

RIVISTA
DI
DIRITTO AGRARIO

DIRETTA DA
GIANGASTONE BOLLA
della Università di Firenze
FONDATORE

ENRICO BASSANELLI
della Università di Bologna

GIOVANNI CARRARA
della Università di Macerata

PIETRO GERMANI
della Università di Messina

FULVIO MAROI
della Università di Roma

ALFREDO MOSCHELLA
della Università di Ferrara

BRUNO ROSSI
della Università di Modena

INDICE DEL VOLUME XXVIII
1949

a specific maximum one for the landed property (art. 49), a minimum one for the same (minimum productive unity, art. 44). The A. then remarks that the o. m. general maximum limit does not practically affect the agricultural reform; he rallies himself to the conception already derived from the constitutional Chart by Prof. Bolla, according to which land is liable to private property because of its being a productive unity, and he deems that the foundation of the constitutional legitimacy of the said limit should reside in the size of the agricultural concern, economically most convenient for the collectivity. He hence emphasizes the constitutional illegitimacy which would characterise a maximum specific limit fixed to the landed property on the basis of its area, its revenue and its value, and he closes his study by pointing out the potential revenue of the agricultural concern as the constitutionally correct rule for measuring a limit.

CARLO ZACCARO

Assistente nella Università di Firenze.

CONSIDERAZIONI GIURIDICHE
SULL'INTERPRETAZIONE ISTITUZIONALE
DELL'ART. 44 DELLA COSTITUZIONE (*)
(A proposito di un saggio di G. G. Bolla).

Sommario: I. Posizione costituzionale del problema. — II. Il concetto di persona quale valore assoluto e fine deontologico dello Stato democratico. — III. Il bene comune e la teoria delle fonti. — IV. Il regime giuridico dei beni nella Costituzione. — V. Applicazione della teoria istituzionale del Prof. Bolla: diritto di proprietà e poteri del proprietario. — VI. Attività lecita e attività discrezionale. (In nota appendice). — VII. Conclusioni.

I. — E' essenziale per l'opera di chi voglia interpretare le disposizioni costituzionali che riguardano la proprietà, avere presente il tipo di Stato che si è voluto accogliere e concretare in quell'atto giuridico fontale che è la Costituzione. Perchè, se ciò è vero per qualsiasi disposizione o istituto che non può essere interpretato se non nel contesto di tutte

(*) Questo studio è nato dalla meditazione incompiuta ed affrettata del saggio del prof. BOLLA, apparso in questa *Rivista*, 1949, I, 1. Nel complesso tessuto di affermazioni dommatiche che lo caratterizza fortemente, abbiamo cercato di individuarne alcune, le quali consentissero non tanto uno sforzo esegetico assolutamente inutile, quanto il tentativo di porre in luce, da una parte, la loro aderenza al testo costituzionale e allo spirito della Costituzione, dall'altra, la loro fecondità per lo sviluppo dommatico e sistematico del diritto agrario. Se anche la lena non ci è mancata, certamente ci è mancato il tempo, per la ristrettezza del quale l'indagine, più che condotta, è stata abbozzata. Questa premessa spiega anche il fatto per cui non abbiamo creduto opportuno di far continuamente riferimento espresso al saggio esaminato. Nell'affrontare qualche problema ho largamente utilizzato il pensiero del prof. MORTATI, al quale chiedo scusa se ne fosse risultato un abuso e al quale invio il mio ringraziamento.

La Costituzione francese del 1791 aveva creato lo Stato borghese, cioè quel tipo di Stato che aveva assunto la libertà individuale nel senso difettivo di autonomia assoluta come fine dell'ordinamento. Questa concezione era la fedele trascrizione in termini giuridici e costituzionali della metafisica di Rousseau e di tutto l'Illuminismo (7), con una concezione irrealistica della società nella quale gli uomini figuravano non associati organicamente gli uni con gli altri, ma quali atomi staccati. Così che, se merito della Costituzione era l'aver posto in risalto i diritti dell'individuo, concependo l'astrattezza di un uomo sociale e buono per natura, concependo la libertà individuale come autonomia assoluta limitata solo dalla libertà altrui, non ancorata a norme inviolabili di solidità e di giustizia, decretando lo scioglimento e il divieto di tutte le associazioni, economiche, religiose, e negando i diritti a questi organismi sociali nei quali la persona trova il suo naturale perfezionamento, era suo demerito l'averli privati di pratica ed efficace tutela. Non solo, ma essa portava a conseguenze opposte a quelle proposte, quando, dal piano programmatico e speculativo, si scendeva alla vita effettiva dei rapporti sociali (8).

Richiamiamo alcune conseguenze: 1° il principio dell'intangibilità della libertà individuale intesa come unica norma regolatrice del mondo economico portava; a) che lo Stato non avesse alcuna ingerenza nei rapporti dell'economia, i quali erano abbandonati alle leggi stesse dell'economia; b) che la legge dell'interesse individuale era sempre coincidente con quella generale in base al principio dell'armonie prestabilita; c) la legge del minimo salario, quella della libera concorrenza.

Inme *Costituzione e Costituenti* ed. I.C.A.S., Roma 1945, che qui riproduciamo largamente. Vedi anche la lezione di JEAN DARIU della facoltà di diritto di Lovanio *Le Role de l'Etat* nel Volume *Le Catholicisme social face aux grands courants contemporains*. Ed. Chronique Sociale de France-Lyon 1947. Semaine Social de France Paris 34^e Session. Art. fermazioni di ugual contenuto sono già state fatte da questa Rivista Cfr. Grosso, *pre-messa all'interpretazione della impostazione costituzionale della propria anno, 1947, I, pag. 241 e seg.*

(7) CASTIGLIA, *La filosofia dell'Illuminismo* ed. Nuova Italia, pag. 325 e seg.

(8) È stato giustamente osservato (LACTOR, *Roma Padano* 1948) come la dottrina giustizialista sia divisa su questo punto fra due tendenze, una favorevole ad una Costituzione dello Stato per cui questo è inteso come costituito dall'unità corporative inferiori, comunità reali ed organizzate nella cui autonomia esso trova un limite inapprecabile, ed una tendenza centralistica atomistica che, prevalendo, doveva appropinquare in pratica alla distruzione di ogni organismo corporativo e alla necessaria contrapposizione dell'individuo e dello Stato come uniche realtà operanti. Si che alla fine, lo Stato si pone come l'unico organismo sociale che abbia vita autonoma ed originaria e la dottrina giustizialistica conduce dove certo non si proponeva di giungere: ad un'unità-potenza dello Stato concepita come unica fonte di diritto. È evidente però che non si tratta di due tendenze di una stessa dottrina, ma di due dottrine diverse che hanno solo in comune il nome.

2° Il principio conseguente che vietava le associazioni di lavoro, in quanto le corporazioni erano ritenute violare il meccanismo dell'ordine economico, portava alla concentrazione progressiva del capitale e alla formazione di moltitudini di lavoratori espropriati, staccati dal loro strumento di produzione e forniti unicamente della loro merce lavoro che sottostava essa pure alla dura legge della concorrenza e all'altra, correlativa, del minimo salario (9).

Contro questa divisione erronea la reazione è inevitabile ed è quella dello Stato totalitario, nel quale l'individuo ha per scopo supremo di essere membro dello Stato. Il centro di gravitazione sarà spostato dall'individuo allo Stato con la conseguenza, tra le tante, che da un'economia individualista si passerà ad una economia di tipo statale o collettivizzata e comunque, dominata fortemente da piani, programmi, battaglie. Il fine delle nuove Costituzioni non sarà più come nella Costituzione francese del 1791 e in quelle che a lei si ispirarono, l'uomo con i suoi inviolabili diritti naturali di libertà privata e politica, ma sarà la razza, la nazione, la classe, secondo le specificazioni ideologiche dei tipi diversi di Stato totalitario, ai cui fini saranno integralmente subordinata le libertà civili e politiche del cittadino (10).

Ma se l'esigenza che anima queste esperienze, corretta, potrebbe, da un certo punto di vista, essere giustificata, come tentativo di superare le strutture individualistiche dello Stato borghese, non può più essere ammessa, qualora si consideri le profonde irrazionalità e ingiustizie

(9) Sulla convenzionalità e relatività di alcune di queste leggi vedi le suggestive considerazioni del professor DEWTO svolte nella *lezione celebrata del suo ventiquantesimo anno di insegnamento accademico, alla Società Leonardo* e in parte, perché questa lezione non è ancora stata pubblicata, in *Resistenti sul mio tempo* ed. Sansoni, Firenze, 1945, cfr., anche CARNEVALI in *Teoria generale del diritto* ed. Foro Italiano 1940, p. 76. Per un tentativo chiarmente parziale di ricostruzione positiva di tali principi vedi il saggio di DER VECCHIO, *La crisi dello Stato*, raccolto in *Saggi intorno allo Stato*, dove è chiaramente avvertito che la crisi dello Stato moderno sta nell'individuazione dei corpi intermedi; cfr. SARTI BOKANO, *L'ordinamento giuridico*, ed. Sansoni, p. 93. Se ormai è unanime il riconoscimento che la democrazia politica oggi, per essere effettiva, il riconoscimento del diritto di associazione e la democrazia economica, meno unitiva, il riconoscimento della funzione dei partiti come corpi intermedi nello Stato-democratico parlamentare e del loro apporto al superamento di una troppo rigida concezione della divisione dei poteri dal piano politico al piano amministrativo; separazione di funzioni. Mentre questa concezione per l'infalibilità del principio di maggioranza e per la base ideologica dei raggruppamenti politici è mancato nella vita politica francese incapace di creare una camera che consenta al governo di governare, la si ha nel regime parlamentare inglese. Cfr. *Baggi Basso Cronache Sociali* n. 2, anno 1949 e *Costituzione italiana* di cui non abbiamo potuto tener conto perché pervenuti tardi.

(10) HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari 1915 paragrafi 254 e citazioni II Del Vecchio, *op. cit.* pag. 110.

nomia dei privati e dei gruppi e ai loro fenomeni normativi⁽¹⁾. Lo Stato democratico favorisce il processo di produzione giuridica dei corpi intermedi e ne riconosce la loro intrinseca positività.

Si avrebbe sempre un quadro incompleto, e ancora insufficiente per la esatta interpretazione del nostro ordinamento giuridico costituzionale, se non si tenesse presente l'elemento unificatore e non si individuasse il punto di sfocio di tutte le forze normative e dello Stato e delle altre fonti, che come ricche vene di acqua compongono il corpo sociale.

Questo punto unificatore, come operante la sintesi giuridica, è dato dal bene comune; la cui nozione è complementare a quella del diritto. Esso è il fine della persona come dello Stato; e come il bene individuale — la voluntas dell'individuo — non sussiste nel poter agire secondo il capriccio, ma secondo la legge dell'essere, cioè della razionalità, così anche l'attività dello Stato non può essere arbitraria. La legge dell'essere domina sia l'attività del singolo, sia l'attività dello Stato. *Virtus totius civitatis et virtus unuscuiusque est eiusdem naturae.*

La legge dispone in modo razionale le forze tutte sociali di una comunità e quel che ne risulta è il bene comune⁽²⁾.

La legge si distingue dal diritto e S. Tommaso riserva la parola legge alla regola prudenziale promulgata dalla società e la parola diritto a ciò che è conforme alla regola. « Lex non est ipsum ius, proprio loquendo, sed aliquis ratio iuris ».

(1) Per un'applicazione particolare vedi l'interessante studio del prof. BORLA, *Per la tutela e il progresso della proprietà comune del montanaro nel quadro della Costituzione italiana*, estratto dall'*Italia forestale e montana*. Anno III fascicolo N. 6, Novembre-Dicembre 1948 e la bella pagine di introduzione sulla Raccolta delle Conquedimenti agrarie in questa *Rivista*, anno 1947, I, 101 e seg.

(2) Questa affermazione importa l'altra correlativa che la Società è istituzione di diritto, perché la sua organizzazione e il suo scopo sono basati da una legge che è conforme a ragione e quindi giusta. Essa permette di far compiere un passo avanti alla teoria istituzionalista che ha avuto il grande e fondamentale merito di debellare l'affermazione positivista del diritto come opera esclusiva dello Stato, la quale in definitiva avallava i regimi totalitari, perché mai poteva porsi il problema di una coesistenza tra il potere legislativo dello Stato e le altre fonti normative, « vive e perenni » del diritto che sono gli individui e i gruppi sociali. Per una critica alla concezione del RENARD, *La théorie, op. cit.*, cfr. ROBBIO *Istituzione e diritto sociale* (Renard e Gurwitsch) in *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, anno 1936, parte IV e ORGONE, *Su Giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, p. 870. La dottrina per la quale « è capace di produrre il diritto ciascuna comunità organica » (ГЕНАКС - *Deutsche Rechtswissenschaften*, pag. 119, 120, cit. dal ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 107, è riconosciuta dal ROMANO, enunciata per primo dal ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Milano, 1843, II, pag. 9, 10, che aveva affermato: « Per diritto sociale noi non intendiamo, come si suole, il diritto della sola società civile, ma di ogni società. Ogni possibile società ha il suo diritto ».

L'ius, poi, est obiectum iustitiae. (2a, 2ae, 57,1).

La riduzione del concetto di diritto a quello di giustizia, già operata dalla scienza romanistica⁽¹⁾, importa che « illud enim in opere nostro dicitur esse iustum quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri ». Accolta tale riduzione, la filosofia dell'essere intende la giustizia come la virtù che dà o inclina a dare a ciascuno quanto gli spetta. Gli elementi si possono così elencare:

1°) l'attività esteriore come oggetto materiale della giustizia.
2°) l'alterità e l'egualianza che ne costituiscono le note formali.
L'oggetto materiale della giustizia è l'attività esteriore. « Praecipue attenditur quod homo externis operatur ». L'etica generale, in fatti, abbraccia l'attività umana nella sua interiorità e nella sua esteriorità. La materia della giustizia abbraccia una parte dell'etica generale: solo le azioni esteriori (Summa 2a 2ae q58 a 82 la materia della giustizia non est circa totam materiam virtutis moralis, sed solum circa actiones exteriores et res secundum quandam rationem obiecti specialem, prout sollicit secundum eas unus homo alteri ordinatur). Ed anche come attività esteriore ha i caratteri dell'eticità, perché per la filosofia dell'essere l'etica consiste nella razionalità dell'agire.

Le note formali sono l'alterità e l'egualianza. L'azione umana esterna riguarda la giustizia solo in quanto è ordinata ad altro: « in quantum est ad alterum »: « iustitiae proprium est inter alios virtus quantum ordinat hominem in his quae sunt et alterum » (2a 2ae a 57,1) ed in quanto attua la egualianza, rendendo ad altri ciò che è strettamente a lui dovuto. (suum cuique tribuere).

La giustizia generale è la virtù che ordina l'individuo nei suoi rapporti con la comunità di cui è membro, e quindi con lo Stato. È detta legale, perché è la legge che stabilisce che cosa debbono fare i membri della comunità per conseguire il bene comune. È detta generale, perché, se necessario, si bene comune, dalla legge possono venir prescritte le manifestazioni di tutta la vita.
La giustizia particolare regola i rapporti fra persona e persona, disponendo a dare a ciascuno il suo con piena egualianza, che può essere aritmetica e geometrica. È aritmetica l'egualianza quando si realizza un'esatta proporzionalità tra ciò che si deve e ciò che si dà (proporzio rei ad rem). È geometrica, quando la proporzionalità è tra ciò che si dà e la posizione particolare di colui al quale si dà (proporzio rei ad personam).

(1) Per la dimostrazione rinviata al libro di PAOLO GIARDI, *La legge ingiusta*, ed. Studium pag. 111 e seguenti. Oltre a questo autore, di cui ci siamo serviti per questa esposizione, sull'argomento si può vedere OLIVARI: *Il concetto di giuridicità* cit. e soprattutto il volume del LACHANON, *Le concepts de droit selon Aristote et S. Thomas*, ed. Albert Levenque Montreal f. Librairie du Reconnu Sirey, Paris, 1933.

Consequente a tale distinzione, è l'altra di giustizia commutativa, riguardante i rapporti dei membri della società tra loro, e di giustizia distributiva che si riferisce ai rapporti tra i singoli e lo Stato.

La funzione del legislatore appare, pertanto, agli occhi di S. Tommaso, scrive il De Carlo (*), simile a quella dell'arte architettonica.

E' a mezzo di queste leggi che il legislatore forgia ed adatta l'attività sociale secondo l'esigenza dell'arte umana. Il bene comune ha, come punto di suo riferimento, la ragione universale, la legge. La posizione del bene individuale non si oppone, come si è visto, al bene comune, se ne distingue solo.

* *Il bene proprio è un ordine particolare stabilito nei beni dalla ragione prudentiale relativamente alle nostre disposizioni, in vista di permettere di partecipare al bene comune soprattutto in ciò che in esso vi è di principale* ».

Possiamo capire, ora, meglio la definizione che della legge da S. Tommaso; *quae nihil aliud est quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata* (*).

Premesso quanto sopra si è detto e ricordato la distinzione fondamentale fra legge e diritto, noi possiamo accettare anche la teoria gradualistica delle fonti. Secondo tale dottrina, la dinamica del diritto si manifesta attraverso una gradazione gerarchica, per la quale si subordinano le distinte categorie di norme, in successione decrescente. Ciascun ordine normativo procede dall'antefiore e lo sviluppa perdendo il loro carattere astratto. Usando una metafora, dice il Prof. Merzabab Villalba, questi concetti potrebbero rappresentarsi come una

(*) De Carlo, *La filosofia giuridica e politica di S. Tommaso d'Aquino* — Palermo, 1945, p. 81.

(*) S. Tommaso, cioè, vuol escludere dal significato di legge: a) i comandi interni e quelli esterni che costituiscono precetti;

b) le azioni dei privati in vista del bene comune;

c) il singolo precetto dell'autorità ad un privato (le ordinanze);

d) ciò che l'autorità, pubblica, ma che non sia legge, ad es. un appello alla generosità dei cittadini. La moderna dottrina del diritto riconosce, ad alcuni di questi come atto normativo generale e costante, prodotto in regime di sovranità. Del resto la modernità di tale definizione la vediamo in piena luce con il confrontarla alla concezione individualista della legge. Nel testo della dichiarazione dei diritti, la legge non ha che una funzione negativa e proibitiva, determinare dei limiti (la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société; « Le carte dei diritti » a cura di Battaglia ed. Sansoni, p. 120) mentre nella concezione tomista la funzione positiva è in primo piano. Lex est quaedam ordinatio; compito della legge non solo di reprimere, ma sviluppare e dirigere le attività, assicurando la loro cooperazione e non unicamente la loro coesistenza.

cascata, il cui punto più alto è la Costituzione e che scende attraverso le leggi, i provvedimenti del potere regolamentare, secondo un subordine di norme parallele delle autorità da cui esse emanano, fino a regolare nei particolari concreti la vita giuridica, la condotta determinata in ciascun caso dalla norma individualizzata, ultimo punto di questo ordine giuridico disposto, per così dire, a scala.

Accettiamo l'osservazione riferita dal Kardnard (*) e cioè che il diritto amministrativo sarebbe più vicino al diritto naturale del civile. Parrebbe a prima vista, che tra diritto naturale e diritto amministrativo dovessero intercorrere numerosi gradi, perchè la possibile adeguazione delle norme naturali all'ordine positivo corrisponde, generalmente, alla funzione del legislatore. Ma quando manca ogni grado intermedio e l'amministrazione deve realizzare, un atto creativo di diritto, facendo uso delle sue facoltà discrezionali, essa deve ricorrere ai criteri di razionalità e di socialità, propri del diritto naturale e questo entra nella vita sociale e la regola, non per via della legge, ma per quella dell'atto amministrativo, così come esso entra in genere in ogni procedimento di autointegrazione delle fonti giuridiche (*).

IV. — L'affermazione fatta precedentemente, che la proprietà privata costituisce il sistema istituzionale di garanzia della persona umana,

(*) Kardnard. *op. cit.*, pag. 448 nota 2ª. Fondamentale, in materia di fonti, rimane lo scritto di ZANONINI, *Gerarchie e parità delle fonti in scritti giuridici in onore di Santi Romano* *cit.* pag. 591, v. anche F. M. DOMINARD, *Studi sulle fonti del diritto*, I. II principio di unità delle fonti corporative, Riv. diritto commerciale I, 203, anno 1942.

(*) Accettando proprio la teoria della gradualità si può raggiungere dal suo sviluppo logico un'ulteriore prova che non vi è diritto positivo che non abbia il suo fondamento in un principio di diritto naturale. Infatti, dice il prof. VILLALBA, *La dottrina de la justicia segun la Summa Theologica*, Saragozza, 1926, recensito in Riv. interna-zionale di filosofia del diritto, anno 1934; se ogni norma deve essere necessariamente generata dall'altra e ciascuna trova la sua giustificazione nell'essere conforme al grado immediatamente superiore, a che cosa deve conformarsi il primo grado positivo dal quale tutti gli altri discendono? Che cosa, insomma, legittimerà la norma costituzionale che nell'ordine positivo funziona come originaria? Non certo la convenzione o l'accordo umano (teoria neocostruttivista del Bierling) poiché la positività non esautorerebbe la garanzia e perciò razionale, può, nel grado supremo del diritto positivo, conferire il diritto naturale e per ciò stesso la conformità con la norma ideale, con il diritto naturale e per ciò stesso la conformità con la norma legale. Anche il negozio giuridico, accettando la teoria del Romano, entrerebbe nel processo normativo, non solo per il suo contenuto, ma anche per quel che riguarda gli effetti. *Cfr. Tractamenti, op. cit.*, pag. 27, 28, 29 e MARIKÉ: *Natura e inguadrimento sistematico degli atti giuridici privati*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, anno 1942, pag. 129 e seg. Contra BERTI: *Teoria Generale del Negozio giuridico*, pag. 60 e seg. per il quale la traduzione del pre-cetto negoziale in termini di diritto è compito esclusivo della legge. Esclude che si possa parlare con proprietà di un contratto normativo nel campo del diritto privato il

CARNEVALI, *Teoria Generale del diritto* ed. *cit.*, pag. 116, per il quale esso sarebbe effetto di una confusione fra precetto e regola.

ponendosi come ordinamento anteriore allo Stato, che lo Stato riconosce e disciplina, è un'affermazione di carattere filosofico giuridico di grande importanza, ma ancora di carattere introduttivo e interpretativo della disciplina costituzionale.

L'indagine, infatti, si deve spostare sulle forme particolari che essa può assumere, e questa è solo frutto di analisi e di esegesi costituazionale. A noi più che esegesi, che è già stata fatta in maniera lineare quanto esauriente, e con ben altra autorità⁽¹⁾, interessa vedere il criterio accolto della Costituzione nella disciplina dei beni e, in particolare, della proprietà fondiaria. Criterio anche questo storico e costituzionalista dello Stato, ponendosi come limite sociologico al poter normativo dello Stato.

Ora lo Stato può avere interesse al controllo dell'uso e dell'appropriazione della cosa sotto tre aspetti; per le sue qualità tecniche, per l'irradiazione sociale dell'oggetto del possesso⁽²⁾, per lo scopo cui può servire il loro uso.

Nel primo caso siamo nel campo di polizia. Lo Stato si preoccupa che le qualità tecniche della cosa non risultino nocive alla comunità e le sottopone alla sua disciplina (si pensi ad es. alla legge sugli esplosivi: T. U. delle leggi di Pubblica Sicurezza).

Nei secondo già facciamo un passo avanti. In questo caso infatti si può costituire come limite al potere normativo dello Stato, in quanto oggetto di una propria (degli interessati) disciplina autonoma (vicinie, regole). Piuttosto il terzo, accanto al precedente, può essere decisivo e portare a buon punto l'indagine. Esso si pone sul piano normativo dello scopo di utilità sociale, sul piano dinamico dell'impresa, cioè della gestione⁽³⁾.

(1) RAPARITO. Note esegebiche sull'art. 44 della Costituzione. op. cit.

(2) cfr. FRANCESCO B. CICALA, *Elementi reali ed elementi ideali nella formazione del concetto di cosa in senso giuridico*. Rivista di diritto agrario 1942, fascicolo 1-2 p. 15 e seg. dell'Estretto e HAVRIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1916, p. 41 e ulteriore bibliografia in SANZI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p. 25 e seg. Sembratissime osservazioni e ricche di prospettive fa il prof. MAIORCA nella relazione *La terra in Atti del Secondo Congresso di diritto agrario* p. 167 e specie alla nota 2 p. 177; cfr. ROMANO,

A proposito dell'imprese e dell'ar. agrario.

(3) Si pensi alla legislazione sugli usi civici.

Si avrebbe così il regime della demanialità solo quando la cosa è specializzata a servire un interesse pubblico (cioè un interesse che operi la sintesi politica di diversi interessi collettivi e come tale dichiarato dal legislatore). Lo Stato ne è proprietario, ma in regime prevalentemente pubblicistico. Quando, invece, lo Stato possiede beni pa-

Questa osservazione ha la sua importanza e si ritiene come decisiva, quando si pensi che la Costituzione con l'articolo 42 segna un'iniziale, se pur generica, distinzione fra beni economici non strumento di produzione e beni economici strumenti di produzione il cui sfruttamento riguarda perciò l'interesse della comunità.

trimoniali si ha un regime, non tanto di grado gerarchico inferiore, quanto di specie differenti da quelli dei singoli. E il regime patrimoniale della proprietà privata, ai suoi membri (Carnelutti), ma un potere per fini del gruppo che possono essere anche diversi, in quanto qui lo Stato ha un potere non necessariamente comune al gruppo e disponibile per avere un fine strumentale o finale e per essere disponibile o indisponibile. Se il regime della proprietà demaniale differisce non nel genus, ma nella specie dal regime di proprietà privata, il regime patrimoniale di proprietà della P.A. o di enti pubblici non differisce né nel genus, né nella specie, dal regime della proprietà privata, salvo un grado di finalizzazione, non di specialità — migliore alla pubblica utilità, tale che può essere scongiurata la libera alienabilità (art. 828, 830 C.C.). Il legislatore ha accolto l'opinione dello ZAKORINI formulata fin dal 1923: « *Il concetto della proprietà pubblica è i requisiti giuridici della demanialità in Studi Geneesi XXXVII 1923*. In sostanza lo Zanobini ritiene più esatto riguardare la proprietà demaniale, non tanto con la teoria della sovranità (polizia) la quale riprodurrebbe la vecchia e superata distinzione (contronta le indagini del DONATI: *Stato e territorio*, cap. II pag. 129 e seg. e quella del LUCIFERDI, *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alle pubbliche amministrazioni - Le prestazioni di cose*, pag. 71 ss. nonché HANRIETI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1933, pag. 22) tra dominio eminente e dominio utile, quanto con quella dell'utilità pubblica che verrebbe determinata di volta in volta dal legislatore.

Su questo argomento è interessante anche quanto scrive ANDRÉ HAVRIOU. In uno scritto inserito in *Revue d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny, Tome III* pag. 92, egli dimostra che la tesi del diritto de garde, secondo la quale le amministrazioni pubbliche non avrebbero per le dipendenze demaniali che una sorte di diritto di polizia totalmente differente dal diritto di proprietà, non data punto da Trochon (*Traité du domaine public Paris 1886*). Essa si è organizzata nel XVII secolo (Domat *Traité sur le domaine livre I e Loyseau Traité des seigneurs* cap III n. 79) come una reazione contro la concezione feudale in vigore nei secoli precedenti e secondo la quale le cose pubbliche (strade, fiumi, erano possedute dal re e dai signori secondo la regola della proprietà feudale, cioè a dire, della proprietà privata, non riprostando l'uso di tutti che sul permesso del proprietario. Questa dottrina di polizia che ha avuto il grande merito, dice André Havriou, di mettere in luce l'idea di utilità pubblica che giustifica la demanialità e che, per questa ragione, è ancora sostenuta da portamenti della P.A. rispetto il loro demanio e per questo è stata progressivamente abbandonata. La tesi moderna, dice ancora Havriou, della proprietà di demanio pubblico, accettata al momento attuale dalla maggioranza degli autori e dal Consiglio di Stato francese, è una trasposizione della teoria civiltà operata con il tenore del fatto di destinazione delle dipendenze demaniali all'utilità pubblica o ai servizi pubblici. Interessante anche la posizione di GURVITCH, espressa in *Revue de Méthaphisique et de morale* (Janvier Mars 1930 pag. 113) per un superamento della dottrina tra dominio eminente e dominio utile, cara alla vecchia dottrina socialista. Dopo aver sostenuto che il socialismo nel largo, ma preciso, senso della parola, è un sistema di organizzazione razionale dell'economia che si propone la soppressione del predominio dell'uomo su

Mentre cioè la iniziativa è libera, incontrando solo limiti negativi riguardo ai beni economici non strumenti di produzione, non è più tale, cioè libera, riguardo ai beni economici strumenti di produzione e per eccellenza bene strumento di produzione e per essa è fissato *costituzionalmente* l'obbligo (rectius: dovere) positivo del proprietario di sfruttare razionalmente il terreno e che la legge è tenuta ad imporre quanti obblighi positivi siano necessari per i raggiungimenti del fini che, come sono presupposti di legittimità dell'agire dello Stato, sono altrettanti doveri per i proprietari. (4) Dall'affermazione sopra fatta di una differenza di disciplina tra beni economici semplici (fatti individuali) e beni economici strumento di produzione (fatti sociali) quali conseguenze giuridiche scaturiscono e in quale direzione? (5)

L'uomo, nella misura in cui tale potere deriva dai rapporti di proprietà, afferma che l'istituto della proprietà, come regola giuridica delle relazioni tra gli uomini a proposito delle cose, non può essere negato, ma deve costituire la base stessa del socialismo, che vuol organizzare giuridicamente l'economia. Egli afferma che la proprietà contiene in sé una grande forza reale che conferisce ai suoi soggetti: in secondo luogo che lo Stato, per quanto possa democraticizzarsi, non può perdere mai il carattere di costrizione inondizionata proprio del suo potere.

La proprietà e lo Stato sono le due forze più reali e più potenti della vita sociale, tali che, se ben dirette, possano costituire il miglior presidio della libertà individuale e sociale, se mal dirette, possano costituire l'annullamento dell'uno. — Non possono essere ben dirette, continua Gurwitsch, se non con il metterle in opposizione l'una con l'altra, in maniera che non si confondano nelle stesse mani e si possano invece fare scambiabilmente eguilibrio.

Ora, perché la proprietà possa efficacemente contrapporsi allo Stato, non deve soltanto gravitare con la sua forza reale, ma anche con un suo valore *intrinseco*, equivo e lento a quello dello Stato; deve realizzarsi, non in un interesse egoistico individuale o collettivo, ma nell'interesse della comunità sociale. Penstero questo che esprime, se pur in maniera imperiosa dal punto di vista tecnico giuridico, un'altissima esigenza morale. Di GURWITSCH Crt, anche, *La dottrina di diritto sociale*, Ed. Comunità.

In base alle considerazioni sopra fatte deve ritenersi non esatta l'affermazione della CORTE DI CASSAZIONE (*Sentenza 5 agosto 1940 riportata nella Rivista Diritto dei beni pubblici anno 1941 pag. 143*) citata nello studio del BOLLA *Per la tutela...* che tutte le terre di uso collettivo sono pubbliche e che l'imponibilità della demanialità è data dalla destinazione della terra al diretto godimento di tutti gli abitanti, confondendosi evidentemente per l'inesatta comprensione del concetto di demanialità, proprietà comuni o collettive con la proprietà pubblica. Vede le esatte osservazioni in proposito del BOLLA. Il criterio enunciato nel testo mi pare possa costituire una ragione di più per accogliere la tesi del prof. LUCIARDI, *Casa e territorio, proprietà privata*. Rivista dei Beni Pubblici, anno 1938, p. 411, secondo la quale l'art. 45 R. D. 29 Luglio 1927, n. 1443; non modificherebbe il regime di proprietà privata (dei privati) delle cave e torbiere, mentre avoca allo Stato la proprietà delle miniere. V. altre opinioni nella stessa Rivista, stesso anno.

(5) Anche gli economisti — BERTRANDINO: *Elementi di politica economica della Costituzione Italiana* pag. 21 e seg. — hanno constatato chiara l'imponibilità della priorità dei fini sociali o di utilità sociale rispetto ad altri fini. La costituzione, Egli dice, consi-

Se l'unità produttiva, quale stato normale per effetto del quale la cosa adempie la sua funzione economica di servire all'uomo, limita la sua realtà istituzionale, sia essa sociologica, sia essa giuridica, il potere normativo dello Stato, lo scopo di utilità sociale del suo uso non limita forse l'autonomia del privato?

Se l'azienda (aspetto statico) in quanto oggetto del diritto di proprietà, diritto assoluto che importa un'immediatezza di rapporto con la cosa, esclude, nel suo lato interno, il potere normativo dello Stato, l'impresa, attività organizzata e dinamica (aspetto esterno della proprietà) limita il potere del privato. E poiché il diritto non soffre per sua natura limitazioni di sorta, in quanto facoltà regolata in tutte le sue parti dalla legge, bisogna trovare quella figura dommatica che consente e giustifichi l'affermazione sopra fatta.

V. — Ciò che ha ostacolato una soluzione soddisfacente del problema in esame, è stata la mancata applicazione della distinzione, che la scienza ha operato, tra il diritto (di proprietà) e i poteri inerenti a tale diritto. Non è che la dottrina non ne abbia avuta la esatta intuizione. La distinzione fra diritto e potere, da un punto di vista più generale al nostro tema, è stata formulata con molta e decisiva chiarezza dal MORVATI in un suo scritto difficilmente rintracciabile e da cui attingeremo largamente in seguito (6).

E' stata riproposta e confermata dal SANTI ROMANO nel suo ultimo libro (7).

dera l'azione individuale, anche quando la tutela è a carico di appoggi, nella sua funzionalità sociale, strumento di finalità sociali. Nella Costituzione all'art. 41 si accenna all'utilità sociale come limite dell'attività economica privata, nel senso che questa non deve mai svolgersi in contrasto con la utilità sociale e come interesse supremo cui deve essere subordinata l'attività privata. Così pure un cenno a questo tipo di rapporti economici può cogliersi nell'art. 42 in cui si afferma il principio della proprietà pubblica. In questi articoli 41, 42 abbiamo il riconoscimento della utilità sociale. (L'autore parla dei rapporti economici a fine sociale, operando quella distinzione che abbiamo cercato di porre in luce nel testo). Ma nel successivo art. 43 abbiamo la linea di un ordinamento di rapporti economici che ha specificatamente finalità sociali. Esso afferma, dice l'autore, il diritto dello Stato di costituire dell'imprese od esportazioni delle imprese per socializzare. (Cfr. *Nota 2 pag. 161 di questa Rivista, stessa annata*) e CAR-RESI, *Proprietà fondataria e imprese agrarie*, questa Rivista anno 1940, p. 24, 25.

(4) MORVATI: *Note sul potere discrezionale*, Roma. Felice di questo breve, ma importantissimo studio, abbiamo solo una copia datilografata, non possiamo riferire le pagine. Comunque i concetti che richiamiamo dovrebbero facilmente ritrovarsi nell'originale, dato che si tratta di uno scritto di non molte pagine. Si può vedere anche alla voce *Potere discrezionale* del *Nuovo Digesto it.* il pensiero dell'autore in proposito. E precedentemente dottrina citata dal FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 341 e ss. e inoltre ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, Riv. dir. proc. civile, I, 317 anno 1929.

(7) SANTI ROMANO. *Tramonti... op. cit. voce potere e prima Corte di diritto costituzionale*, Padova, 1932, pag. 71. Vede inoltre GARBANATI, *Diritto soggettivo e potere*, Jus, 1941, p. 550.

Per quel che riguarda la nostra materia essa fu posta in maniera brillantissima e fondamentale dal FINZI in una lezione che suscitò, per la sua originalità e per la sua profondità, vivaci reazioni (1).

È sempre, esplicitamente, e stata posta dal MAIORCA nel Suo scritto « *Proprietà e antighiusiudicizia* » (2) che riprende e sviluppa alcune affermazioni fatte dal Vassalli nello studio « Per una definizione legislativa della proprietà » (3).

Ma le conseguenze più chiare e sistematiche si possono trarre, adesso, con la disciplina costituzionale della proprietà e con l'interpretazione istituzionale data dal professor BOLLA, la cui affermazione che l'art. 44 non definisce un diritto, ma la destinazione di un bene produttivo ad uno scopo che esige una sua tipica e specifica organizzazione ritenuta fondamentale alle rinnovate esigenze della vita in comune nel presente momento storico, è della massima importanza per la sistematica del diritto agrario e contiene preziose direttive di sviluppo.

(1) FINZI — *Proprietà e disciplina della produzione* — Atti del I Congresso di diritto agrario 1935. Ripubblicata in Riv. diritto privato, 1936. Negli stessi atti v. anche FUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*.

(2) MAIORCA, *Proprietà ed antighiusiudicizia* - Rivista di diritto di proprietà, Roma 1939. In questo scritto Vassalli diceva che i poteri attribuiti al proprietario e in genere la disciplina giuridica della proprietà sono diversi a seconda dei beni che formano oggetto del diritto. « Sembra corrispondente, diceva l'autore, allo stato attuale delle leggi le quali hanno disciplinato in vario modo i poteri del proprietario, riconoscendo che non vi è una sola proprietà, che vi sono piuttosto delle proprietà, in quanto l'interesse pubblico e che l'appropriazione dei beni comporta diversi statuti in armonia con gli scopi perseguiti i quali variano assai. Diversi statuti della proprietà si hanno difatti in corrispondenza di diversi beni — rispettivamente delle diverse destinazioni di una medesima cosa ». Cfr. anche MAZZONI, *L'esercizio dell'imprendimento corporativo*, Atti I Congresso di diritto agrario p. 332 e per la dottrina straniera, Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, n. 1517, p. 785 ed. 1938 Recueil Sirey.

Anche ROMANO nel Suo Corso di diritto amministrativo 1932, pag. 181, aveva affermato che il diritto di proprietà non è una figura essenzialmente di diritto privato o di diritto pubblico, bensì una figura generale e comune dell'uno e dell'altro che nelle sue varie manifestazioni si qualifica diversamente secondo la destinazione della cosa im-

portata un regolamento di diritto pubblico o un regolamento privatistico.

Il RENARD, *La théorie de l'acquisition* cit. pag. 509 si avvia a una simile opinione quando afferma che: « L'usage c'est l'adoption a une destination; la propriété de l'homme n'est donc point un droit absolu et inconditionnel, mais un pouvoir d'am-

ministrazione et de distribution (potestas procurandi et dispensandi) affecté d'un but a pourvue, non d'attributions sans une large faculté d'option quant aux moyens ». In quanto Egli dice vi sono due osservazioni da fare: la 1^a è per constatare l'esatto richiamo del concetto di buona amministrazione negli Studi in Onore di Santi Romano; la 2^a è per sottolineare come il Renard non derivi soltanto la concezione della proprietà; dal pensiero Tomista, ma anche la nozione di potere discrezionale come facoltà di scelta quanto ai mezzi. Cfr. MORIARI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*. Roma, pag. 18 in nota.

Attraverso tale distinzione, noi verremo ad operare una parziale mutazione di concetti propri del diritto amministrativo, ed ivi sistematicamente svolti ed elaborati, ma che riescono ad operare fecondamente anche nel campo del diritto agrario. È ancor prima di passare all'esame degli elementi strutturali del potere, possiamo anticipare il risultato di tale indagine, trascrivendo la conclusione cui perviene il MORIARI: il diritto soggetto, in quanto determinato nei suoi effetti e nelle sue modalità, si sottrae alla discrezionalità; il potere, invece, si identifica con il concetto di attività discrezionale (1).

L'importanza dell'indagine sulla struttura del potere è particolarmente rilevante, quando si consideri che è principalmente per mezzo di questa figura che si opera il passaggio della statica alla dinamica del diritto.

« L'evolversi delle situazioni giuridiche esistenti verso situazioni nuove — scrive il MIRLE (2) — avviene mediante il conferimento di correlativi poteri ai soggetti, i quali vengono a trovarsi in grado di operare, grazie al loro esercizio, i mutamenti idonei al formarsi di nuove situazioni giuridiche ».

I requisiti del potere sono:

a) *La capacità di agire*;

b) *la legittimazione*;

c) *la causa*.

A) *La capacità di agire*.

Risulta non tanto un requisito, quanto un presupposto. Dice il

(1) Il MORIARI, *Note sul potere discrezionale*, osserva che, ponendosi il carattere di attività del potere, non nella posizione del soggetto passivo di fronte alle manifestazioni del potere, bensì nel potere della volontà di determinare una regola di condotta vincolante giuridicamente, sembra si debba rivedere l'ipotesi in cui la volontà non è solo costitutiva dell'effetto, ma anche determinativa della regola, cioè del modo di essere dell'effetto stesso (diritti potestativi nei quali ad esempio, l'eventuale intervento dell'autorità è ricognitivo dell'effetto conseguente alla dichiarazione del titolare), e quella nella quale è data a poteri equivalenti (preceetto) la possibilità di risolvere conflitti di interesse attraverso l'accordo della volontà. Si ha, in ogni caso, la costituzione, il mantenimento o l'estinzione di un effetto giuridico per opera di volontà regolatorie nell'ambito di sfere intererenti della condotta propria e altrui.

Questo modo di pensare, mi pare, possa consentire la riunione delle due categorie nell'ambito più vasto dell'autonomia deontale. Vedi CARLUCCI, *Teoria Generale*, pag. 121. Vi sarebbe cioè, secondo me, la possibilità di riunire il potere del testatore (Carnelutti). L'effetto normativo del contratto preliminare (Romano), il potere dell'imprenditore nella gestione concettuale dell'autonomia deontale, naturalmente di diritto privato. E così anche il potere di revoca del privato. Cfr. SALVATORE ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Cedam, 1935, (p. 64 e seg.).

(2) MIRLE, *Principi di diritto amministrativo*, 1945, pag. 144 e seg. e paragrafo 6° all'inizio. Cfr. anche FUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, ed. Giuffrè, 1943, p. 227 e seg.

MIRLA (1) che ogni potere ha carattere strumentale, è, cioè, messo al servizio di una sfera di competenza materiale e presuppone che l'entità, al cui servizio viene esercitato, possieda l'idoneità ad essere titolare di diritti, obblighi e funzioni (2).

B) La legittimazione.

Si può distinguere in diretta o indiretta, a secondo che la spettanza del potere sia di colui che si trovi in una data relazione giuridico con l'oggetto o invece il potere venga a spettare a persona diversa. In questo caso, può essere conferito in via esclusiva (rapporto organico, sostituzione legale, rappresentanza volontaria) quando cioè il potere del legittimato indiretto coesiste con altro analogo del legittimato diretto, il quale con-ferendo al primo un potere giuridico non si spoglia del proprio (3).

(1) MIRLA, op. e loc. cit.

(2) Contro questa opinione del MIRLA si schiera il ROMANO op. cit. voi poteri) il quale ritiene che la volontà del soggetto di un potere, come di un diritto, deve intendersi, non in senso naturale, ma in senso giuridico; essa, quindi, se si tratta di per-

sona giuridica che abbia degli organi è quella di tali organi. E per gli incapaci la volontà che essi naturalmente non hanno, può essere sostituita nei casi in cui è fungibile, da quella dei loro rappresentanti. E quindi fondata, dice testualmente SARTI ROMANO, l'opinione che gli incapaci non possono essere soggetti di poteri dei quali sarebbero i veri titolari i loro rappresentanti, l'errore secondo il ROMANO, sarebbe determinato dal confondere nel rilauciare giuridicamente i poteri della c.d., capacità attiva in contrap-

posto alla c.d. capacità passiva la capacità attiva comprende, sia la capacità giuridica, come la capacità di agire. L'affermazione del MIRLA, che completa il suo pensiero, e per la quale viene a significare che non necessariamente il titolare del potere giuridico debba coincidere con il soggetto, a cui servizio opera il potere, attenua assai l'importanza pratica del problema. Cfr. anche CARNELUTTI, *Teoria generale* pag. 305. Per il

MORTATI l'elemento differenziale tra capacità e potere consiste in questo: che il potere è contrassegnato dal suo collegamento ad un determinato bene, ciò che implica una determinata direzione impressa alla generica capacità. Inoltre il MORTATI — sempre in *Note sul potere discrezionale* — comprendendo nel concetto di potere anche la facoltà di un volontario assoggettato ad un onere, non accetta per così dire, il carattere formato dal ROMANO, del potere guardato come solo lato attivo della capacità. La comprensione nel concetto di potere, anche della facoltà di un volontario assoggettamento a un onere, getta nuova luce sulla pubblicazione del LANDI: *La connessione di terre in colte ai contadini*, ed. Giuffrè 1947. V. anche RESTA, *L'onere di buona amministrazione* in Studi in onore di Santi Romano, vol. II, p. 105 e ss. dove l'autore ha un richiamo molto interessante agli standard cioè a quei modelli di condotta umana usati a fini giuridici. La distinzione che opera tra oneri giuridici e oneri di buona amministrazione mi pare sostanzialmente analoga a quella del FERARA, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 309 tra doveri giuridici e doveri finali, se ho ben capito.

(3) Riproduciamo sostanzialmente il pensiero di MIRLA op. e loc. cit. anche BACCALURRI, *I valori giuridici dell'azienda agraria*. Estratto della *Rivista di diritto agrario* 1943, pag. 12, 13, 14, luglio-dicembre, in cui esattamente viene affermata l'autonomia del diritto aziendale della quale un concetto tipico sarebbe costituito dalla gestione o amministrazione comprendente il potere di disposizione, il quale troverebbe il suo

fondamento nella particolare natura dell'oggetto.

E' uno dei più tormentati capitoli della scienza del diritto e non ci proponiamo davvero di esplorarlo. A noi, per i limiti e agli effetti della nostra indagine, basterà accennare che la migliore dottrina è pervenuta al risultato di non considerare la causa dell'atto come elemento, ma solo come requisito e di intendere la quale qualificazione giuridica dell'elemento discrezionale della volontà nella sua parte determinante del contenuto dell'atto (4).

Il MORTATI (5) sostanzialmente viene a concordare con questa dottrina del BERTI, se ho ben capito il suo pensiero, e definisce la causa come la valutazione del fine perseguito dalle parti a stregua dell'esigenze di pubblico interesse e la concepisce come un limite dell'autonomia, limite di carattere pubblicitario per la natura stessa della funzione ad esso proprio e limite interno, nel senso che esso riguarda non la forma, ma il contenuto o meglio quella parte del contenuto rimessa alla determinazione delle parti.

Le osservazioni che fa in proposito, meritano di essere riportate integralmente. L'indagine della volontà, dice il MORTATI, prendendo lo spunto da un'osservazione del CARNELUTTI, ha tre obiettivi: esistenza, normalità, direzione. « Il primo elemento interessa anche gli atti vincolati. Invece la

(1) BERTI, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cit. pag. 124; idem. in *Diritto Romano*, p. 218 o seg.

(2) MORTATI, *La volontà e la causa* cit. pag. 46 e seg. Il MIRLA op. cit. pag. 156. E bene avvertire dal TRIMARKONI, *Atto e negozio giuridico*, pag. 39, 51 citato dal BERTI, la funzione economica-sociale nel negozio intero, ravvisato spoglio dalla tutela giuridica nella sintesi dei suoi elementi essenziali che starebbe a rappresentare la funzione tipica. La funzione economica-sociale in quanto esplicazione di autonomia privata.

Funzione economico sociale del tipo di negozio in quanto esplicazione di autonomia privata, la quale è un fenomeno sociale prima di divenire in virtù di ricezione un fatto giuridico. Invero continua il BERTI, se la causa fosse semplicemente la funzione giuridica, essa non sarebbe la sintesi funzionale degli elementi del negozio, ma la sintesi degli effetti che il diritto vi ricollega e non vi sarebbe atto giuridico che non avesse una causa in questo senso, appunto perché produttivo di effetti. Perciò non rileva l'autore, la causa è caratteristica nel negozio e se anche in via di analogia si può parlare di causa rispetto ad altre pronunce normative, come il provvedimento amministrativo ecc. non ha senso parlare rispetto ad altri atti giuridici privati, gli effetti dei quali non hanno bisogno di essere giustificati mediante il richiamo a categorie estragiuridiche, con quelle cui rinuncia la nozione di causa. E questo il punto (pag. 119 della *Teoria*) in cui mi pare si possa riconoscere meglio la sostanziale identità di vedute tra il BERTI e il MORTATI per il completo pensiero del quale riniamo al volume citato *La volontà e la causa*... cit. I, 182 secondo la quale il fenomeno dei limiti della proprietà è parzialmente e si basa su presupposti ideologici affini a quello dei limiti dell'autonomia privata. Rivista op. cit. I, 182 secondo la quale il fenomeno dei limiti della proprietà è par-

« normalità e la direzione del volere intanto sono possibili e acquistano « rilevanza in quanto all'atto cui il volere si riferisce consenta in li- « miti più o meno ampi una discrezionale posizione di fini da parte « dell'agente.
 « E poiché l'effetto giuridico di un atto volontario dipende, sia dal- « l'assistenza di un effettivo volere, sia dal riconoscimento della sua « licità da parte dell'ordinamento giuridico, l'esame della direzione « del volere, ossia dall'intenzione concretata nell'atto, può farsi da due « punti di vista differenti, o per l'accertamento della corrispondenza « del volere, quale appare visto dall'esterno al volere effettivo, o per « l'accertamento della corrispondenza del volere stesso ai fini di pub- « blica utilità ».

Nel primo caso siamo evidentemente nell'ambito della teoria dei vizi del volere; nel secondo in quello della causa. Nel primo caso pre- siede il criterio dell'interesse privato, nell'altro il pubblico interesse. Mentre vi è una determinazione positiva dell'interesse proprio « del singolo, affidata al medesimo, e tutelata nei casi in cui il rag- « giungimento dell'interesse stesso è compromesso dall'esistenza di vizi « del volere, vi è, dall'altro lato, una determinazione negativa che ha « valore di limite dell'autonomia, in quanto viene di usare di questa per « fini che contrastano con quelli generali dell'ordinamento giuridico ».

Questa distinzione ci servirà perché, avendo mostrato come la causa sia fenomeno giuridico di eccezionale rilievo in quanto indice di valu- tazione delle diverse gradazioni di interesse collettivo e pubblico, po- tra permetterci di distinguere quelli che, pur essendo sullo stesso piano della causa, sono anche vizi distinti; l'abuso di potere e lo sviamento. Mentre, infatti, l'interesse pubblico è espresso in forma negativa, come limite, nell'abuso, esso è espresso in forma positiva nello sviamento, assumendo qui il lecito una diversa e più positiva rilevanza. Volendo fissare delle conclusioni da trarre da quanto abbiamo pre- cedentemente esposto, possiamo dire:

- il diritto soggettivo risulta da un preciso riconoscimento del- l'ordine giuridico (MORTATI), riconoscimento che non ha valore costi- tutivo.
 - il potere si ha, dato una certa capacità, funzione, qualità, tito- larità di un diritto. (ROMANO).
 - il potere viene meno ipso iure con il venir meno di questi pre- supposti. (ROMANO).
 - il potere è sinonimo di attività discrezionale. (MORTATI).
- Attraverso il requisito della causa, infatti, si opera una valuta- zione del comportamento ai fini di pubblica utilità che l'ordinamento giuridico può stabilire in maniera soltanto negativa, oppure positiva, rinviando a norme sociali e tecniche.

Pertanto la disciplina costituzionale della proprietà vuol dire disci- plina dei poteri del proprietario riguardo la destinazione dei beni fon- diari, in riferimento a quelle norme di razionalità e socialità, assunte dalla Costituzione ai fini della riforma agraria e che assoggettano, sia il potere normativo dello Stato, sia l'autonomia del privato.
 Destinazione ad uno scopo di utilità sociale che si pone, non tanto come motivo dei suoi atti (dell'esercizio del potere), quanto per il fatto che tali scopi sono obiettivamente desumibili dalle norme tecnico-so- ciali, cui la Costituzione rinvia, norme non giuridiche che regolano la sua attività discrezionale (7).

VI. — Dimostrata dal MORTATI l'autonomia dell'indagine, tra la ricerca dell'esistenza di un effettivo volere e quella del riconoscimento della sua licità, possiamo vedere meglio, adesso, la diversa rilevanza giuridica delle due sfere del lecito (lecito e potere) in relazione al regime giuridico dei beni la cui disciplina costituzionale abbiamo cercato pre- cedentemente di porre in luce (2).

(7) Ripetutamente è stato rilevato l'equivoco della formula funzione sociale della proprietà. Per ultimi BOLTA, BAUERLARI, questa *Metista*, op. cit. e prece- dentemente MAROKA. *Premessa a una teoria della proprietà*. Jus anno 1941 e bibliogra- fia citate. In proposito fondatissima appare l'osservazione del CHIAVELLI op. cit. che la proprietà adempie a una funzione sociale in ogni ordinamento in cui esiste. Anche in re- gime assolutamente privatistico, il proprietario che gode dei suoi beni, con l'esoliva- ta considerazione del proprio interesse individuale, agisce in conformità della funzione so- ciale della proprietà, perché in quel regime la funzione della proprietà consiste nell'as- sicurare alla società quell'equilibrio economico che nasce dall'individualizzato uso dei propri beni e che secondo quel sistema costituisce l'ottimo sociale.
 Altrettanto deciso ad affermare l'equivoco della formula proprietà funzione sociale appare il HIRKAT op. cit. pag. 273. Tutto il diritto privato egli afferma è un potere ai fini egoistici che tende all'assolutismo. Si può impedire l'azione colpevole che nuoce agli altri per un abus de droit, ma non si potrà impedire, pensa il HIRKAT, il godimento privato di un diritto. E solamente quando la proprietà è *engagée* in un godimento so- ciale che appare la sua funzione sociale. Non si tratta più della funzione sociale della proprietà, ma di quella dell'impresa.

La rilevanza delle regole sociali per la validità dell'autonomia, è positivamente stabilita con il requisito della giusta causa art. 1343 C.C. Osserva il MORTATI che tale principio, posto espressamente in materia di obbligazioni ha una portata generale e ri- ferisce anche l'opinione del BARTI « *Della proprietà* » Vol. I; 1911 pag. 195, a sostegno di tale tesi assai evidente. Cfr. anche BARTI, op. cit., pag. 103 e KRSTA, op. cit., il quale sostiene che, quando le norme positive rinviano all'equità, al buon costume, alla morale richiamano espressamente direttive di condotta, costituendo il richiamo della norma giu- ridica, meno rinvio ad una o più regole sociali in funzione delle quali l'ordinamento giuridico frequentemente si pone.
 (2) È stato esattamente osservato che l'autonomia trova la sua giustificazione, non nell'irritualità del modo del suo esercizio, ma al contrario nella convinzione che la re- golamentazione dell'attività, da parte degli stessi interessati per ogni caso concreto, soddisfa meglio alle esigenze sociali, che non la predeterminazione astratta da parte della

Diciamo così (1).

Il potere « come complesso di attribuzioni » che sorgono dal collegamento dell'astratta capacità ad un bene determinato, quando questo bene non appartenga alla categoria dei beni economici strumento di produzione, è riconosciuto dalla legge come Stato lecito e come attività sindacabile sotto il profilo *dell'abuso del diritto*.

Il titolare può esercitare o no il suo potere; l'esercizio effettivo viene solo in rilievo negativamente, quando cioè non si uniformi alle leggi di razionalità e di socialità che presidono ogni regola giuridica, le quali, pertanto, si pongono in questo caso solo come limite, (vedi prima parte art. 41).

Quando, invece, il collegamento si opera tra un'astratta capacità ed un bene economico mezzo di produzione, il complesso di attribuzioni viene in rilievo, non tanto come stato, nel suo lato negativo, ma come attività, esercizio effettivo da parte dell'investito che in questo caso, ponendo una data regola di condotta, attua quelle norme tecniche economiche a cui il diritto oggettivo rinvia nell'atto di conferimento

del potere (*sviamento di potere*).

Ed ancora possiamo aggiungere, segnando il pensiero del MORTATI, con l'avvertenza fatta precedentemente in nota, che il processo di tra-

legge. Questa osservazione esatissima che qualunque conferimento di potere non può mai significare rinvio all'arbitrio del titolare perché il diritto che è uniformità e co-

stenza non può riferirsi ad assenza di legge cioè, ad azioni arbitrarie che ne costituirebbero la finalità ha scritto al MALVAGNA — citato dal MORTATI — per costruire la tesi dell'ammissibilità e della validità della condizione meramente potestativa, sul fondamento logico incontestabile che la volontà non è mai arbitrio. SIMONE MALVAGNA, *Recenti tendenze in tema di negozio condizionale*, pag. 401 e seg. specialmente p. 423 in Rivista diritto civile, 1935.

Anche il BERTI abbiamo una specie di arbitrium indifferens-tiae del loro capriccio, ma solo una libertà, invece, di scelta tra tipi di cause ammesse, *op. cit.*, pag. 126. La giuridicità di tutta la sfera del lecito è stata affermata dal Donati in base alla considerazione di una norma generale esclusiva contenuta in ogni ordinamento giuridico in maniera necessaria e che avrebbe pertanto, il significato di permettere tutto ciò che non è espressamente vietato e che non può essere ritenuto vietato neppure implicitamente.

Questa norma generale ed esclusiva è intesa dal Biondi e dal MORTATI in senso strumentale, non materiale, come attributiva cioè al titolare della competenza di emettere la norma di condotta pel caso concreto. L'interpretazione in senso strumentale formulata dalla norma esclusiva del Donati si trova nel volume « Teoria generale della discrezionalità nello Stato moderno » Annali dell'Università di Macerata anni 1933 e 34.

(1) È evidente, ma tengo a precisarlo formalmente, che l'indagine del Mortati non si era proposta attorno quello che noi ci proponiamo di dimostrare. Perciò ne può risultare uno sforzo che non è davvero nel pensiero l'impidissimo e autorevole dell'autore. Se sforzo c'è, questo sta chiaramente nel mio tentativo e nell'abuso che forse faccio del pensiero altrui. Se invece tutto torna, come spero, ciò starsi ad indicare la bontà del metodo di indagine dell'autore.

formazione del potere in diritto soggettivo, nella titolarità cioè, di una

nuova situazione giuridica finale può considerarsi compiuto nei casi nei quali l'ordinamento giuridico non consente o dichiara esplicitamente impositivo ed antieconomico, l'accertamento della rispondenza della regola emessa dal titolare del potere alle norme tecniche sociali di rilievo. E' quanto avviene per la piccola e media proprietà, nella quale l'accertamento della rispondenza è reso superfluo dalla presunzione che in essa si attuino la forma migliore di razionalizzazione e di stabilimento di equi rapporti sociali della proprietà.

Differente è il caso della grande proprietà, nella quale, se sussisterà ai fini produttivistici, il potere del proprietario si presenterà sotto il controllo di legittimità per la rilevanza delle regole emesse, e da lui, o da chi per lui (2), e che devono essere accertate corrispondenti alle norme tecnico sociali di rinvio.

L'accertamento della mancata corrispondenza può portare all'espropriazione del potere di gestione e nei casi più gravi all'espropriazione del diritto.

Si che, con formula breve, si può dire che il diritto soggettivo del proprietario si garantisce, in questo caso, con il legittimo esercizio del potere discrezionale dell'imprenditore (2).

(1) V. BAPOSTO, *op. cit.*, I, pag. 170, nota 3.

(2) Esatte osservazioni fa il Prof. ROSSI, *Il diritto agrario e la nuova Costituzione*, questa Rivista, 1948, I, 145 e 146.

Queste osservazioni hanno in fondo una considerazione testuale nelle Costituzioni. Nota il CARRESI (*op. cit.*) che la diversa disciplina ed il difforme trattamento che opera la Costituzione tra l'espropriazione della proprietà e dell'impresa, ha la sua ragione nel fatto che per il raggiungimento delle finalità sociali è normalmente sufficiente l'espropriazione dell'impresa, cioè del potere di gestione. L'espropriazione della proprietà, ossia del diritto soggettivo, in realtà non appare necessaria che in un numero ben delimitato di casi; sostanzialmente, dice CARRESI, in quelli che per lunga tradizione vengono considerati quali giusti motivi per questo grave provvedimento amministrativo in forza del quale il proprietario è spogliato di ogni suo diritto sulla cosa. L'osservazione è formulata forse troppo restrittivamente, ma è esatta.

Abbiamo visto quando si ha abuso e quando si ha sviamento, e seconda cioè che l'attività sia collegata ad un bene (interesse) la cui utilità non risulta regolata che in maniera indiretta e negativa o che l'attività sia per il suo collegamento ad un bene strumento di produzione, di utilità sociale, quindi, determinata positivamente, ma sempre con un rinvio a regole estragiuridiche. Con questa distinzione mi pare che si possa ovviare alla critica che il MORTATI fa al KARMEHLI che ha accostato l'attività disorganale della P. A. a quella del cittadino, considerando cioè discrezionale l'attività del cittadino solo nel secondo caso quando è collegata ad un bene di utilità sociale, mentre è lecita quando è collegata ad un bene non di utilità sociale, *op. cit.*, ma solo in parte favorevole LUCORIANI *Spunti costruttivi per una teoria del contenuto degli atti amministrativi* in scritti in onore di Santo Romano, Vol. II, pag. 101. Considera sempre Valore la osservazione che l'aver distinto il diritto dal potere serve anche a rispondere all'obiezione che è stata posta per contestare la possibilità di un uso illegale del lecito. Contraddizione che si risolve, dice il Mortati, appunto ove si pensi che quello che

terre forme un système institutionnel de garantie de la personne humaine. Après avoir remarqué que la réglementation constitutionnelle contient un régime juridique différent pour les biens économiques, selon qu'il s'agisse de biens étant instrument de production ou de biens n'étant pas instrument de production, l'A. applique la théorie institutionnelle et conçoit le pouvoir du propriétaire (la compétence de celui-ci à commander à l'égard de la disposition de ses propres biens) comme une activité discrétionnelle, gouvernée par des règles non juridiques, à la quelle la Constitution fait renvoi et qui, par le fait même de s'exercer légitimement, confirme et garantit — en la finalisant — sa propre situation juridique initiale.

De l'interprétation institutionnelle de l'art. 44 l'A. tire la conviction que le droit agraire peut trouver la base de sa propre autonomie comme droit privé constitutionnel.

Summary. — The A. accepts the institutional construction of art. 44 of Italian constitutional Chart drawn up by Prof. Bolla and he therefore enrolls the juridical regulations of the landed property in the structural system of the State, whence it results that the juridical organisation of the said property forms an institutional system of guarantee for the human being. The A. points out that the constitutional regulations contain a different juridical regimen for economical goods accordingly to the circumstance of their being or not being an instrument of production. He then applies to this the institutional theory, hence conceiving the proprietor's power (his authority to bid about the disposition of his property) as a discretionary activity ruled by non-judicial rules, to which activity the constitutional Chart refers and which, through its own lawful exercise, gives confirmation and guarantee for its own starting position.

From the institutional construction of art. 44 the A. draws the conviction that an agricultural right might find the foundation to its autonomy as a constitutional private right.

GIORGIO OPPO

Prof. straord. dell'Università di Padova

MATERIA AGRICOLA E « FORMA » COMMERCIALE (*) (Premessa)

Sommario: 1. Connessione sostanziale e connessione formale tra materia agricola e materia commerciale. — 2. Forme commerciali nell'esercizio di attività economiche. — 3. Forma commerciale e pubblicità commerciale. — 4. Posizione sistematica della forma cooperativa. — 5. Inammissibilità di una combinazione fra connessione sostanziale e connessione formale.

1. — Il tema cade nella zona di confine fra quelle che ancora possiamo chiamare, purchè si abbia presente il mutato valore delle formule tradizionali, materia agricola e materia commerciale. Dirò meglio: più che in una zona di confine, in una zona in cui le due « materie » interferiscono.

È noto a tutti quel fenomeno di interferenza al quale danno luogo le attività c. d. « connesse » ad attività agricole fondamentali: attività commerciali e comunque non agricole per la loro natura intrinseca, ma attratte nell'orbita dell'agricoltura e della sua legge per ragione di una loro funzione concreta di integrazione o di sviluppo di attività essenzialmente agricole, svolta nel momento della produzione o della utilizzazione del prodotto (1). Il grave problema degli estremi e dei li-

(*) Queste pagine costituiscono la prima parte di uno studio che, con lo stesso titolo, sarà pubblicato negli *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*.

(1) Le attività dirette all'alienazione e alla trasformazione dei prodotti agricoli, che « si reputano » connesse ai sensi dell'art. 2135, comma II, cod. civ. non esauriscono le attività connesse genericamente indicate nel primo comma dello stesso articolo. Cfr. CARRARA, *I contratti agrari*, nel *Trattato del VASSALLI*, Torino, 1946, pag. 28 segg.; BASSANELLI, *Corso di dir. agrario*, Milano, 1946, pag. 29 segg.

Probabilmente le attività di alienazione e di trasformazione dei prodotti agricoli non esauriscono neanche le attività di utilizzazione del prodotto; si pensi al caso di esercizio di una monta taurina, nel quale non credo che vorrà vedersi un'alienazione di prodotti agricoli, anche a ravvisarvi una vendita dell'energia generativa dell'animale anziché una concessione di godimento.