Stephan Meder

STORIA DEL DIRITTO
una introduzione

1. Diritto civile, diritto del cittadino e diritto privato

“*Zivilrecht*” (diritto civile) è la traduzione tedesca della parola latina *ius civile* (p. 29), dalla quale si sono diffusi i concetti di diritto del cittadino “*Buergeliches Recht*” e diritto privato “*Privatrecht*” nel linguaggio tecnico. Anche il nome “*Buergeliches Recht*” è preso in prestito dal termine romano *ius civile*. Il diritto del cittadino non costituisce un diritto speciale per i cittadini dato dalla nascita o dallo stato professionale o dal ceto sociale di appartenenza. Dalla Rivoluzione Francese “*Buerger*” (letteralmente *borghese*) viene inteso come *citoyen(cittadino)* e *Buergeliches Recht* (come detto “diritto del cittadino”) viene inteso come il diritto che vale per tutti coloro che fanno parte di una società priva di classi sociali. In questo senso, *Buergeliches* *Recht* e *Zivilrecht* hanno lo stesso significato. Tuttavia, dalla seconda metà del XX secolo, i due concetti si sono distinti e specializzati. Oggi la sfera in cui si utilizza il termine *Buergeliches* *Recht* si limita alle specifiche parti di pandettistica comprese nel codice civile BGB. A ciò appartengono anche i fondamenti dogmatici così come vi appartiene quel grande numero di decisioni, che il legislatore della BGB non ha preso arbitrariamente, ma che sono state lasciate in eredità dalla giurisprudenza e dalla scienza. Al contrario, i campi speciali del *Zivilrecht*, in cui vengono regolate le condizioni di vita di specifici gruppi di individui, vengono separati dal tradizionale *Buergeliches* *Recht*. Così, ad esempio, il diritto commerciale è un diritto speciale per i commercianti, il diritto del lavoro è un diritto speciale che regola i rapporti fra impiegati e datori di lavoro, il diritto economico è un diritto speciale per l’economia industriale, il diritto dei beni immateriali è un campo speciale per i diritti d’autore e per la protezione delle opere. Secondo questa classificazione, il *Buergeliches Recht* sarebbe un settore del *Zivilrecht*- il *Zivilrecht* con significato ampio e il *Buergeliches Recht*, al contrario, come concetto più specifico.

Il concetto di diritto privato (“*Privatrecht*”) è ugualmente di origine romana. Esso ricorda che i romani separarono l’intero tessuto del diritto in due parti fondamentali: *ius privatum* e *ius publicum*. L’amministrazione della giustizia europea è rimasta fedele fino ad oggi alla distinzione fra diritto pubblico e privato. A grandi linee la differenza può essere spiegata come segue: il diritto privato è l’idea europea di quella parte del diritto che regola i rapporti fra gli individui sulla base dell’equiparazione e dell’autodeterminazione. Nel diritto pubblico vengono invece regolati i rapporti dello Stato e di altre formazioni dotate di potere governativo sia con i propri cittadini sia fra di loro. Si potrebbe quindi dire che nel diritto privato in primo piano c’è l’uguaglianza mentre nel diritto pubblico, in primo piano ci sono supremazia e subordinazione. Questa distinzione guadagna ancora in forza di persuasione se paragonata alla differenza fra legge e contratto: le leggi – o in senso più ampio le norme- si distinguono per la caratteristica dell’eteronomia o soggezione, secondo la quale un legislatore diverso dal destinatario della norma impone al destinatario stesso uno specifico atteggiamento sottomettendolo alla legge (*rechtsunterworfenen*). Al contrario, idealmente nel contratto non prevalgono né eteronomia né soggezione, bensì autodeterminazione e autonomia privata.

La delimitazione del diritto privato rispetto agli altri campi del diritto ha generato sempre più difficoltà negli ultimi tempi (approfondimenti in materia da pagina 468 a 471). Essa non è assolutamente di carattere meramente teoretico. Nella prassi, infatti, l’attribuzione di una fattispecie ad una certa sfera del diritto decide quale magistratura ne è responsabile per la valutazione. Così tutte le controversie civili spettano ai tribunali ordinari, o meglio ai tribunali civili (S 13 GVG, legge sul sistema giudiziario). Al contrario, a tutte le controversie di diritto pubblico, purché in forza del loro rango costituzionale non sia già aperta una giurisdizione costituzionale, è concesso il ricorso amministrativo. Uno dei motivi di difficoltà nella distinzione fra diritto pubblico e privato sta nel fatto che la società moderna non si può più comprendere come destinataria di un messaggio condiviso trasmesso attraverso la legge dello Stato. Oggi, in misura crescente, gruppi, associazioni, imprenditori e corporazioni vengono autorizzati a stabilire delle norme, sia autonomamente che in collaborazione con lo Stato. Servono da esempio il diritto societario, quello di associazione o lo *Standersrecht* (l’insieme di tutti i diritti che regolano un certo stato civile) come anche creazioni come gli accordi aziendali, la convenzione tariffaria, le condizioni generali del contratto o anche certi ordinamenti giuridici sovra- o transnazionali (per esempio la *lex mercatoria*). Queste norme sono accomunate dal fatto di non essere state formulate da un legislatore statale, bensì da privati. Per molti di questi regolamenti, ad esempio le condizioni commerciali generali, è controverso capire se si tratta di norme o di accordi. Il dilemma deriva dal fatto che le parti, in questo caso, vengono più spesso trattate dal punto di vista della supremazia e della subordinazione rispetto a quello dell’uguaglianza. Nel diritto privato rientrano, perciò sempre di più anche rapporti giuridici che sono caratterizzati più dall’eteronomia e dalla soggezione rispetto all’autodeterminazione e all’autonomia (privata). Al contrario, nel diritto pubblico, nel momento in cui strutture cooperative o consensuali prendono il sopravvento nella formulazione di una norma, non si potrebbe più parlare di non più che un rapporto di supremazia o subordinazione.