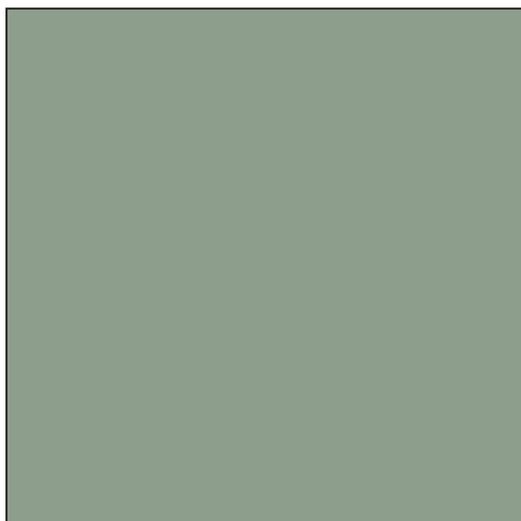


per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

98



ENRICO FINZI

“L’OFFICINA
DELLE COSE”

SCRITTI MINORI



GIUFFRÈ EDITORE

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME NOVANTOTTESIMO

ENRICO FINZI

“L’OFFICINA DELLE COSE”

Scritti minori

a cura di PAOLO GROSSI



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-17665-5

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2013

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66



ENRICO FINZI
(Mantova, 1884 - Firenze, 1973)

PAOLO GROSSI

ENRICO FINZI: UN INNOVATORE SOLITARIO (*)

1. Perché riproporre, oggi, il messaggio scientifico di Finzi. — 2. Enrico Finzi e i suoi fecondi trapianti bolognese e fiorentino. — 3. Il recupero della complessità del diritto e il nuovo ruolo per il giurista. — 4. L'osservazione dei fatti e la loro sistemazione mediante rigorose categorie ordinanti: Enrico Finzi apprendista nella officina pragmatistica. — 5. Finzi: un personaggio scientificamente e accademicamente solo. — 6. Qualche cenno ai criteri per la selezione dei testi finziani presenti in questa raccolta. — 7. Enrico Finzi: un civilista pos-moderno. — 8. Le monografie finziane e il loro messaggio culturale. Anno 1915: "Il possesso dei diritti". — 9. Le monografie finziane e il loro messaggio culturale. Anno 1920: "Studi sulle nullità del negozio giuridico". — 10. Sul contenuto della presente raccolta. — 11. "Le teorie degli istituti giuridici" (1914). — 12. "Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà" (1922). — 13. "Diritto di proprietà e disciplina della produzione" (1935). — 14. "Verso un nuovo diritto del commercio" (1933). — 15. Qualche cenno sul prosieguo della raccolta. — 16. "Conflitto tra principi generali del diritto" (1927). — 17. "Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale" (1928). — 18. "Sulla riforma legislativa delle società commerciali" (1929). — 19. "Società controllate" (1932). — 20. "Aspetti giuridici delle società cooperative" (1936). — 21. "Riflessi privatistici della Costituzione" (1950). — 22. "La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio)" (1952).

1. *Perché riproporre, oggi, il messaggio scientifico di Finzi.*

Chiamato dagli amici Italo Birocchi, Antonello Mattone e

(*) L'autore di questa 'Introduzione' e curatore dell'intero volume avverte l'esigenza di esprimere un sincero ringraziamento ai molti amici che lo hanno aiutato nel non facile reperimento di testi di Finzi e di notizie e documenti riguardanti la sua persona. In particolare, un grazie sentitissimo va alla nipote di Enrico Finzi, dottoressa Daniela Noferi, al Magnifico Rettore della Università di Bologna, professor Ivano Dionigi, al Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, professor Paolo Cappellini, alla Direttrice e al personale tutto della Biblioteca della Corte Costituzionale in Roma (e in modo specialissimo alla dottoressa Paola Iannacchino, cui debbo un ausilio determinante).

