrina e in giurisprudenza, in senso meno rigoroso, per denotare alcune posizioni che, secondo una favorevole giurisprudenza, danno titolo a una tutela risarcitoria (cfr. avanti, cap. 30). Così, si parla di aspettativa legittima del figlio maggiorenne, che non ha un attuale diritto agli alimenti, a ricevere quelle sovvenzioni che i suoi genitori abitualmente gli corrispondono; o ancora, di aspettativa legittima della convivente *more uxorio* rispetto al sostegno economico o alla collaborazione per i bisogni della famiglia di fatto che riceve dal suo compagno.

Il venir meno di queste aspettative per effetto di un illecito – come nel caso in cui il genitore o il convivente sia vittima di un incidente – costituirebbe «danno ingiusto» risarcibile ai sensi dell'art. 2043; il termine «*aspettativa*» serve a sottolineare che il danneggiato non fa valere un attuale diritto soggettivo ma l'esistenza di una situazione giuridica (come ad esempio un rapporto familiare), o di una situazione di fatto riconosciuta in qualche misura dal diritto (come una convivenza *more uxorio*) dalla quale può attendersi la continuità di determinati vantaggi.

Sul problema della tutela giuridica di **situazioni di fatto**, sembra meglio evitare qui un discorso generale che potrebbe essere fonte di equivoci. Si rinvia quindi a quanto si dirà riguardo al *possesso* (cap. 14) e alla *famiglia di fatto* (cap. 44).

13. L'abuso del diritto (cenni).

In diverse occasioni si è sottolineato come le norme giuridiche attribuiscano poteri e facoltà in vista di uno *scopo*, che consiste sempre nella realizzazione di un interesse, vuoi dello stesso titolare, vuoi di altri soggetti.

Quando un soggetto è investito di un potere per realizzare un interesse altrui – come si è visto, poco sopra, a proposito della *funzione* – si ha un evidente «vincolo allo scopo»: il potere può essere esercitato solo per i fini, in vista dei quali è attribuito; ogni atto non giustificato da questa finalità, e deviante dallo scopo, costituisce **abuso**.

Quando invece l'attribuzione del potere serve a realizzare l'interesse dello stesso titolare, siamo nell'ampio territorio del *diritto soggettivo*. Qui, la relazione tra il potere e lo scopo è molto varia da caso a caso: il diritto può essere, come si usa dire, più o meno *egoista*, a seconda che la legge consideri il titolare più libero di agire – nell'ambito delle sue prerogative – senza alcuna giustificazione, o invece soggetto a limiti nell'interesse del «soggetto passivo» del rapporto, o nell'interesse della generalità.

Naturalmente, esiste in ogni caso un limite, un confine al contenuto stesso del potere: se Tizio, titolare di un diritto, compie atti *non compresi* tra quelli che ha la facoltà o il potere di fare, «esce» dai confini del suo diritto, e dunque commette un illecito o compie atti inefficaci. Ma questo non è abuso del proprio diritto perché il diritto di compiere quegli atti non c'è affatto; abuso è usare male qualcosa che c'è.

Il problema riguarda dunque il controllo sugli atti *che rientrano* nel contenuto della facoltà o del potere: ci si chiede, cioè, in che misura si possa sindacare se l'esercizio del diritto sia «giustificato» dallo scopo di realizzare il legittimo interesse del titolare, o invece sia «deviato» verso scopi diversi (c.d. **abuso del diritto**); e quali possano essere le conseguenze dell'abuso.

In certi casi, la legge dà espressamente una risposta. Si è visto come, in tema di diritti potestativi, si richieda talvolta una *giusta causa*, per il lecito ed efficace esercizio del diritto (sopra, par. 9).

In altri casi, un limite «interno» si ricava dalla funzione stessa del potere. Ad esempio, il rappresentante deve fare l'interesse del rappresentato; se usa il proprio potere per altri fini, cade in *conflitto di interessi*, e i suoi atti non sono validi (art. 1394).

La varietà di contenuto e disciplina dei diritti soggettivi rende impossibile costruire una regola generale, che valga per tutti i casi e che sanzioni in modo eguale l'esercizio del potere «deviante» dallo scopo. L'*abuso del diritto* perciò non è un istituto, né un principio generale dell'ordinamento: è un problema, che ha tante facce e tante soluzioni quanti sono i diritti.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX