

D.A. OK
RIVISTA

DI

DIRITTO AGRARIO

ORGANO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO AGRARIO INTERNAZ. E COMPARATO - FIRENZE

DIRETTA DA

GIANGASTONE BOLLA

della Università di Firenze

FONDATORE

ENRICO BASSANELLI
della Università di Bologna

GIOVANNI CARRARA
della Università di Macerata

CARLO FRASSOLDATI
della Università di Firenze

PIETRO GERMANI
della Università di Messina

ALFREDO MOSCHELLA
della Università di Ferrara

S. ORLANDO CASCIO
della Università di Palermo

REDATTORE CAPO

CARLO ZACCARO
della Università di Firenze

ANNO XXXVII

1958



CASA EDITRICE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO

CARLO ZACCARO

TEORIA ISTITUZIONALE E DIRITTO AGRARIO

(Appunti per un'ontologia giuridica)

SOMMARIO: 1. Tendenze metodologiche nello studio del diritto agrario: la concezione normativa. Critica. - 2. Il diritto come istituzione. - 3. La concezione della sociologia giuridica: suoi limiti. - 4. Istituzionalismo e contrattualismo. - 5. Istituzionalismo e realismo giuridico. - 6. Beni particolari e bene comune. - 7. Bene comune e teoria istituzionale. - 8. La pluralità di ordinamenti giuridici. - 9. Il diritto agrario come ordinamento istituzionale. - 10. Il diritto agrario come ordinamento particolare. - 11. L'importanza dell'oggetto per una rinnovata sistemazione del diritto privato. - 12. La terra come oggetto autonomo di situazioni giuridiche. - 13. Il potere di ordinamento come manifestazione di autonomia funzionale e come aspetto dinamico del regime fondiario. - 14. Lineamenti dell'ulteriore lavoro.

1. — Le tendenze metodologiche attraverso le quali è avvenuto lo studio del diritto agrario hanno spesso volte oscillato tra due poli che, lungi dall'integrarsi, si respingevano a vicenda: quello del normativismo e quello della sociologia giuridica.

La rigorosa separazione del diritto privato dal diritto pubblico, caratteristica dei regimi giuridici ad orientamento liberale, che favorì a suo tempo l'eccezionale elaborazione dogmatica del diritto privato romano ed il principio di isolamento a cui si informò la giurisprudenza romana considerata come scienza essa stessa « un'arte di separare », ha lasciato tracce evidenti della sua influenza, nonostante che non siano mancati i richiami sulla relatività di questa *summa divisio* anche nella dottrina più recente (1).

(1) Sul principio di « isolamento » le belle pagine dello SCHULZ, *I principi del diritto romano*, a cura di Vincenzo ARANGIO RUIZ, Firenze, 1946, p. 17 e ss. e le meditate considerazioni del FINZI, *Riflessi privatistici della Costituzione*, p. 10 dell'estratto dal « Commentario sistematico alla Costituzione italiana ed. Barbera, 1949. Sulla relatività della distinzione, autorevolmente, MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, p. 70 e ASCARELLI, *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*, in « Atti primo Congresso naz.

Basterà, per convincersene, indagare le definizioni che del diritto agrario — volendo rimanere nell'ambito della nostra materia — hanno dato i più autorevoli studiosi (2).

diritto agrario», Firenze, 1936, p. 108. Sulla compenetrazione tra diritto privato e diritto pubblico, HEDDMANN, *Sguardo sul Convegno int. di diritto agrario*, in « Riv. dir. agrario », 1955, I, 247. Sullo smorzarsi delle antitesi fra diritto pubblico e diritto privato scrive bene MIELZ: « Sembra quasi che il diritto privato cerchi di adeguarsi alle stesse esigenze cui è informato il diritto pubblico (MIELZ, *Principi di diritto amministrativo*, 1945, p. 42-3); il problema è stato visto dal ROMANO (Salvatore) sotto il profilo dell'*autonomia*: « L'autonomia privata si impernia quindi sul riconoscimento dell'ordinamento privato da parte dell'ordinamento statale nel senso logico che al termine deve attribuirsi: si riconosce ciò che già esiste e per attribuire ulteriori effetti ». « In definitiva, la corrente teoria normativa del diritto rivela, anche in ordine a questa materia, la sua deficienza. Si può superare il problema più che risolverlo, come è stato scritto; si raggiungerà lo scopo di evitare gli assurdi logici cui l'impiego dei concetti di delegazione, concessione, autorizzazione e simili condurrebbe, pena note incoerenze. Sarebbe coerente invece — aggiunge ROMANO — una costruzione di una autonomia privata sulla base di una specie di *diritto amministrativo privato*, nel quale, però, non mancherebbero quelle potestà regolamentari che, al minimo, dovrebbero esserle riconosciute alla stregua di concetti mutuati dalle autonomie funzionali di carattere pubblicistico: attualmente, almeno, — conclude ROMANO — l'intero sistema del diritto privato non si presta a questo sovvertimento »: v. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, p. 27. Di un *diritto costituzionale privato* era stato parlato da RÉNARD con riferimento agli organismi delle anonime (società per azioni) nel suo volume su *La théorie de l'institution*, Paris, 1930, p. 120, 261, 274, 278; in questo senso anche SCORZA, *Gli statuti degli enti a tipo associativo*, Roma, 1934. È interessante ricordare quello che scrive il MAIORCA a proposito della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, coincidente per questo Autore con quella fra « norme di capacità », determinatrici dell'ambito delle particolari situazioni giuridiche (riferite agli individui e agli enti morali) e « norme di organizzazione », determinatrici dell'ambito di competenza degli organi nell'esercizio delle così dette funzioni pubbliche. « La tendenza indubbia del moderno pensiero giuridico e politico sta operando uno spostamento nei termini di questa distinzione, fondata sulla pregiudiziale individualistica » (MAIORCA, *La terra*, in « Atti del secondo congresso nazionale di diritto agrario », Roma, 1939, p. 175-6); ulteriore bibliografia in argomento si trova in DEL VECCHIO, *Sul diritto agrario*, in « Riv. di diritto agrario », 1952, I, 229 che dedica alcune magistrali considerazioni all'argomento. Da segnalare, infine, la poderosa ricostruzione storica della definizione di Ulpiano del CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento*, 1948, p. 96.

(2) BASSANELLI, *Corso di diritto agrario*, Milano, 1946, p. 1: « il diritto agrario è il complesso delle norme giuridiche che regolano i rapporti attinenti all'agricoltura »; CARRARA, *Corso di diritto agrario*, Roma, 1938, p. 9: « il diritto agrario è il complesso delle norme giuridiche che regolano l'attività agraria, nei suoi soggetti, nei beni ad essa destinati, nei rapporti giuridici costituiti al fine del suo esercizio »; FUNAIOLI, *Corso di diritto agrario*, Pisa, 1958: « possiamo definire il diritto agrario quel com-

concezione, ponendola su un piano di maggiore umanità (9). Perché se il diritto non vuol rimanere un valore puramente nozionale, i due elementi impliciti nella concezione dell'ordinamento: organizzazione e norma, devono passare « in un'unità superiore, in una vita unitaria che sia capace di ricevere, obbedire, concepire » (10).

Chi si limitasse, infatti, a cogliere la vita del diritto, il suo sviluppo storico, la sua affermazione potente al servizio della vita nel ricambio osmotico fra organizzazione e norma, non potrebbe negare il carattere di giuridicità al classico ordinamento dei ladroni, come coerentemente fa l'autore della teoria istituzionale, e la storia degli ordinamenti giuridici dovrebbe risultare la storia dei successi fondati sulla forza, cioè sulla contraddizione del diritto.

La realtà è che « un insieme di soggetti che convengono in un'idea comune, vogliono lo scopo segnato da questa idea ed in quanto vogliono questo scopo organizzano i loro sforzi e la loro azione perchè nella loro azione l'idea sia realizzata e lo scopo conseguito non costituisce ancora un ordinamento, cioè istituzione » (11).

3. -- È esigenza metodologica corretta propria del giurista partire per le sue costruzioni scientifiche dall'osservazione e dall'analisi della realtà sociale, la quale rivela costantemente un dato, un elemento, l'idea che è interna alla legge (12).

Sottolineamo che si tratta di un punto di partenza, perchè se il giurista si fermasse qui non supererebbe i confini della sociologia giuridica,

(9) CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in « Riv. internaz. filosofia del diritto », 1939, p. 13 e ss.

(10) CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento*, cit., p. 20 mette ben in luce come i due elementi dell'ordinamento giuridico, vale a dire l'organizzazione strutturale di un certo aggregato umano e le sue norme regolatrici, non sono premuti dalla necessità meramente logica, cui abbiamo alluso (quella della concezione normativa), di risolvere l'uno nell'altro elemento per superare la difficoltà speculativa di concepire l'uno senza dell'altro. Restano distinti e staccati, ed hanno sicuramente una propria storia, anche se è fuori dubbio che la storia dell'uno e dell'altro elemento sono intrecciate al punto da doverle considerare correttamente piuttosto come due momenti di una identica storia, anzichè come due storie distinte. L'Autore aggiunge che questa separazione è particolarmente percipua all'occhio dello storico quando riesca a cogliere un ordinamento nella sua fase primordiale. Per l'esigenza che i due elementi passino « in un'unità superiore », CAPOGRASSI, *op. e loc. cit.*

(11) CAPOGRASSI, *op. cit.*

(12) DELOS, *Diritto naturale vigente*, quaderni « Iustitia », ed. Studium, 1951, p. 214.

la quale ha indubbiamente un grandissimo merito, ma anche un innegabile limite (13).

Se il merito della sociologia giuridica e del suo fondatore, l'EHRlich, è come ha osservato CAPOGRASSI, quello di aver voluto soddisfare l'esigenza di attingere la realtà, il dato, la vita del diritto in quanto tale, mettendo potentemente in rilievo la insufficienza di tutte le definizioni del diritto che si fermano al momento della norma, al momento dell'astrattezza, al termine del processo di produzione, riducendosi in definitiva ad essere tautologiche (14), il limite è che nella sua opera di stilizzazione e di idealizzazione dei propri concetti fondamentali, la sociologia, pur lavorando sopra una realtà umana, ha finito di perdere completamente di vista la persona umana (15).

Perciò mentre la sociologia giuridica si arresta alla osservazione della realtà positiva considerata come fatto sociale costitutivo ed esaustivo della società, in quanto anche le diverse rappresentazioni del Bene Comune rimangono incluse in un ordine di fatti, e, concependo il diritto come fatto sperimentalmente osservabile, il suo metodo non può essere che quello induttivo (16) e la sua indagine relativa alla sola fenomenologia del di-

(13) Visti ambedue lucidamente da GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950, p. 64, per il quale « fino ad oggi la scienza ha omesso di indagare quali siano le vere fonti del diritto: non ha cercato il dinamismo che produce il diritto. È vero che tale ricerca conduce sul terreno sociologico ed è quindi meta-giuridica; tuttavia anche questo compito incombe alla scienza del diritto se essa non si vuole limitare ad un meschino positivismo ». Dell'EHRlich v. *La sociologia del diritto*, in « Riv. internaz. di filosofia del diritto », 1922, p. 96 e ss.

(14) CALASSO, *op. cit.*, p. 26.

(15) CAPOGRASSI, *op. cit.*

(16) Per aversi scienza, secondo ARISTOTILE, scrive LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, in « Studia et Documenta historiae et iuris », p. 325 è necessario procedere a tre operazioni fondamentali: 1) ritrovare i principi ricavandoli per induzione (osservando la realtà che si vuole studiare e scoprendo le cause che agiscono in essa); 2) porre questi principi a fondamento della deduzione (ricavando da essi, mediante il procedimento sillogistico, tutte le conclusioni in essi potenzialmente contenute); 3) organizzare ad unità, mediante divisione per generi, specie e parti ecc. una trattazione scientifica ». Per BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934, p. 8 deduzione ed induzione costituiscono come due tendenze affioranti in antitesi fra loro nella scienza giuridica, corrispondenti a due temperamenti contrari di giuristi: propensi i primi alla generalizzazione, attenti i secondi al particolare. L'ALLORIO (*La vita del diritto in Italia*, in « Jus », 1950, p. 55) non è pago della contrapposizione opinata dal BOBBIO. Per l'ALLORIO induzione e deduzione operano solidalmente nel metodo scientifico del diritto. Certamente, egli scrive, l'induzione muove dal particolare, ossia dalle singole norme, ma per ravvisare in esse le tracce di un principio generale inespresso, cui risale; è quindi tendenza

ritto, il diritto deve arrivare alla sua consapevolezza come ordine di valori fondati sulla socialità della persona umana e sui principi generali di diritto naturale (17).

generalizzatrice. Dal principio così ricostruito si scende poi, mercè un procedimento deduttivo, alle applicazioni particolari rispetto a casi non regolati esplicitamente. Più che di questione di temperamenti di giuristi, o di tendenze scientifiche, si tratta per l'ALLORIO di scienza o non scienza. Il giurista, conclude l'ALLORIO, che abbia vocazione di scienziato non potrà che potenziare, nell'opera sua, al tempo stesso, l'ardimento dell'induzione e il rigore della deduzione.

(17) Per BETTI (*Interpretazione della legge e dell'atto giuridico*, Milano, 1949, p. 205) non si può arrivare ai « principi generali del diritto » per via di mera generalizzazione delle norme scritte. Essi hanno carattere di principi finalistici. Il principio generale del diritto è per il BETTI « il pensiero, l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in una specifica formulazione. Essa fa riscontro al problema pratico della norma, ne ispira la *ratio iuris* sotto l'aspetto teleologico, in quanto ne fornisce il criterio di soluzione » (p. 207). Alcune pagine dopo il BETTI svolge il concetto della « eccedenza di contenuto deontologico o assiologico », che si nota nei principi generali rispetto alle singole norme e giustifica l'accostamento di tali principi alle regole del diritto naturale.

Sostiene l'ALLORIO, *op. cit.*, p. 66, che « almeno due precetti positivi, quello che ammette l'interpretazione analogica e l'altro che disciplina i principi generali del diritto come fonte di interpretazione, introducono e, per così dire, costituzionalizzano, accanto all'interpretazione *sub lege*, l'interpretazione *ad finem*. L'analogia fa capo invero all'uguaglianza di *ratio*, ossia all'equivalenza di due fattispecie dal punto di vista teleologico. Quanto ai « principi generali dell'ordinamento giuridico », essi non si possono considerare desumibili dalle norme esistenti mediante una pura astrazione concettuale, ma sono l'espressione delle finalità supreme che l'ordinamento si prefigge ». Anche CAMMARATA, *Contributi ad una critica gnosologica della giurisprudenza*, Roma, 1925, p. 140, I, contrappone tali due metodi interpretativi, osservando che il giurista nell'analizzare e scomporre la costruzione contenuta nella norma e che sarà poi ricomposta in una nuova costruzione, è spesso portato a sciogliere la rigidità formale della dogmatica giuridica con considerazioni e con richiami che dovrebbero spiegare la ragione di essere della norma. Qui interviene in particolare modo la considerazione politica (*lato sensu*) che spodesta, sia pure momentaneamente, la considerazione strettamente giuridica e valuta le azioni, empiricamente intese e la legge stessa come azioni *ad finem*.

Belle le considerazioni del BATTAGLIA (*La crisi del diritto naturale*, Venezia, 1929, p. 126) secondo cui, storicamente, assistiamo ad un processo costante: lo sforzo del diritto positivo di adeguarsi al dover essere, secondo le direttive del pensiero, che nella maturità spiegata percorre il processo storico; o viceversa l'attività rivoluzionaria del principio ideale, che, tenacemente negato dall'ordine costituito che si crede incrollabile sulla base della sanzione pubblica, finisce per trionfare, distruggendo in un cieco impulso di nuove forze ogni ostacolo, ogni barriera, ogni tradizione giuridica... La pressione critica dell'ideale sul reale, della coscienza attiva sulla coscienza riflessa e ipostatizzata della norma si appalesa anche nell'atto

Il fatto dell'organizzazione, cioè, si trasforma in ordinamento solo in quanto le norme che accompagnano il costituirsi del gruppo dei soggetti, che nascono insieme al gruppo, si pongono come adempimento di un principio o di una legge che è veramente il principio fondamentale di tutte le attività giuridiche. Il gruppo si trasforma in ordinamento e passa alla sua seconda vita, per usare l'espressione felice del filosofo, alla sua vita volontaria, quando il soggetto si pone come causa efficiente e finale del diritto: « *hominum causa omne jus constitutum* », Dig. I, 5 (18).

4. — Il CAPOGRASSI ha visto con singolare profondità il punto critico nel quale la teoria istituzionale sarebbe caduta se si fosse arrestata al suo momento polemico con il contrattualismo.

Sono da segnalare queste espressioni che colgono con immediatezza critica il pensiero centrale delle due teorie. « La teoria dell'istituzione vede la necessità immediata del fine e vi piega il soggetto, ma il diritto nasce proprio quando il soggetto cessa di essere chiuso e come ipnotizzato nel fine immediato dell'azione, nella necessità immediata dei fini della vita e trasforma nel suo libero atto di volontà, nella sua esperienza voluta in tutte le sue condizioni concrete la sua prima attività immediata e concreta. La teoria del contratto cade nel difetto opposto della teoria dell'istituzione; questa dà tutto al fatto di vita. La teoria del contratto dà tutto all'atto di volontà che lo afferma. Così accade che alla teoria dell'istituzione sfugge il profondo atto di libertà da cui nasce l'ordinamento giuridico; ed alla teoria del contratto sfugge la profonda necessità ideale

giudiziale dell'interpretazione, ove il diritto naturale si presenta come integrazione del diritto positivo, etica riduzione dell'astratto volere della legge alla volontà attuale del giudice, epperò al concreto mondo morale. In questo senso, ammette BATTAGLIA, possiamo anche noi dire che i principi generali di cui all'art. 3 (del c.c. 1865) delle preleggi, sono i principi del diritto naturale, con la limitazione sulla soluzione integrale di DEL VECCHIO di ridurre il suo valore alla sola sfera filosofica. V. anche CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo*, in « Eresie del secolo », Pro Civitate Christiana.

(18) CAPOGRASSI, *op. cit.* Su questa esigenza umanistica, cfr. il capitolo dedicato all'umanesimo giuridico nel volume del GONELLA, *La persona nella filosofia del diritto*, Milano, 1938; nonché VASSALLI, *Estraneità del diritto civile*, in « Studi in onore di Cicu », Milano, 1951 e IMBERCIADORI, *Umanità della storia giuridica*, in « Studi Senesi », 1955, II, 488. Nel diritto agrario, come in qualsiasi altro campo, l'individualità e la socialità debbono contemperarsi, rimanendo sempre inviolati i diritti fondamentali della persona umana. Questi debbono trovare la loro sintesi e la loro tutela nello Stato, che solo adempiendo questa sua essenziale missione può svolgere la sua attività per il bene comune e meritare così veramente il nome

obiettiva di questo atto di volontà superiore al movimento arbitrario della volontà ambulatoria» (19).

È sintomatica, a questo proposito, la tendenza, che attualmente sembra farsi strada, a conciliare i due concetti.

Il GRECO, ad esempio, in considerazione della natura contrattuale, almeno inizialmente, dei rapporti individuali di lavoro facenti capo all'impresa, sostiene che non vi è incompatibilità fra contratto ed istituzione. Secondo questo autore, infatti, il contratto è uno dei vari eventi idonei a creare delle situazioni giuridiche e se l'istituzione è essa stessa una situazione giuridica costituita da un gruppo sociale unitariamente organizzato secondo fini che trascendono gli interessi individuali dei singoli componenti, ne deriva che il primo può ben rappresentare la causa della nascita o dell'incremento della seconda. Se vi sono istituzioni di origine non contrattuale, possono esservi benissimo anche istituzioni di origine contrattuale, sia che esse nascano, sia che ad esse si acceda normalmente per mezzo di un contratto così detto di adesione (20). Se vi

di stato di diritto, o meglio di giustizia. Così DEL VECCHIO, *Sul diritto agrario*, in questa «Rivista», 1952, I, 238. Sull'umanesimo giuridico di Giorgio Del Vecchio, v. lo studio di RINALDO ORECCHIA, in «Studium», 1958, n. 9, p. 630.

(19) CAPOGRASSI, *op. cit.*

(20) GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 164; CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., p. 31, rilevava potentemente riguardo al contratto «la sua trasformazione nel senso che va cessando di essere volontario». «Il contratto diventa il puro e semplice modo di entrare a far parte delle singole istituzioni e dei singoli rapporti obbiettivi di questo mondo così consolidatosi in immense imprese organizzazioni ed attività collettive. La volontà e la sua libera e profonda fantasia che ha dato vita alla meravigliosa creazione delle forme contrattuali del passato, perde terreno e la sua fantasia si spegne. Il contratto tende a diventare, ormai, com'è notissimo, l'atto di adesione a questo o a quello ordinamento istituzionale che perfino nelle forme esterne dei moduli a stampa (si pensi, mi permetto di interrompere, ai contratti degli Enti pubblici di Riforma), di polizze, e così via, si presenta come esteriore alla volontà del soggetto che non fa che accettare senza formarlo, senza poterlo, né formare, né modificare a suo modo, il rapporto nel quale entra. Come è stato detto esattamente: un «dettato», più che un «contratto». Anche nel contratto che si potrebbe dire di tipo individuale, continua CAPOGRASSI, nel comune contratto, la tendenza all'esteriorizzazione, la tendenza a trasformarsi secondo le esigenze del gruppo nel quale vivono i due soggetti che sono le parti contraenti, a trasformarsi cioè più che mai in un'opera della volontà in un modo obiettivo di convivere si fa strada attraverso le teorie della causa, degli affidamenti e così via. Quasi si direbbe che l'atto di volontà, che dà vita al contratto, diventa la buona occasio di una sistemazione di interessi ed obbedisce ad altri criteri fini ed esigenze che non a quelli della ingenua volontà che ingenuamente aveva preso la iniziativa del rapporto. Questa tendenza ad espropriare la volontà del suo potere è uno dei più caratteristici segni dell'indebolirsi della vita

è libertà per i terzi di entrare o non entrare in una istituzione e per i dirigenti di questa di accettare o no nuovi membri, il consenso prestato dagli uni e dagli altri su posizioni iniziali di innegabile conflitto, non può non essere logicamente un contratto. Ma l'idea di questo non è incompatibile con il fatto che il contraente si sottoponga, appunto aderendo, all'ordinamento che trova preconstituito ed ai fini di esso subordini il proprio egoistico interesse e vincoli la propria condotta, tanto più che un vincolo di questa, in diverso grado, è l'effetto proprio e caratteristico di ogni contratto (21).

Anche l'ORLANDO avverte l'insopprimibilità del momento della volontà nella concezione del diritto. Riferendosi a proposito della legge regolatrice delle associazioni umane («il diritto obbiettivamente è la legge di una determinata organizzazione: ora ciò posto non è meno evidente quest'altra proposizione che lo Stato è una delle organizzazioni umane») alla definizione di MONTESQUIEU: «le leggi sono i rapporti

del soggetto e della sua posizione nel mondo pratico». Come questi pensieri si applichino ai rapporti agrari, ognuno vede da sé. Si ricorda solo il prezioso contributo del BASSANELLI, *La crisi del contratto agrario*, in «Riv. di diritto agrario», 1948, I, 163; Id., *Struttura e funzioni del contratto agrario*, in «Riv. di diritto agrario», 1952, I, 526; Id., *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, in «Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario», 1954, II, p. 604 e per la storia del diritto, ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, 1952.

Il PROSPERETTI, recensendo un libro di ARDAU (*I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1940), sottolineata l'insufficienza della spiegazione contrattuale per il fondamento dei poteri dell'imprenditore, messa in evidenza dall'ARDAU che è indotto al «riconoscimento di un ordinamento giuridico dell'azienda nel senso noto che vi attribuisce il ROMANO» ed a parlare di poteri che sono esercitati in occasione del contratto di lavoro e che «sorgono extracontrattualmente, dal fatto dell'organizzazione aziendale», osserva che è necessario piuttosto ricercare quanto la nozione di contratto possa connettersi con quella di ordinamento giuridico (il CARNELUTTI afferma, del resto, che ogni contratto costituisce un ordinamento giuridico) specialmente nella forma dei contratti associativi, e quanto l'ipotesi contrattuale, sulla quale è costruito tutto il nostro sistema del diritto privato, possa essere utilizzato per spiegare e, diciamo così, per far funzionare una realtà giuridica che a volte non combacia perfettamente con la forma positiva, la quale tuttavia le è imposta per necessità dommatiche e sistematiche: PROSPERETTI, in «Stato e diritto», 1940, p. 392; cfr. anche BIGIARI, *La piccola impresa*, Milano, 1946, p. 109.

(21) GRECO, *op. cit.* e *Lezioni di diritto commerciale*, Torino, 1944, p. 20, nonché, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo codice civile*, in «Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino», 1941-2, uno degli scritti di maggior valore nella nostra letteratura giuridica. Magistrali considerazioni anche in BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 89.

necessari che derivano dalla natura delle cose » egli vi dava, così diceva, un senso che non intende escludere l'altro che si porrebbe antitetico da un punto di vista soggettivo: la legge come affermazione di una volontà (soggettiva) consapevole. Non lo esclude, affermava l'ORLANDO, perchè dato che si riferisce ad un'associazione di uomini è pure conforme alla natura delle cose che in ogni rapporto interumano intercorra un elemento di volontà (22).

Ed egualmente la legge dell'essere, considerata nei rapporti umani, contiene implicitamente l'altro concetto del dover essere conformemente alla vocazione umana irriducibile di adattare a sè conformemente ad una scelta che appare come libera questa o quella maniera di regolamento delle proprie azioni e del proprio destino (23).

5. — Sullo stesso piano della teoria istituzionale, quasi a scoprirne le radici e le innervazioni che la strutturano, si pone la concezione del diritto come *res*, come *res iusta*, come dato, come esperienza, fatto di vita. È noto che questa concezione ha la sua fondazione nella nozione tomista del diritto. S. Tommaso identifica indifferentemente il diritto alla *res*, o all'*opus*, o all'*actio*, che, presi nella loro esteriorità, diventano *res*. I nostri atti, scrive in un prezioso saggio il GRANERIS, avulsi dall'animo, cadono al livello delle cose e solo in quanto possono essere così equiparati ad una cosa e trattati come cosa sono diritto (24).

Come in metafisica, commenta il GRANERIS, S. Tommaso non aveva costruito nè sull'io, nè sulla volontà, nè sul pensiero; ma sull'ente, così doveva basare la sua concezione giuridica non sull'io del soggetto che afferma la propria potestà: soggettivismo (in una concezione siffatta dell'economia e della società il singolo individuo viene considerato come una forza autarchica, atomistica, qualcosa di autonomo, così come in una concezione soggettivistica del diritto si considera libero ed assoluto

(22) ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra Diritto e Stato*, in « Riv. di diritto pubblico », 1926, ripubblicato in « Scritti varii di diritto pubblico generale », 1940, p. 223 e ss.

(23) ORLANDO, *op. cit.*; v. anche GAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in « Studi in onore di CARNELUTTI », vol. I, p. 3 e ss.: « l'ordine giuridico deve essere quello che è, la consapevolezza pratica e l'affermazione della esistenza piena dell'individuo e delle forme sociali, nelle quali la vita umana si concreta nella ricchezza di contenuto e degli istituti che costituiscono il mondo umano della storia »; CICALA, *Elementi ideali ed elementi reali nella formazione del concetto di cosa in senso giuridico*, in « Riv. di diritto agrario », 1942, p. 26 dell'estr.

(24) GRANERIS, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, SEI, Torino, 1949, p. 2 e ss.

l'esercizio del diritto), nè sulla volontà (o sul pensiero) concretata nella legge (normativismo), ma sull'oggettivo ordinamento delle cose (25).

L'accusa di sociologismo che potrebbe essere fatta anche a questa teoria del realismo giuridico, così come è stata fatta, fraintendendo, specialmente dopo i chiarimenti del filosofo, si ribatte facilmente qualora si consideri che la *res* posta a base dell'ordinamento giuridico, non è una cosa bruta, ma è una cosa giusta, dovuta, in cui risplende una *proportio ad alterum*. Non è una *res* opaca e cieca, ma una cosa già illuminata, trasfigurata, spiritualizzata dai riflessi della luce razionale, che investiga « quid in rerum natura latitaret » (S. Agostino, *De civitate Dei*, lib. II, c. 7).

Il realismo giuridico, cioè, non vuol mortificare, sottomettere l'uomo alle cose, alle forze cieche, istintive, si limita piuttosto a mostrare la necessità alla volontà empirica ed ambulatoria di riconoscere schiettamente i « dati » ineliminabili dell'ordinamento giuridico.

Accanto all'affermazione che il diritto è « ipsa res iusta », vi è pure un'altra affermazione di cui bisogna tener conto per una maggiore comprensione del realismo e cioè la legge è « *aliqualis ratio iuris* » (S. Th. II-II, 57, 1 ad 2).

La necessità dell'intervento della legge deriva dalla natura stessa della cosa, per una ragione di *espressione* e per una ragione di *integrazione* (26).

Sotto il primo ordine di ragione va detto che la *res*, dalla quale il diritto — tomisticamente inteso — è definito, non è una cosa qualunque, ma, come si è detto, una *res iusta*. Ora nulla è giusto se viene considerato in sè, nella propria isolata singolarità, perchè la giustizia è rapporto fra più termini: « cum nomen iustitiae aequalitatem importet ex sua ratione iustitia habet quod sit ad alterum; nihil est sibi aequale sed alteri ».

Questa relazione sarà radicata nelle cose, aderirà ad esse, ma esiste anche nella nostra mente che le contempla, anzi essa riceve espressione solo nella nostra coscienza. Questa espressione è la legge. « Senza questa espressione razionale i rapporti di uguaglianza resterebbero allo stato cieco e muto, chiuso entro le cose, estranei al mondo della coscienza, incapaci di attuare l'ordinamento giuridico perchè questo importa un tessuto di atti umani, modellati su quei rapporti reali e l'uomo non può uniformare la sua condotta alle esigenze delle cose, se non esprimendo a se stesso

(25) GRANERIS, *op. cit.* Sul realismo carneltuttiano dedica molte appassionate pagine l'OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, Vita e Pensiero, 1950, p. 457 e ss.

(26) GRANERIS, *op. cit.*, p. 34-5.

quelle esigenze in un'idea che tende a concretizzarsi in una formula la quale, mentre trascrive la situazione oggettiva, diventa la norma degli atti umani ad essa rispondenti. Così il diritto resterà sempre *primo et principaliter* una *res*, ma domanda di essere chiarito in una formula razionale che sarà *ratio iuris* ed anche *ratio operis* e si chiama legge: la quale è condizione indispensabile alla nascita dell'ordinamento giuridico, cioè, al passaggio del diritto dal mondo delle cose a quello delle persone, da situazione di fatto a norma di vita » (27).

Sotto il secondo ordine di ragione va detto che l'integrazione si ottiene in tre modi: *adattamento, deduzione, determinazione* (28).

6. — La legge non è soltanto *aliquis ratio iuris*, ma *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet*

(27) GRANERIS, *op. cit.*, p. 34; la necessità, ma anche la limitatezza della legge, che è ben lungi dal risolvere ed esaurire la vita dell'esperienza giuridica, è ben vista dal CAPOGRASSI nel suo volume, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, p. 9 ss.: « La scienza si avvede — scrive CAPOGRASSI — che la considerazione del diritto come legge non è capace di comprendere in sé e dare ragione di tutta intera la sfera dell'esperienza giuridica. La considerazione del diritto come legge porta ad una restrizione arbitraria della totale sfera dell'esperienza giuridica, poiché la legge è sì la posizione necessaria del diritto, ma la effettiva e completa realtà del diritto — e sia pure del diritto come legge — si ha solo in quanto la legge crea attorno a sé un ordinamento giuridico, in quanto, insomma, un ordinamento giuridico si realizza attorno alla legge. Non la legge perciò come tale, ma la legge come parte saliente e momento essenziale (ma momento) di una realtà organica ed unitaria che può chiamarsi ordinamento giuridico. Le teoriche dell'ordinamento giuridico e dell'istituzione, nate esclusivamente dall'interno della scienza, hanno portato questo fondamentale allargamento al concetto del diritto come legge: che hanno considerata la legge non più come un dovere essere generale, ma come realtà la quale si origina e si realizza in quanto riesce ad organizzarsi in un vero ordinamento. Sia pure inconsapevolmente il concetto di legge viene qui appunto precisato come questa determinazione essenziale che la legge giuridica è quella che ha in sé un principio di energia e di movimento per cui crea attorno a sé un complesso di realtà adeguate, una realtà che nasce e mette capo al comando. Sia l'ordinamento giuridico che l'istituzione non sono che determinazioni e configurazioni di questa realtà, questo inserirsi del principio della legge in una realtà ed informarla di sé, questo diventare la legge il principio di un mondo come forma concreta di esperienza. Solo in questo porsi come concreta forma di esperienza la legge giuridica è legge giuridica, solo in questo porsi il diritto è diritto. Il punto di vista del diritto — aggiunge CAPOGRASSI nella nota 10 — come norma è qui oltrepassato, perché la scienza si avvede che la norma in sé non ha significato o valore, non dice qualche cosa che in quanto si colloca in una realtà organica che è l'ordinamento giuridico e la istituzione ».

(28) GRANERIS, *op. cit.*, p. 34-5.

promulgata. La volontà del legislatore è solo il mezzo dell'affermazione del precetto positivo, è la fonte formale. Il contenuto, la materia, ha un rapporto intrinseco con il bene comune. Il bene comune è il bene della società degli individui, in quanto riuniti in organismo sociale, non considerati l'uno separato dall'altro. Il bene comune, che è il bene della comunità politica, ha come sua proprietà quella di unire gli uomini e fare della moltitudine degli individui un corpo sociale, unico, un tutto unitario (29).

Il bene comune non è il bene del maggior numero, ma il bene al quale è ordinata la comunità. La posizione del bene individuale non si oppone al bene comune: se ne distingue solo « non secundum multum et paucum sed secundum formalem differentiam » (S. Th. II-II, q. 58, ad 7).

(29) DI CARLO, *La filosofia giuridica e politica di S. Tommaso d'Aquino*, Palermo, 1946, p. 79 e ss.; CAPOGRASSI, *L'ultimo libro di Santi Romano*, in « Riv. diritto pubblico », 1951, p. 51, mette bene in luce come, per la teoria istituzionalistica, nella visione generale della realtà del diritto, elemento centrale è, appunto, (non è una tautologia) la realtà, quello che c'è, l'essere — dice ROMANO — più che, o prima che il dovere essere, quello che funziona, che vive, che opera, che si realizza, che è « vigente »... « Ci sono i corpi sociali, hanno necessariamente, in quanto esistono una loro organizzazione, che è appunto il loro concreto esistere: questo esistere è, come tale, visto nel complesso articolarsi delle parti componenti struttura. Questa struttura è l'ordine vitale, l'ordine, cioè, che costituisce la vita propria ed intrinseca di ogni corpo sociale. Questo ordine vitale è il corpo come ordinamento; in questo senso l'ordinamento non è una sovrapposizione alla organica vita del corpo, ma è questa vita stessa nel suo organico formarsi, muoversi, evolversi. L'ordinamento è così il tutto e le sue parti: il tutto che si realizza e vive nelle sue parti e le sue parti che vivono e si muovono, si svolgono nel tutto. È la vita che ordina se stessa; la vita che vive in quanto ordina se stessa e si realizza come ordinamento di se stessa. Questo realizzarsi come ordinamento e come insieme di ordinamenti e l'insieme degli ordinamenti realizzati sono il diritto ». Sono queste pagine fra le più belle della nostra letteratura giuridica e ci paiono fondamentali per una retta impostazione sistematica. Per questa ragione siamo tentati così spesso di citarle a lungo. Storicamente le altissime parole di CAPOGRASSI hanno riscontro in un celebre passo dell'*Apologeticum* di TERTULLIANO, cap. 39 citato dal CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento*, cit., p. 21: « Corpus sumus de conscientia religionis et disciplinae unitate et spei foedere. Coimus in coetum et congregationem, ut ad Deum quasi manu facta precationibus ambiamus orantes... Certe fidem sanctis vocibus pascimus, spem erigimus, fiduciam firmamus, disciplinam praeceptorum nihilominus inculcationibus densamus; ibidem etiam exhortationes, castigationes et censura divina. Praesident probati quique seniores, honorem istum non pretio, sed testimonio adepti. Modicam unusquisque stipem menstrua die, vel cum velit, et si modo velit, et si modo possit, apponit; nam nemo compellitur, sed sponte confert... ».

Il principio unificatore del bene al quale tende l'individuo, è la ragione. Lo stesso legame unificatore degli elementi del bene comune attiene alla ragione, è un legame di ragione. La legge dispone gli elementi costitutivi del bene comune secondo l'ordine razionale, costituendo il modello, in conformità del quale si realizza il bene nella comunità. La legge dispone in modo razionale le forze tutte sociali di una comunità e quel che ne risulta è il bene comune (30).

I beni particolari sono discontinui, mentre il bene comune è *continuo*, è un ponte che unisce, che dà continuità alle varie specie dei beni (31).

« Il continuo può risultare da un processo meccanico, deterministico, rigido, come pure da un processo organico; può procedere per sviluppi non determinati, ma liberi, non causali, ma teleologici. È a questo pro-

(30) « Il bene comune ha una funzione unificante, più integrativa che specificativa », scrive il GONELLA, in *La nozione di bene comune*, Milano, 1938, p. 36. È questa appunto la funzione della forma la quale unifica una materia infinitamente complessa perchè infinitamente divisibile e varia. A confutare il preteso contrasto tra bene particolare e bene comune basterebbe richiamare il fatto che questo è *ordine*, disposizione ordinata di beni particolari. ... La legge del bene comune non è la legge della concorrenza, ma quella della concordanza. Perchè il bene sia veramente comune, si riverberi sui particolari è necessario che il fine comune risulti, non dalla eliminazione di un fine particolare a beneficio di un altro fine particolare (concorrenza), ma dalla *coordinazione* dei fini particolari in relazione al fine generale. Il comune non è mai qualcosa di distinto da ciò che è pluralità. Specialmente nel diritto germanico la proprietà della famosa *Genossenschaft* non è altro che « una comproprietà della somma di beni in mano comune ». Per un'applicazione pratica di questa teoria cfr. BOLLA, *Terre civiche e proprietà comuni di consorti coeredi regolate dal Laudo*, in « Archivio Alto Adige », vol. XLIV, 1951.

(31) Secondo CHEVALIER, *Le continu et le discontinu*, in « Les Cahiers de la nouvelle journée », XV, il rapporto tra bene particolare e bene comune è chiarito dal rapporto tra la categoria del discontinuo e del continuo. « La categoria del continuo, osserva il GONELLA, *op. et loc. cit.*, corrisponde alla categoria aristotelica della forma della qualità, distinta dal discontinuo che è la categoria della materia, della quantità. La materia è perfezionata nella forma, la quantità nella qualità, il discontinuo nel continuo, il molteplice nell'uno ». « Le Bien Commun n'est pas une somme de Biens individuels, un agregat de discontinus; c'est un continuum sur le quel branchent les Biens individuels » — scrive MICHEL, *La notion thomiste du Bien Commun*, Paris, 1932, p. 101-3. I beni particolari sono discontinui appunto perchè riferiti ad una persona che è qualcosa di determinato, di finito, di distinto. L'uomo, osserva il GONELLA, in un primo momento tende alla divisione, al discontinuo, al bene particolare. Come non afferra l'universo nella sua totalità così non afferra il bene nella sua comunità. Prima conosce i beni, poi il bene; ed il bene delle comunità più vicine all'individuo (famiglia) sarà sentito prima e con maggiore intensità del bene delle comunità più lontane (società degli Stati), cioè delle comunità alle quali l'individuo partecipa solo indirettamente.

cesso finalistico del continuo che va comparato il processo di costituzione di un bene comune come sintesi integrativa di beni particolari (32).

« Riguardo al problema della proprietà la considerazione della funzione individuale dei beni si basa su una visione discontinua dei beni stessi, mentre la considerazione della funzione sociale della proprietà si basa su una visione continua dei beni. In conclusione si può dire che definendo il bene comune quale continuo si caratterizza il momento della unità e della durata, in confronto con la molteplicità e l'instabilità dei beni particolari (33).

Raggiungendo il bene comune e cioè inserendosi nel tutto, nell'organismo sociale con il realizzare in sé la vera umanità, che è fatta di ragione, si raggiunge anche il bene proprio, cioè, il vero bene dell'individuo che non è confondibile però con il bene egoistico.

Per essere veramente comune e non particolare, il bene comune non sarà solo il bene di una maggioranza, sia pure qualificata, ma in quanto attuazione di giustizia tutelerà anche il bene della minoranza.

7. — Il BETTIOL ha acutamente notato (34) come l'uguaglianza che attua il bene comune ridotto alla giustizia non ha niente a che vedere con l'uguaglianza della concezione marxista. Il materialismo economico ha, infatti, concepito il diritto come una sovrastruttura delle relazioni economiche, come un prodotto delle classi sociali lottanti per l'egemonia. La classe preponderante sintetizza gli interessi suoi propri in norma e sancisce questi ultimi come legalmente obbligatori. E poichè il predominio di una classe non è duraturo e d'altra parte gli interessi non permangono identici, anche il diritto è di contenuto mutevole (35).

Il marxismo, partendo dal primato dell'interesse economico nel campo giuridico, tende a sgretolare ogni precostituita posizione di favore attraverso lo smantellamento delle norme che tale posizione vorrebbero tutelare in nome degli interessi di gruppo o di categoria.

(32) GONELLA, *op. cit.*

(33) GONELLA, *op. cit.*

(34) BETTIOL, *Il positivismo di F. Carnelutti*, Archivio penale, 1948, 286.

(35) Sono esatte le osservazioni del GALLONI (*Il contributo della giurisprudenza alla evoluzione sociale ed economica dell'agricoltura italiana con particolare riguardo ai fattori produttivi*, relazione letta alla XVII Riunione scientifica della Società italiana di economia, demografia e statistica, i cui Atti sono in corso di stampa), che il diritto è un fenomeno culturale e perciò spirituale, la presa di coscienza del tipo e del modello (dover essere) della organizzazione sociale. Proprio per questo, sostiene GALLONI, deve respingersi la concezione materialistica che considera il diritto come la meccanica e deterministica protezione della struttura economica.

Il bene comune, ridotto a giustizia, non è nemmeno conciliabile nell'altra sua riduzione alla sicurezza con la concezione del liberalismo, di cui è valido assertore il Kelsen. Il liberalismo parte dal primato della politica come garanzia della libertà individuale ed il metodo della *Be-griffjurisprudenz* tende attraverso la depurazione dei concetti giuridici a garantire nella maniera più efficiente la libertà dell'individuo da ogni intervento che non sia regolato dal diritto (36).

Pare piuttosto che la teoria dell'istituzione rappresenti l'espressione giuridica nuova della nozione di bene comune (37).

È stato affermato dal RENARD che il ricorso per eccesso di potere — istituto strettamente collegato al concetto di potere, essenziale emanazione dell'istituzione — traduce in forma di procedura la dottrina tomista del bene comune. Nel perseguire la soddisfazione del bene comune « le querant satisfait son bien propre en tant qu'il est engagé dans le bien commune: qui quaerit bonum commune quaerit proprium, quia bonum proprium non potest esse sine communi et bona dispositio partis est in respectu ad totum » (38).

8. — L'istituzione è un ordinamento giuridico, una sfera a sè, più o meno completa, di diritto obiettivo (39). Che l'istituzione sia un ordinamento, per il ROMANO, non è dubbio. « Le parole organizzazione, sistema, struttura, edificio ecc. ... con cui la si qualifica, tendono per l'appunto a mettere in vista questo concetto, nè diverso è il significato etimo-

(36) In genere, come è stato osservato, la strumentalità della legge deriva dalla introduzione di scopi assoluti, supremi, per cui si manifesta la tendenza ad escludere alcune di quelle limitazioni rispondenti obiettivamente al principio della certezza del diritto, ma che costituiscono un limite che lo Stato credeva di doversi imporre in omaggio alla libertà ed ai diritti dei singoli. L'esistenza di beni assoluti, considerati insostituibili e come tali ammessi dall'ordinamento, pone in stato di subordinazione il criterio della certezza alla giustizia del caso singolo ed agli interessi della collettività; cfr. JEMOLO, *Peculiarità del diritto penale ecclesiastico*, in « Scritti in onore di F. Cammeo », vol. I, p. 732; Id., *Il nostro tempo ed il diritto*, in « Archivio giuridico », 1932, p. 144. Che il principio della certezza del diritto costituisca un progresso enorme della civiltà è storicamente provato e ripetutamente affermato: cfr. JHERING, *Esprit du droit romain*, Paris, 1886, v. II, p. 28; DUGUIT, *Droit const.*, 1927, v. I, p. 65, e tutta la letteratura richiamata anche nello scritto di ASCARELLI, *Certezza del diritto ed autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in « Il diritto dell'economia », 1956, n. 10.

(37) Riserve critiche fa il DI CARLO, *op. et loc. cit.*

(38) S. TH. II^a, II^{ae}, q. 47, 10.

(39) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1945, p. 29.

logico della parola Stato, con cui si designa adesso la più importante delle istituzioni e prima si designavano anche altri enti pubblici, specialmente i Comuni. Che poi tale ordinamento sia sempre e necessariamente giuridico, risulta dall'osservazione che scopo caratteristico del diritto è per l'appunto quello dell'organizzazione sociale » (40).

Dal concetto di ordinamento giuridico dato dal ROMANO si può dedurre come logico corollario che vi sono tanti ordinamenti giuridici quante sono le istituzioni (41).

« Senonchè questo principio, che si potrebbe dire della pluralità degli ordinamenti giuridici, mentre è incontestato per quello che concerne i vari Stati e anche, almeno nella dottrina più recente, per i rapporti fra diritto internazionale e i diritti statuali, è, invece, spesse volte energicamente negato per tutti gli altri ordinamenti. Per essi si pone, molto di frequente, la tesi che debbano tutti e senza eccezioni ridursi al diritto statale. Anzi sarebbe lo Stato che imprimerebbe loro il carattere giuridico, sia quando li costituisce direttamente, sia in quanto non fa che riconoscerli. Che se tale riconoscimento non si ha, come nel caso di istituzioni ostili allo Stato o comunque contrarie ai principi essenziali da esso posti a base del suo diritto, siffatte istituzioni sarebbero da considerarsi come antiggiuridiche, non solo rispetto a quest'ultimo, il che è naturale, ma anche in sè per sè. Non ci sarebbero così altri veri ordinamenti giuridici se non quello statale e quello interstatale: gli altri sarebbero pertinenze, immediate o mediate, del primo, elementi integranti del suo sistema, o, al più, suoi satelliti. Il diritto non sarebbe che una forza o una volontà, che si irradierebbero

(40) ROMANO, *op. cit.*, p. 35.

(41) Dal ripudio, cioè, della concezione dell'ordinamento giuridico come complesso organico delle norme statuali e dalla affermazione del carattere istituzionale del diritto, che diviene un genere, di cui lo Stato è una specie, deriva direttamente la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, della attribuzione del carattere di ordinamento giuridico anche a istituzioni non statuali. Un'ampia bibliografia si trova nell'opera del ROMANO, *cit.*, p. III-4. Fra i giuristi che hanno fatto buona accoglienza alla teoria istituzionale, anche se con qualche parziale riserva o critica, v. ORLANDO, *Stato e Diritto*, in « Diritto pubblico generale », Milano, 1940; DEL VECCHIO nei suoi numerosi ed importanti contributi, *Sulla statualità del diritto, Individuo, Stato e corporazione, Stato e società degli Stati*, raccolti nel volume « Saggi intorno allo Stato », Milano, 1935, rispettivamente a p. 9, 87, 171; *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1946, p. 290-308; ZANOBINI, *Gerarchia e parità fra le fonti*, in « Scritti giuridici in onore di SANTI ROMANO », Padova, 1940 e *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1947, p. 5 e ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 95 e ss., 169 e ss.; CESARINI SFORZA, *Ordinamenti giuridici*, in « Nuovo digesto it. »; M.S. GIANNINI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici*; ROMANO-Salvatore, *Ordinamenti giuridici privati*, Milano, 1955.

dallo Stato (nella comunità internazionale, da più Stati), e soltanto da esso (42). « In tanto questa tesi, oltre, che col concetto di diritto che abbiamo delineato, ci sembra in aperto contrasto con la storia e la vita giuridica odierna quale si svolge nella realtà » (43).

« Che tale concezione sia relativamente recente, non è dubbio — continua il ROMANO — almeno come concezione che affermi un principio teorico. Il che non esclude che, in certe epoche e specialmente nell'antichità, l'unico ordinamento giuridico che si sia preso in considerazione dai giuristi e dai filosofi sia stato quello statuale: nè una estensione di tale limitato punto di vista sembra che possa rinvenirsi nell'idea, comunque intesa, che i romani ebbero dell'*ius gentium* o *naturale*, in rapporto all'*ius civile*. Ciò però non è avvenuto in forza di una teoria, della quale non è dato trovare tracce, ma per una serie di circostanze di fatto che lasciarono nell'ombra altri ordinamenti, che non si ebbe occasione di mettere in rilievo e di usufruire pel concetto generale del diritto in senso positivo. Nel medioevo, invece, per la stessa costituzione di quella società, scissa, anzi frantumata in molte e diverse comunità, spesso indipendenti o debolmente collegate fra loro, il fenomeno della pluralità degli ordinamenti giuridici ebbe a manifestarsi con tale evidenza ed imponenza, che non sarebbe stato possibile non tenerne conto. A prescindere da altri, che pure ebbero uno spiccato carattere di autonomia, basti ricordare il diritto della Chiesa, che certamente, non si sarebbe potuto considerare come parte del diritto dello Stato. Senonchè, con l'affermarsi del c.d. Stato moderno e come conseguenza dell'allargarsi della sua forza e del suo predominio su altre comunità, fino allora indipendenti ed ad esso talvolta antagonistiche, poté aversi l'illusione di aver unificato l'ordinamento giuridico e poté svolgersi, senza una troppo palese e stridente contraddizione con la realtà, la teoria che vede nello Stato il signore e l'arbitro non soltanto del suo diritto, ma di tutto il diritto » (44).

Tale fenomeno, secondo il VASSALLI (45), si produsse in connessione con la compilazione dei codici delle leggi civili da parte degli Stati. « La quale non fu all'origine, opera diversa da quella compiuta per secoli dagli stessi giureconsulti: pel contenuto i lavori di Cocceio o di Pothier o di Domat non differiscono dal *code civil* o dal codice civile generale austriaco o dal *Landrecht* prussiano. Fin qui il potere pubblico

(42) ROMANO, *L'ordinamento cit.*, p. 87.

(43) ROMANO, *op. cit.*, p. 88.

(44) ROMANO, *op. cit.*, p. 89.

(45) VASSALLI, *Estrastatalità cit.*, p. 484.

si assumeva un compito che riteneva di pubblica utilità e lo attuava in luogo dei privati. Senonchè la codificazione ad opera dello Stato si accompagnò fin dalle origini con altro pensiero. È il pensiero degli uomini del 1789...; il pensiero per cui il diritto positivo si identifica tutto con la legge, intesa come manifestazione diretta o indiretta, della volontà dello Stato; per cui debbesi ricercare l'intenzione del legislatore e in questa intenzione si identifica il diritto positivo; un pensiero, infine, che pone l'onnipotenza giuridica del legislatore, da poichè col culto del testo di legge e della intenzione del legislatore il diritto viene posto del tutto nelle mani dello Stato » (46).

Entro il più vasto e sovrano ordinamento statuale, ogni gruppo sociale, che avverte specifici problemi di organizzazione è portato a darsi un proprio ordinamento e a generare quindi un proprio particolare diritto (47).

« Il formarsi di aggregazioni sociali con propri specifici ordinamenti, non connessi in origine con quello dello Stato, è un fenomeno che suole osservarsi solo rispetto ad alcune figure tipiche di maggior rilievo: quali ad es. certe organizzazioni corporative dell'evo medio, e sopra tutto le grandi società religiose, prima fra tutte la Chiesa romana. Ma in verità il fenomeno, salve le differenze di proporzioni, ha un carattere universale; poichè ogni raggruppamento sociale tende naturalmente a generare un proprio diritto; o meglio ha già in sè attuata (in quanto sia un vero e proprio raggruppamento sociale e non un semplice caos) in una certa maniera la forma logica del diritto; e continua a svolgere le sue norme in questa medesima forma (48).

(46) VASSALLI, *op. et loc. cit.*; ASCARELLI, *Certezza del diritto ed autonomia delle parti nella realtà giuridica, cit.*, p. 1249, che l'Umanesimo e la formazione degli stati moderni hanno visto la crisi del *mos italicus juris docendi*; lo Stato nazionale del secolo XIX si è accompagnato con il positivismo giuridico; all'improvviso erompere della rivoluzione industriale in Germania sulla fine del secolo scorso è seguita la crisi di quella *Begriffjurisprudenz* che era nata dalla pandettistica; la crisi della sovranità dello Stato nazionale si è riflessa nella revisione del principio della statualità del diritto e nel riconoscimento della giuridicità propria di ogni istituzione...

(47) GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, Comunità, 1949, p. 93-4, scrive che ogni gruppo ed ogni unione possiede la capacità di produrre il proprio ordinamento giuridico autonomo atto a regolare la propria vita interiore. I gruppi e le loro unioni, ancor prima che intervenga lo Stato partecipano in quanto centri produttori autonomi di legislazione giuridica alla trama complessa della vita del diritto, ove i diversi ordini giuridici si confrontano, si combattono, si compenetrano, si equilibrano e si ordinano gerarchicamente nel più vario modo. Cfr. gli Autori citati alla nota (41) e BETTI, *Diritto romano*, I, p. 4.

(48) DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto, cit.*, p. 29.

9. — Il diritto agrario si rivela proprio come un settore di quel diritto dei privati che i privati stessi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo, in mancanza o nella insufficienza della legge statale: « diritto che attualmente non emana nè dallo Stato — pur sorgendo entro lo stesso ambito sociale che lo Stato delimita — nè dagli enti di carattere territoriale che dello Stato sono organi e neanche di quell'ente che è uno Stato prevalentemente spirituale, cioè la Chiesa » (49).

Il diritto agrario, in altre parole, è un diritto di organizzazioni collettive preesistenti allo Stato, ovvero sorte bensì nell'ambito dello Stato, ma sviluppatasi in modo autonomo (*iuxta propria principia*) (50).

Potremmo affermare con piena legittimità che se vi è un settore

(49) CESARINI SPORZA, *Il diritto dei privati*, in « Riv. it. sc. giur. », 1929, p. 43.

(50) DEL VECCHIO, *Sulla statualità*, cit., p. 27: in questo senso si muove la ricerca scientifica del BOLLA nei suoi numerosi scritti: *L'autonomia del diritto agrario*, in « Riv. di diritto agr. », 1929, I, 564; *L'ordinamento giuridico dell'agricoltura e le sue nuove esigenze sistematiche*, in « Riv. di diritto agrario », 1933, I, 435; *Il fondo nei suoi aspetti giuridici*, in « Atti del I congresso nazionale di diritto agrario », Firenze, 1935, 266; voce *Contratto agrario*, in N.D.I., Torino, 1936; *L'azienda agraria come oggetto di garanzia nel credito agrario*, in « Riv. di diritto agrario », 1939, I, 21 (in collaborazione con GERMANI); *Per una legge organica dell'agricoltura: presupposti e sistema*, in « Atti del II congresso naz. diritto agrario », 1939, 137; *Le basi giuridiche della produzione agraria*, in « Riv. di diritto agrario », 1940, I, 337; *L'articolo 44 della Costituzione italiana e la sua interpretazione organica*, in « Riv. di diritto agrario », 1949, I, 1; *Della proprietà fondiaria agraria come situazione oggettiva e come istituzione tipica*, in « Atti del III congresso naz. 1952 » ed in « Riv. di diritto agrario », 1952, I, 506; *Aspetti e problemi scientifici e didattici del diritto agrario nel presente momento storico*, in « Riv. di diritto agrario », 1956, I, 254 ss.; *Alcuni risultati scientifici del primo convegno internazionale di diritto agrario*, in « Riv. di diritto agrario », 1957, I, 1. Presupposto del modo di formazione del diritto georgico è il fenomeno della *socialità* ossia della *aggregazione* che si riproduce naturalmente dovunque sia una comunanza di interessi. Accanto all'aggregato statale, altri gruppi tendono a produrre diritto per la disciplina interna di essi. In ogni ordinamento giuridico agrario è costante la tendenza dello Stato a rispettare l'autonomia dei gruppi ed anzi a decentrare facoltà di autoregolamentazione, all'evidente scopo che la volontà e gli interessi dei vari gruppi si manifestano aderendo alle particolari situazioni giuridiche. In questo settore del diritto appare in tutta la sua esattezza l'affermazione del CARNELUTTI secondo cui « la produzione giuridica non è tutta accentrata nell'officina dello Stato, legislatore e giudice: accanto a questa vi è una produzione decentrata la quale si estende con una fitta rete di altri opifici, man mano meno importanti e più numerosi, fino ad una vera forma che oserei chiamare di produzione a domicilio: CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 107-8; cfr. BOLLA, *Dispense ad uso degli studenti*, corso di lezioni, inedito.

dell'esperienza giuridica nel quale il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici trovi conferma, questo è il settore dell'agricoltura. Basti pensare, ad es., alla natura giuridica delle comunioni tacite familiari (art. 2140 c.c.). Tra le varie teorie in cui la dottrina si è dibattuta sotto l'ipoteca dell'antitesi fra comunione e società, teoria obiettiva la prima, che desume la natura dell'istituto *ex re*, dalla situazione stessa (quasi contratto, comunione di tipo romano) (51), o a mani riunite (52), teoria soggettiva la seconda che postula una base contrattuale — società particolare d'arte o mestieri (53), o universale (54), o *sui generis* differenziandosi per l'elemento familiare (55), o società particolare di guadagni (56), pare da seguire quella che riconosce in tali istituti un aggregato istituzionale, basato su vincoli parentali che ripete la sua disciplina da tradizionali norme consuetudinarie (57).

Altri esempi ci vengono forniti da tutti quegli ordinamenti gentilizi collettivistici che organizzatisi in aziende speciali secondo la legge forestale del 30 dicembre 1923, n. 3267, si amministrano per mezzo delle loro assemblee e si regolano in conformità dei propri statuti. Si ricordano le « consorzierie » della Valle d'Aosta, le « partecipanze » delle Valli dell'alta Lombardia, le « vicinie » e le « regole » del Trentino e del Cadore, le « interessenze » dell'alto Adige, le « proprietà consortili » dell'Istria (58).

Le indagini del BOLLA, svolte in ripetuti, felici contributi (59) i

(51) BONFANTE-MAROI, *Note al Windscheid*, VI, p. 169.

(52) SCIALOJA, *Origine delle società commerciali*, in « Saggi », 1927, I, 229.

(53) ARCANGELI, *Corso*, p. 48; MICALORI, *De fratibus*, II, 4.

(54) FIERLI, *Doctorum theoriae*, Firenze, 1801, I, 133.

(55) VERGA, *Le comunioni tacite familiari*, 1930, p. 167; MOSCHELLA, *Famiglia colonica, soggetti di essa e requisiti per parteciparvi*, in « Foro it. », 1934, I, 11; PONTICELLI, *Natura giuridica ed organizzazione della famiglia colonica toscana*, in « Studi senesi », 1941.

(56) BARASSI, *Mezzadria*, in « Enciclopedia giur. it. », p. 577.

(57) MAROI, *Lezioni di diritto agrario*, Roma, 1946, p. 147.

(58) MAROI, *Il diritto agrario e le sue fonti*, in « Riv. di diritto agrario », 1953, I, 112.

(59) BOLLA, *Per la tutela della proprietà comune «regoliera» del Cadore*, Firenze, 1945; BOLLA, *Le comunioni familiari ereditarie dei territori alpini e la legge 16 giugno 1927 sul riordinamento degli usi civici*, in « Italia forestale e montana », 1947, p. 17; BOLLA, *La legislazione della montagna. Per la revisione della vigente legge forestale 30 dicembre 1923, n. 3267*, in « Congresso nazionale della montagna e del bosco », Firenze, 1947; BOLLA, *Per la tutela ed il progresso della proprietà comune dei montanari nel quadro della Costituzione italiana*, in « L'Italia forestale e montana », 1948, 323; BOLLA, *Le comunioni familiari dei territori montani ed il loro diritto*

cui risultati sono stati in parte condivisi dal legislatore (60), hanno dimostrato che il fenomeno della proprietà comune dei montanari è il frutto di forme storiche di aggregazione tipiche dei coloni della montagna, aventi una propria competenza normativa.

Queste organizzazioni producono esse stesse il proprio ordinamento autonomo (statuti, regole, laudi) che segna un netto distacco fra le comunioni tacite familiari e le terre civiche (61).

10. — Chiarita l'istituzionalità del diritto agrario (61-bis), inteso come l'ordinamento giuridico-istituzionale dell'agricoltura, finalizzato al bene comune, viene facilitata la ricerca intorno al problema della sua particolarità (62). La quale si pone sulla base della considerazione che accanto

particolare (a proposito dell'art. 34 della legge Fanfani per la montagna», in «Bull. Ag.», Milano, 20 marzo 1953; BOLLA, *Famiglia e proprietà terriera nelle regioni di montagna ed in particolare nella Valle di Amprezzo*, in «Italia forestale e montana», 1951, 53; BOLLA, *Il progetto della legge per la montagna; conservazione e tutela dei patrimoni ereditari delle famiglie contadine*, in «Italia forestale e montana», 1952, 57; BOLLA, *Terre civiche e proprietà comuni di consorzi coeredi regolate dal Laudo*, op. cit.

(60) V. la legge sulla montagna 25 luglio 1952; v. anche l'art. 16 della proposta di legge in materia di usi civici, presentata dai deputati della «Coltivatori diretti».

(61) V. Autori citati alle note (58) e (59), e soprattutto BOLLA, *Terre civiche*, op. cit. *passim*.

(61-bis) Si capisce perchè — dato questo carattere ed essendo la consuetudine tipicamente involontaria — il diritto agrario sia un diritto prevalentemente consuetudinario.

(62) Il diritto agrario sorge per regolare un complesso di rapporti (scrive il professor BOLLA, nel suo *Corso di lezioni ad uso degli studenti*) determinati da particolari esigenze della attività agricola, della quale sono soggetti persone qualificate, ed oggetto un ordine di beni sui quali si fondano interessi pubblici e privati. Data la natura e qualità dei rapporti la particolare fisionomia degli interessi e dei rapporti, il diritto agrario non è un'eccezione, ma un *diritto speciale*, ossia una *specificazione*, uno sviluppo, un completamento del *diritto generale*: v. DONATI, *Fondazione della scienza del diritto*, Padova, 1929, p. 217 e ss. Il diritto agrario, continua il professor BOLLA, ha un proprio contenuto, proprie fattispecie, persone beni e rapporti tipici, caratterizzati dallo scopo che è costituito dall'attività produttiva. Concorre, appunto, a stabilire un distacco tra il diritto generale e il diritto speciale l'elemento *finalistico* o *teleologico* (o politico-legislativo in senso ampio) il quale spiega il perchè sorge una determinata norma o un dato istituto, quale finalità essi tendano a conseguire. Oltre che diritto particolare è anche un diritto autonomo: v. per questo problema la indagine del FRASSOLDATI, *Sulla autonomia giuridica del diritto agrario: ricerca dei principi generali della materia*, in «Atti

al diritto generale si sviluppa per particolari rapporti della vita o per certe classi di persone o cose un *jus proprium*, un diritto, cioè, più

del primo convegno inter. di diritto agrario», Milano, 1954, vol. I, p. 145 e ss.; SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 88, nega la validità teorica del diritto singolare e la sua eventuale identificabilità con il diritto speciale: «È infatti superfluo ricordare che non comune si dice anche il diritto speciale, che senza dubbio, non è diritto singolare: nessuno ha mai considerato singolare il diritto commerciale, o il diritto agrario, o il diritto finanziario, o tanto meno il diritto amministrativo, o qualche altro ramo del diritto a cui esattamente o inesattamente, è stata attribuita la qualifica di speciale, in antitesi a quella di comune, riservata specialmente, sebbene non solamente, al diritto civile». Potentemente NICOLÒ, in un lavoro che avremo occasione di richiamare in seguito più volte (*Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in «Riv. di dir. comm.», 1956, I, 177 e ss.) mette in rilievo come alla dialettica esterna imperniata sull'antinomia: diritto comune-diritto speciale, superata dalla unificazione legislativa del diritto privato, sia succeduta una dialettica interna nel sistema unitario del diritto privato. Per NICOLÒ la soppressione del codice di commercio e la conseguente unificazione legislativa del diritto privato costituiscono una innovazione sistematica che «non può essere considerata alla semplice stregua di una formula tecnicamente migliore per la disciplina della materia, ma deve essere intesa, quali siano le contingenze ed i motivi occasionali che apparentemente può sembrare l'abbiano determinata, come il segno di un effettivo consapevole superamento, in sede storica, del processo dialettico che portava a distinguere e a contrapporre un diritto comune e un diritto speciale dell'attività commerciale. L'ordinamento giuridico dell'impresa nei suoi aspetti, soggettivo ed oggettivo, strumentale e finale, che assorbe la più gran parte dell'attività economica, non può non essere oggi al centro di una codificazione che pretenda di essere moderna, e considerare tale ordinamento come un diritto speciale sarebbe davvero anacronistico e antistorico... La espressione più vivace di questo nuovo processo è rappresentato per NICOLÒ dalla contrapposizione tra *proprietà ed impresa*, «l'istituto giuridico del passato e quello dell'avvenire, l'aspetto statico e l'aspetto dinamico dell'attività umana, ma entrambi realtà vive ed operanti: a questa nuova dinamica delle situazioni cardine del diritto privato la dottrina civilistica non può e non deve rimanere estranea, perchè anzi essa è la più qualificata, per la sua raffinata preparazione dogmatica e per la sua tradizionale tendenza alla teorizzazione, ad elaborare sul piano formale, questi nuovi dati dell'esperienza giuridica e ad inserirli nel quadro di una rigorosa indagine scientifica, depurandoli da quegli elementi materiali, economici, sociologici o di altra natura, che non hanno peso immediato in una visione formale della realtà giuridica». Aderisce sostanzialmente all'impostazione del NICOLÒ, l'ORLANDO CASCIO, *Dell'impresa agricola*, in «Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo», vol. XXV, 1956, p. 7; cfr. anche le interessanti e sostanziose pagine dedicate all'argomento dal ROMAGNOLI, *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Milano, 1957, p. 125 e ss. ed in particolare sulla dottrina del NICOLÒ, p. 153 e ss.

Per una salda ricostruzione storica circa la giustificazione degli ordinamenti particolari, v. CALASSO, op. cit.

vicino alle esigenze di determinati rapporti, con un sistema autonomo di principi elaboratisi attraverso una specificazione di quelli generalissimi che presiedono allo svolgimento dell'ordinamento giuridico generale (63).

Ora il nostro Codice e la Costituzione, in specie, impostano tutto un gruppo non indifferente di norme in riferimento ad un certo ordine di beni, alla loro destinazione produttiva, alla loro funzione economico-sociale (64).

Così facendo, il legislatore italiano riprende un'antica tradizione che affonda le sue radici nel diritto romano e che ha larghi riscontri negli ordinamenti giuridici europei. Si può ricordare la funzione dell'utilitas come elemento qualificatore di una diversa disciplina delle cose (65), le

(63) FRASSOLDATI, *op. cit.*, p. 151; la peculiarità del fatto tecnico dell'agricoltura ed il complesso normativo che ne deriva, e nel quale ha una preminenza la consuetudine non bastano a concretare quella tipicità che conferisce il crisma del diritto speciale. Il fatto tecnico, infatti, pur generando un vasto complesso normativo, potrebbe non provocare sensibili deviazioni dai principi comuni; la consuetudine, poi, non serve a stabilire l'autonomia perchè è il contenuto delle norme che crea il sistema, non già la qualità delle fonti da cui deriva: pp. 158-9. Riscontrata la specialità della materia è necessario accertare altresì « un complesso organico di norme, retto da propri principi generali diversi da quelli del diritto comune ». La concorrenza di tutti e tre questi elementi giustifica l'autonomia. Cfr. il sempre fondamentale studio dell'ASCARELLI, *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*, in « Atti I Congresso naz. dir. agrario », Firenze, 1936, p. 104 ed ivi i risultati del dibattito sull'autonomia del diritto agrario svoltosi nelle pagine della « Rivista di diritto agrario », nelle annate 1928-1929. Nella formazione di sistemi equitativi che poi prevalgono su quelli tradizionali può ravvisarsi una ulteriore giustificazione tra diritto speciale e diritto comune: ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia privata*, cit. Significativo a questo proposito richiamare il principio del minor formalismo, del divieto di usura, l'equivalenza tra vantaggi ed oneri nei negozi, segnalato dal BOLLA, nel *Corso di Lezioni*, inedito.

Che sia giusta la pretesa del diritto agrario ad essere riconosciuto e maggiormente sviluppato come disciplina giuridica propria di alto valore, lo afferma autorevolmente l'HEDEMANN, *Sguardo retrospettivo sul convegno internazionale di diritto agrario*, in « Riv. di diritto agrario », 1955, I, 247.

(64) FINZI, *Riflessi privatistici della Costituzione*, *op. cit.*; BOLLA, *Della proprietà fondiaria agraria come situazione oggettiva e come istituzione tipica*, *op. cit.*; BONFANTE, *Forme primitive ed evolutive della proprietà romana*, in « Scritti giuridici », II, 1918; BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, p. 691 e ss.; ROMAGNOLI, *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, cit., p. 43 e ss.; SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in « Il diritto dell'economia », 1956, p. 163 e ss.

(65) CICALA, *Il concetto dell'utile e sue applicazioni nel diritto romano*, Torino, 1910.

res mancipi del diritto romano classico, elemento essenziale, del contenuto della proprietà sociale del gruppo agnaticio e quindi in rapporto con le esigenze dell'organizzazione particolare nel diritto romano, il fundus, la cui destinazione economica sociale lo classificava tra le res mancipi. Come i Romani, anche i Greci distinsero i patros ed i pappoa, i tedeschi l'Alod e gli istituti che ne derivarono (Erbgut, Stammgut), gli Anglosassoni la proprietà reale (realty) e la proprietà personale (personalty), l'antico diritto consuetudinario francese i beni aviti ed acquisiti (propres et acquêtes) (66).

In tutti questi casi, pur nella varietà spaziale e temporale delle relative fenomenologie, quel che si rivela è una disciplina normativa tendente costantemente ad una più rigorosa tutela di questi beni (67), ed ad un controllo della loro circolazione, sia nei trasferimenti *inter vivos* che *mortis causa* (68).

La diversità del fine, cui la proprietà dei beni produttivi è destinata in confronto a quella dei beni d'uso, giustifica una regolamentazione differenziata, tanto più evidente nei sistemi ad economia controllata (68-bis).

11. — È affermazione autorevole quanto preziosa, espressa già da tempo in uno scritto fra i più originali e profondi della nostra letteratura, che il sistema del diritto privato tende a dissolversi, ma soltanto per ricomporsi su un'altra base (69).

« Infatti tutte le discipline nuove che intendono sfuggire alla legge generale del diritto privato che affermano la loro ripugnanza a mantenersi sotto quel sistema, che reclamano la loro autonoma ragione di vita hanno una base essenzialmente oggettiva (69-bis): non si occupano tanto

(66) BOLLA, *Il problema giuridico della terra*, cit., p. 14.

(67) HEDEMANN, *Sguardo retrospettivo*, cit., p. 256; FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 172.

(68) ROMAGNOLI, *Aspetti*, cit., p. 91 e ss. ed ivi richiami bibliografici.

(68-bis) Come questa concezione abbia avuto un decisivo impulso dalla dottrina tomista della proprietà è messo in luce dal BOLLA, *op. p. cit.*, p. 14. Cfr. anche MOUNIER, *Dalla proprietà capitalistica alla proprietà umana*, Brescia, 1947, p. 97; non è pura curiosità storica constatare come anche nei periodi di più desolante imbarbarimento alcuni beni, ricevessero una tutela particolare. Nei concili del 994 e del 997 di Limoges fu stabilito che durante la pace di Dio non fosse fatta violenza alle donne, ai pellegrini, ai contadini, mentre strumenti di lavoro, quali ad es. il bestiame furono sottoposti alla tutela della Chiesa.

(69) FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 160.

(69-bis) È certo che oggi — scrive il prof. Grosso — di fronte alla dogmatica astratta ed alle categorie sempre più generali, assume del concreto, nella mutevole

degli agricoltori, degli industriali, dei navigatori, quanto della navigazione, dell'industria, dell'agricoltura. È la terra, è la nave, è l'azienda produttiva che oggi primieramente vuole la sua regola: il diritto patrimoniale vuole essere l'ordinamento dei beni nella cornice dell'interesse nazionale. I rapporti sono capovolti: non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli» (70).

L'affermazione non è, del resto, isolata. Un cambiamento metodologico era auspicato anche da chi rilevava nella sistematica giuridica una tendenza a subordinare i rapporti di diritto privato a quelli di diritto pubblico. Il carattere pubblicistico che istituti di recente formazione, scrive il PERTICONE, vanno accentuando, senza distruggere la distinzione fra i due campi, deve certamente influire sul metodo, allargando i confini e spostando il centro dell'indagine (71). Non è invasione, ma determinazione dei principi generali del diritto privato e risoluzione dell'antitesi convenzionale fra diritto privato e diritto pubblico. Quale è, si domanda PERTICONE, la posizione di questo diritto civile speciale di fronte al diritto civile generale? Nessuno pensa di costituire una legislazione speciale che resti fuori o ai margini della legislazione ordinaria, specialmente quando il diritto speciale assuma un'ampiezza che lo porta ad abbracciare in modo organico ogni aspetto, pubblico e privato, del rapporto (72).

Sotto questo profilo è valido quanto scriveva l'OSTI (73), il cui pensiero è riportato dal PERTICONE, che la nuova disciplina della proprietà privata, merita cioè il più attento esame così dal punto di vista della dogmatica, in quanto non di rado modifica il tipo essenziale e la intrinseca struttura di istituti fondamentali di diritto comune: come dal punto di vista della politica legislativa perchè studiata nei reali effetti della pratica applicazione costituisce un vasto campo sperimentale dei

varietà della materia regolata; inoltre la posizione e la teoria dell'oggetto acquista un'importanza notevole...», Grosso, in questa «Rivista», 1952, I, 21; v. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare, alla proprietà terriera*, in «Atti del III Congresso di diritto agrario», Palermo 1952-Milano 1954, p. 46 e ss., studio veramente basilare.

(70) FINZI, *op. p. cit.* scritto richiamato da CAPOGRASSI, MAIORCA, CESARINI SPORZA, BOLLA. Per la sua importanza vedasi da ultimo le pagine dedicate dal ROMAGNOLI, *Aspetti...* cit., p. 165 e *passim*.

(71) PERTICONE, *La proprietà e i suoi limiti*, Roma, p. 120.

(72) PERTICONE, *op. p. cit.*

(73) OSTI, *L'agricoltura ed il diritto con particolare riguardo al regime della proprietà privata*, in «Riv. di diritto agrario», 1926, I, 139.

limiti e delle coindizioni cui l'efficacia dell'intervento legislativo è subordinata (74).

Da un attento esame del regime privato della proprietà fondiaria si rileva, conclude PERTICONE, che essa è disciplinata, più che per l'interesse del proprietario, per l'interesse dell'agricoltura (75).

Per CESARINI SPORZA «la caratteristica ben visibile oggi dell'evoluzione giuridica è il venir meno del soggettivismo, cioè la tendenza a trovare la realtà ultima del diritto non nei soggetti individuali e nella loro libera volontà creatrice di rapporti giuridici, ma in questi rapporti medesimi concepiti come situazioni oggettive, nelle quali gli individui possono trovarsi volontariamente, ma la cui determinazione dipende dalla loro volontà solo in parte. Precisamente in tale movimento verso l'oggettivazione rientra la tendenza a concepire i beni economici, non soltanto come oggetto di attività individuale volta a sfruttarli (diritto di proprietà), ma anche in primo luogo come mezzi per una finalità che non si esaurisce con il soddisfacimento di un interesse individuale e privato» (76).

Magnificamente ed inimitabilmente CAPOGRASSI coglie le conseguenze dello slivellamento tra esperienza ed individuo nella proprietà (77).

«Prima di tutto — Egli scrive — molte cose oggetti interessi si sono sottratti per le immani dimensioni che hanno assunto per le necessità tecniche della loro produzione ad ogni possibilità di proprietà individuale. Imprese ed organizzazioni di produzione, di mezzi di comunicazione, di ogni altro mezzo tecnico di produzione di massa sono e non possono non essere ormai che imprese collettive e non più individuali; e a poco a poco questi enti o società imprese mal si reggono sotto le influenze di avvenimenti e di cause economiche e non economiche in genere di carattere mondiale e diventando per così dire ancora più collettive passano nelle mani dello Stato. Ma anche quando rimangono nella forma di impresa autonoma, nella forma per es. della società per azioni, la proprietà del titolo non è la proprietà della cosa; la cosa è lontana fuori del dominio dell'azionista, fuori addirittura della sua volontà e quasi si direbbe della sua conoscenza. Si potrebbe dire rispetto a questi beni che pure costituiscono la massima parte della ricchezza contempora-

(74) PERTICONE, *op. p. cit.*

(75) PERTICONE, *op. p. cit.*

(76) CESARINI SPORZA, *Proprietà ed impresa*, nel vol. miscelaneo, *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, pp. 363-377.

(77) CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., p. 27.

nea che il proprietario dell'azione è un proprietario senza proprietà. E d'altra parte per le cose per cui è ancora possibile la proprietà individuale, la proprietà tende a diventare non più il rapporto tra la persona e la cosa, ma il rapporto tra la cosa ed i processi delle varie utilizzazioni che si possono trarre dalla cosa; i quali processi sono affermati ed imposti dallo Stato. L'interesse della massima produttività della cosa in tutti i sensi tecnico economico e sociale, che lo Stato rappresenta, prevale ormai sugli interessi del soggetto» (78).

Ma rimane sempre qualcosa di irriducibile, di ineliminabile che l'ordinamento giuridico non può non celebrare come suo fine senza negarsi come tale: la persona.

«La proprietà — scrive il filosofo, ma il suo pensiero ha il ritmo di una poesia — snidata da tutte le parti, funzionalizzata da tutte le leggi diventa sì pura forma e momento specifico di complessi processi produttivi, ma per un paradosso, che è uno dei più straordinari di questo tempo straordinario, il proprietario, questo *umile impiegato della sua cosa*, riappare come *sovrano* della sua proprietà, nel momento in cui la lascia per sempre. Egli che è in funzione del bene quando vive, capovolge, ma quando muore, la situazione, recupera, ma al momento della morte, il suo dominio. La più alta celebrazione della volontà sovrana dell'individuo che è il testamento, rimane con meravigliosa sopravvivenza, come il residuo resistente della vecchia proprietà del proprietario.

E l'affermarsi così generale della proprietà mobiliare mantiene, sia pure ridotto alla fragilità di un simbolo, il vecchio tipo ed assicura per una specie di ironia della storia le funzioni quiritarie, le funzioni che prima erano della proprietà immobiliare.

Il soggetto tende anch'esso ad essere vissuto dal gruppo più che a vivere, a diventare funzione, ma anche per essere tale ha bisogno di diventare persona, di essere se stesso.

Alla fine di tutte queste cose, quest'ordine obiettivo di processi e di funzioni, non vivono che traverso la sua vita. Certo il soggetto è come i giuristi hanno notato, in funzione del bene, ma il bene è in quanto c'è il soggetto. Per quanto lo riducano a mezzo, lo costituiscano *funzionario*, il soggetto è sempre un mezzo diretto ad un fine che non può non comprendere anche se stesso, è sempre un *funzionario in causa propria*» (79).

(78) CAPOGRASSI, *op. p. cit.*

(79) CAPOGRASSI, *op. p. cit.*

12. — Anche se a malincuore, dobbiamo pur lasciare dietro di noi il ritmo serrato e suggestivo della Sua speculazione ed adattarci alle conclusioni di diritto positivo. Le quali, facendo riferimento specialmente alla nostra Costituzione, sono su questo punto assai chiare.

Per il diritto di proprietà non sussiste più, ormai, l'identificazione della personalità con la libertà che appare caratteristica dei diritti soggettivi pieni, ma si inserisce nel rapporto fra il titolare del diritto e la cosa un elemento di strumentalità, di condizionalità per cui il rapporto non è tutelato di per sé, ma in quanto il potere che si esercita, si esplica secondo certe forme, più o meno tipiche, oggettivamente determinabili, ritenute necessarie per il conseguimento del maggior utile collettivo e che possono anche non coincidere con l'interesse personale, così come è valutato dal titolare stesso (80).

Scartato il profilo soggettivistico — DUGUIT aveva già affermato che la proprietà non è il diritto soggettivo del proprietario, ma è la funzione sociale del detentore della ricchezza e che occorre sostituire l'idea del fine a quella del soggetto di diritto, dal momento che il sistema civilistico della proprietà era sorto per garantire l'uso delle cose da parte dell'individuo e non poteva più dunque servire a proteggere la destinazione della cosa ad un fine collettivo (81) — la terra viene considerata nella sua speciale utilitas, come *oggetto autonomo di situazioni giuridiche*, come istituzione tipica che ha un proprio statuto giuridico in relazione alla sua destinazione produttiva ed al suo carattere prevalentemente sociale (82).

Soccorre qui il realismo della teoria istituzionalistica del diritto. La natura dell'oggetto specifica un'attività propria e quindi determinati poteri di gestione ed ordinamenti conseguentemente particolari.

La riprova positiva più cospicua — ed anche la più nota — offerta dal Codice è costituita dall'aver isolato l'affitto nel campo della locazione e dall'affermarsi di un ordinamento aziendale distinto ed autonomo da quello della proprietà in genere.

Le norme che regolano l'affitto sono, infatti, tipicamente norme

(80) MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, in «Riv. di diritto agrario», 1952, I, 479.

(81) DUGUIT, *Transformations generales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 155; *Id.*, *Droit constitutionnel*, 5^a ed., I, 264; *Id.*, *Droit social et droit individuel*, p. 17.

(82) MORTATI, *op. p. cit.*; FINZI, *Riflessi cit.*, p. 16 dell'estratto.

aziendali. È sancito l'obbligo di gestione (art. 1618), il controllo del proprietario (art. 1619), l'obbligo di conformarsi all'interesse della produzione (artt. 1615, 1618, 1620), i poteri di gestione (art. 1615), compresi i poteri di iniziativa (art. 1620).

Senza voler moltiplicare gli esempi, facilmente reperibili nel campo delle contrattazioni agrarie, dove appunto l'ordinamento contrattuale è costituito da *leggi di fatto* tratte dalla *natura stessa delle cose*, « da cause naturali effettive » (83), si possono tuttavia richiamare altri casi previsti dal Codice. Per es. l'art. 1800 prescrive che « qualora la natura delle cose lo richieda, egli (il sequestratario) ha pure l'obbligo di amministrarle. In questo caso si applicano le norme del mandato ».

Evidentemente non è la cura statica di custodia che si richiede, se si conferisce un vero e proprio potere discrezionale per la conservazione del bene produttivo. Così il 2° comma dell'art. 1961, per il quale l'obbligo di coltivare il fondo da parte del creditore anticretico concerne solo i fondi rustici.

È evidente da questi esempi che la situazione giuridica del titolare, o comunque del legittimato, varia secondo la natura ed il fine dell'oggetto.

13. — La terra si presta, pertanto, ad essere inquadrata in due ordinamenti:

a) quello generale e statico della proprietà fondiaria che lo Stato riconosce (vedi art. 42 della Costituzione), di cui cioè ammette una priorità, configurabile nella sua individualizzazione, come situazione giuridica obiettiva, alla quale l'ordinamento giuridico collega il conferimento di diritti e di poteri di ordinamento;

b) come bene produttivo, base territoriale dell'ordinamento aziendale, gestito in impresa, in cui si esercita una certa potestas che riguarda la destinazione dei beni, ma alla quale non sono estranei anche coloro che si trovano in rapporti di lavoro insistenti su quel determinato fondo e che partecipano in misura più o meno intensa alla immissione della terra nel processo produttivo (84).

È ovvio che questi due ordinamenti, quello della proprietà e quello

(83) MAROI, *Il diritto agrario e le sue fonti*, cit., p. 119; MILANI, *La natura dei fatti e delle cose nei contratti agrari*, in « Atti inter. », II, 659.

(84) GALLONI, *Destinazione e proprietà fondiaria*, in « Atti del primo conv. intern. di diritto agrario », 1954, II, 245; CARRESI, *Proprietà fondiaria ed impresa agraria, nella nuova costituzione italiana*, in « Riv. di diritto agrario », 1948, I, 12.

dell'azienda, non si presentano nella realtà storica così nettamente distinti come lo possono essere dal punto di vista puramente astratto e speculativo, o come appaiono nella fattispecie sopra ricordata dell'affitto. Soprattutto per due ragioni; perchè sotto il profilo oggettivo della relatio in con la cosa è facile identificare in uno stesso concetto ed in una stessa categoria giuridica situazioni che rispetto alla relatio ad con l'ordinamento sono profondamente diverse, perpetuando, in certo modo, quella fusione e confusione che la mentalità germanica, poco incline all'astrazione, ebbe a fare con la Gewere (85). In secondo luogo perchè l'ordinamento aziendale si presenta strumentale rispetto a quello della proprietà. L'ordinamento giuridico generale, cioè, attribuisce al potere di ordinamento, esplicazione di autonomia funzionale, la funzione di legittimare la situazione giuridica iniziale della proprietà con il raggiungimento degli scopi produttivi, di quell'utilitas, in vista della quale ha conferiti detti poteri (86).

Ma è evidente la suggestione di considerare nella sua autonomia l'ordinamento aziendale e di attribuirgli quei caratteri assoluti e quasi di sovranità in perfetto parallelismo con quelli originari della proprietà (87).

14. — Noi daremo, a riprova di quanto affermato, un rapido sguardo estremamente sobrio all'ordinamento giuridico della proprietà fondiaria così come si presenta in alcune costituzioni ed in alcuni paesi, cercando di individuare nell'organizzazione l'elemento genetico dell'azienda. Tale elemento noi lo ritroveremo anche nella dizione del Codice ed in alcune teorie sulla natura giuridica dell'azienda che partono da una corretta, almeno per noi, impostazione, nonchè in alcuni esempi storici.

Infine, come banco di prova dell'affermata autonomia aziendale, fra le tante designazioni offerteci dal diritto comune (alienazione, affitto, enfiteusi, usufrutto ecc...) sceglieremo quella dell'ordinamento successorio, nel quale all'avvicinarsi del titolare fa riscontro, quasi in trasparenza, la permanente unità organizzativa dell'azienda, in varia guisa protetta, a seconda dei diversi ordinamenti giuridici (e noi limiteremo l'esame a qualcuno solo fra essi).

Nella seconda parte esamineremo alcune figure giuridiche, principal-

(85) FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 167.

(86) È che costituisce la giustificazione dell'autonomia concernente la gestione dei beni produttivi.

(87) NICOLÒ, *op. cit.*, p. 191.

mente il potere, che attuando il passaggio dalla statica alla dinamica del diritto, operano i mutamenti idonei al formarsi di nuove situazioni giuridiche, mentre la determinazione di obblighi e di doveri positivi trasforma l'autonomia privata, da puramente lecita, in autonomia funzionale (88).

RIASSUNTO. — L'Autore mette in evidenza il valore della teoria istituzionale per lo sviluppo sistematico del diritto agrario.

RESUMÉ. — L'Auteur met en évidence la valeur de la théorie institutionnelle pour le développement systématique du droit agraire.

SUMMARY. — The Author points out the worth of the institutional theory for the systematic development of the agrarian right.

ZUSAMMENFASSUNG. — Der Verwässer hervorhebt den wert der gründlichen theorie für die systematische Entwicklung des Agrarrechtes.

RESUMEN. — El autor hace resaltar el valor de la teoría institucional para el desarrollo sistematico del Derecho Agrario.

(88) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1958, Padova, p. 575, secondo cui lo Stato può esigere che l'autonomia conferita ai privati si svolga in modo tale da soddisfare interessi di altri soggetti o che non si esauriscono nel titolare del potere e quindi imprimere ad essa carattere di « autonomia funzionale » (con la conseguenza di rendere possibili controlli sull'esercizio della medesima ed eventualmente di ovviare al mancato adempimento della funzione con la sostituzione dello Stato al privato; vedi in argomento il recente e fondamentale contributo di ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957 e *Aspetti soggettivi delle cose*, in « Riv. trimestrale di diritto e procedura civile », 1955, n. 4.

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

EMILIO ROMAGNOLI, *Aspetti della unità aziendale in agricoltura*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 198.

Le profonde trasformazioni economiche dei tempi nostri e l'affermarsi di nuove esigenze ideali e pratiche spesso contrastanti nell'ambito di una stessa nazione o di una medesima categoria o gruppo di associati; la irruenza e la rapidità con la quale l'uomo moderno è investito dal flusso di cose nuove che pullula intorno a lui; l'urgenza degli interessi dei quali è difficile ai più controllare la validità e tra i quali la scelta si presenta ardua, provocano nell'anima moderna, a volte, reazioni negative quasi irreflesse ispirate al timore, al disorientamento, alla paura: si parla allora (come spesso si sente parlare) di crisi.

E anche il diritto ha, secondo molti, la sua: che è o sarebbe, anzi, delle più gravi. Perché le strutture delle istituzioni giuridiche in più punti sembrano invano la loro schematica rigidità all'assalto delle cose nuove; e principi che ieri sembravano assoluti oggi sono posti in discussione da alcuni, condannati addirittura da altri.

Che il fenomeno, nel mondo del diritto, esista sembra indubitabile: e meraviglierebbe il contrario in una epoca nella quale il ritmo di accrescimento della compagine sociale si è fatto, in ogni senso, vertiginoso.

Meno certo, invece, è che esso debba considerarsi drammaticamente.

Il diritto (la constatazione è antica) è strutturalmente in ritardo sulla realtà che disciplina; almeno da quando è consolidato in organiche leggi scritte: che distillano con lenta prudenza i loro istituti dalla inventiva naturale delle sempre nuove — e sempre antiche — esigenze sociali, e li accolgono e li formano giuridicamente, creando, trasformando o adeguando la fisionomia dei vari istituti sol quando di tali esigenze sia sufficientemente certa e definita la struttura e la funzione; e sufficientemente collaudata, altresì e soprattutto, la validità di una loro nuova o parzialmente nuova disciplina.

È fatale quindi che il divario tra il diritto quale è e le esigenze del tempo in cui vige (che riguardate *a posteriori*, dopo la scelta, si diranno essere state diritto in *feri*, ma che per il momento non sono che interessi grezzi o meramente egoistici: con la stessa differenza che intercorre tra il materiale estratto dalla miniera e il minerale allo stato puro) sia oggi, o sembri, più profondo o addirittura incolmabile.

Pure, se al fenomeno — rigorosamente considerato *sub specie iuris* — si attribuisce la dimensione e la prospettiva che competono ai fatti della storia — i quali si svolgono in una « categoria tempo » assai diversa da quella comune a tutti, in cui siamo immersi nel nostro singolo e quotidiano divenire — non si tarda a scorgere il segno sicuro e rivelatore del continuo adeguamento degli ordinamenti giuridici agli ordini — o disordini — sociali.