Marco Miletta a redigere la ‘voce’ *Enrico Finzi* per il ‘Dizionario dei giuristi italiani’ da essi opportunamente promosso e in via di realizzazione, ho voluto e dovuto rileggere con attenzione tutta l’opera scientifica di Finzi, buona parte della quale è custodita nella mia personale biblioteca giuridica, diventata oggi il ‘Fondo Paolo Grossi’ della Biblioteca del ‘Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno’ dell’Ateneo fiorentino.

Tra gli ‘estratti’ disseppelliti c’era anche quello contenente la Relazione su “Diritto di proprietà e disciplina della produzione” letta da Finzi nel Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario del 1935, Relazione che è sicuramente il testo finziano più noto e più circolante tra i giuristi italiani. Ed ho, dopo tanti anni, riletto con commozione la dèdica vergata sul frontespizio da una mano ancora ferma: “*Al caro collega Grossi, con molta stima e con qualche attesa che attui alcuni miei progetti.* E. FINZI”.

La dèdica — senza alcuna datazione — ha, però, rinverdito immediatamente il ricordo della precisa occasione in cui fu scritta. Eravamo nell’inverno del 1972, ed io ero andato a visitarlo nella sua signorile casa di Lungarno Vespucci per parlargli dei nascenti ‘Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno’, ai quali egli era interessatissimo. Per rendere più chiaro al lettore la consecuzione dei piccoli eventi, che vennero a riguardare congiuntamente me e Finzi, mi sia consentito un discorso più disteso.

Dopo che io, nel giugno del ’71, varai l’iniziativa dei sopradetti ‘Quaderni’ diffondendo tra parecchi giuristi e storici operanti in Europa e anche Oltreatlantico la ‘pagina introduttiva’ programmatica del primo volume in formazione, Vittorio Frosini, nell’autunno dello stesso anno, ebbe la generosità di parlarne con accenti di piena adesione sulle colonne del ‘Corriere della sera’. Finzi, al quale non avevo inviato la ‘pagina’, letta che ebbe la segnalazione di Frosini, si affrettò a scrivermi la lettera che trascrivo qui di seguito:

“Caro Grossi, leggo ora sul Corriere della Sera una notizia che mi fa piacere: la sua iniziativa per una consapevole storia del pensiero giuridico. Da molti anni ne sento, e ne predico, la necessità. Venticinque anni or sono la propagandai con Calasso, che volle anche pubblicare, sulla sua Rivista per le scienze giuridiche, le mie parole di apertura al Seminario di applicazione

forense (che Le invio in un Estratto che son riuscito a rintracciare ⁽¹⁾), ma invano. Ora, finalmente, vedo che è venuto chi si accinge a colmare una incredibile lacuna della nostra cultura. Bravo! Mi ricordi ai colleghi che non mi hanno dimenticato, e si abbia le cose più cordiali dal Suo Finzi Lungarno Vespucci 68, 28.XI.71”.

Fu proprio nei mesi successivi che io trassi dalla lettera il motivo per rendergli visita, e fu allora che mi donò il suo ‘estratto’ con dedica assai significativa. Ma v’è un altro episodio, che mette conto di riferire perché in stretta connessione a quanto si è or ora narrato. Quando, nella primavera del 1972, apparve finalmente il primo ‘Quaderno’ preannunciato con parecchio anticipo, ne inviai con soddisfazione una copia anche a Finzi, ed egli tornò a scrivermi una seconda lettera che mi piace partecipare al lettore:

“Caro Grossi, ho ricevuto i “Quaderni fiorentini” e mi affretto a ringraziare ed a rallegrarmi: felicissimi e ad alto livello, nati per destare e contribuire a concretare quella storia della letteratura giuridica, che da tanto tempo auspico e spero, e che considero una esigenza inderogabile per colmare una incredibile lacuna della nostra cultura. Chi sono, chi furono e come si formarono e che cosa hanno tramandato quegli storici del diritto e cultori del diritto positivo che hanno elaborato troppo isolati le loro tecniche? Qualcuno dei saggi raccolti prelude a questa ricerca (tipico quello del Cassese), ma occorre intanto che la tua scuola tracci lo schema generale almeno della storia della letteratura giuridica italiana dopo l’Unità, e ne emergano le figure maggiori, e la loro influenza, e il formarsi progressivo delle Scuole e degli stili, e i travasi dottrinali da un campo all’altro, e la tecnica usata, e il linguaggio mutato, e la connessione costante del giurista alla vita sociale del suo tempo, e tante e tante altre cose. Chi ha dato il via al moderno diritto amministrativo, chi al moderno diritto commerciale, e al diritto comparato, e al diritto agrario ed altre formazioni organicamente quasi nuove? Non è storia anche questa? Aggiungi, dunque, una rubrica ai Quaderni, e che sia destinata a diventare essa stessa quaderno! Grazie ancora, e tante cose cordialissime dal vecchio FINZI 3.VII.72”.

È chiaro che l’attesa, di cui Finzi parla nella dedica, era per il progetto di una, da lui tanto vagheggiata, *storia della letteratura giuridica italiana*, un vuoto deplorabile e — allora — sostanzialmente incolmato. Nella conversazione telefonica, che seguì al ricevimento della sua seconda lettera, non mancai di fare delle precise

(1) Si tratta di: E. FINZI, *Avviamento all’arte forense*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, N. S., I (1947) (il riferimento, di cui parla Finzi, è a p. 291).

promesse; e qualcosa ho fatto a più riprese. Valgano soprattutto “Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859/1950” (1986), “Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950” (2000) a lui espressamente dedicata, nonché “Nobiltà del diritto - Profili di giuristi” (2008), tre libri che immancabilmente gli sarebbero piaciuti.

Al contrario, Finzi, signorilmente sempre assai riservato, non avrebbe mai osato chiedere una raccolta di suoi scritti minori; le sue attese verso il giovane collega miravano a ben altro, e l’ho or ora chiaramente puntualizzato. Il progetto di una raccolta mi si è profilato netto rileggendo certe pagine finziane, che mi hanno riproposto ancora una volta, nella loro assoluta freschezza, una carica forte di intuizioni e il disegno di paesaggi giuridici proiettati in un tempo futuro anche assai lontano.

E un imperativo mi si è affacciato nella mente: abbiamo riempito le biblioteche di obese raccolte di saggi minori meritevoli spesso di restare latenti nelle varie nicchie originarie, e non abbiamo — invece — mai pensato di offrire al giovane giurista di oggi la possibilità di rileggere organicamente almeno i più incisivi saggi di uno straordinario pensatore della prima metà del Novecento, parchissimo nelle sue epifanie ma — il più delle volte — autore di rara originalità e spesso clamorosamente anticipatorio di futuri sviluppi della scienza giuridica di *civil law*.

È, pertanto, da una duplice consapevolezza che questo volume collettaneo prende la sua origine: lungi dal riesumare cose morte, si ripropòngono pagine vive e vivaci, che la sparsa collocazione in pubblicazioni di difficile accesso e reperimento ha coperto di una ingiustificata dimenticanza; si rende un grosso servizio soprattutto al civilista italiano giovane e giovanissimo, avvezzo a una produzione cosiddetta scientifica troppo spesso meramente compilatoria e, quindi, contrassegnata da un piattume inespessivo e impersonale.

Tra i numerosi scritti minori di Finzi ho selezionato quelli che, muovendosi su di un piano rigorosamente scientifico, a mio avviso, non hanno sofferto l’usura del tempo e la cui attualità è indiscutibile; accanto, anche alcuni scritti che recano la sua impronta scientifica inconfondibile e che sono — di per sé — un contributo a marcare l’originalità del giurista che li ha redatti. Renderò conto al lettore di una siffatta scelta nella seconda parte di questa introduzione, dopo

aver tentato di puntualizzare — per colui che incontra le pagine di Finzi per la prima volta — la cifra culturale del personaggio e avere, pertanto, concorso a una prima opportuna iniziazione.

2. *Enrico Finzi e i suoi fecondi trapianti bolognese e fiorentino.*

Finzi, mantovano di nascita ⁽²⁾, per motivi personali e familiari che non sono in grado di individuare, si iscrive per l'anno accademico 1902/03 al primo anno della Facoltà giuridica torinese, ma già per il successivo anno accademico si trasferisce prontamente a Bologna, dove seguirà continuativamente i normali corsi ⁽³⁾ e dove il 5 luglio del 1907 consegnerà la laurea in Giurisprudenza ⁽⁴⁾. Probabilmente, a Torino non aveva trovato un ambiente congeniale, né maestri con cui poter fattivamente dialogare (del resto, il civilista dominante era Gian Pietro Chironi, le cui incertezze metodologiche insieme a talune intuizioni inadeguatamente argomentate, secondo un più tardo ma preciso giudizio di Finzi, non riuscivano a prendere ordinata forma “tra le nebbie ond'è spesso velato il suo pensiero” ⁽⁵⁾).

A Bologna, invece, può agevolmente compiere una comparazione, che va a tutto discapito dei maestri torinesi; ed è con Giacomo Venezian, il civilista innovatore che non aveva esitato a infrangere vecchie dommatiche ormai consuete ma ancora prosperanti nell'animo accidioso della civilistica accademica italiana. Proprio su un tema scottante e bisognosissimo già allora di profonde revisioni, la responsabilità civile, faceva spicco, rispetto alla tradizionale analisi di Chironi fatta riposare in due ponderosi volumi, la visione tutta nuova consegnata da Venezian a poche dense — e, soprattutto, antesignane — pagine. Finzi, indubbiamente nella sua qualità di studente intel-

⁽²⁾ Era nato a Mantova, da una famiglia di solido ceppo ebraico, l'8 settembre 1884. Si spengerà il 5 gennaio 1973 a Firenze, città nella quale — per sua consapevole scelta — risiedeva da più di sessanta anni.

⁽³⁾ Dai *Registri delle carriere degli studenti della Facoltà di Giurisprudenza* risulta iscritto per gli anni 1903/04, 1904/05, 1905/06.

⁽⁴⁾ *Verbali delle lauree - Giurisprudenza*, anno 1907.

⁽⁵⁾ Parole scritte con brutale franchezza dallo stesso Finzi in un suo più tardo volume (E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico - I - L'art. 1311 del Codice Civile*, Bologna, Zanichelli, 1920, p. 49).

lettualmente dotatissimo, lo assume a suo maestro sul piano culturale prima ancora che su quello tecnico, e dal suo dirompente messaggio scientifico rimarrà costantemente impressionato per tutta la vita, come dimostrano le continue citazioni esprimenti una incondizionata ammirazione (6).

A Bologna il giurista novizio dovette trovarsi a suo agio: la presenza forte di Venezian, le presenze significative di Silvio Perozzi e di Giuseppe Brini, due romanisti di notevole vaglia, preziosi per la diversità del rispettivo approccio metodologico, dovettero contribuire non poco. E Bologna resta per Finzi un sicuro riferimento accademico. Trasferitosi a Firenze perché attratto da una città che sta vivendo nel primo decennio del secolo uno straordinario momento di vivacità culturale (7), entrato nello studio professionale del processualista Carlo Lessona per prepararsi alla avvocatura, egli continua, però, a far capo alla *Alma Mater* per l’esame di libera docenza (valutato da una Commissione in cui sedevano, fra gli altri, Venezian e Perozzi), e dal 17 giugno 1915 vi risulta iscritto quale libero docente di ‘Diritto civile’ (8).

(6) È in ambi i due volumi redatti da Finzi il riferimento alla “magnifica proluzione” bolognese di Venezian in tema di tutela dell’aspettativa (cfr. E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, Athenaeum, 1915 (rist. Milano, Giuffrè, 1968, p. 169) e *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 91). In un suo discorso inaugurale del 1922 (*Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio Giuridico*, XC (1923), egli si lascia andare ad appassionate, encomiastiche espressioni (condite purtroppo anche da indigeribile retorica nazionalista): “il mio indimenticabile maestro, in cui profondità di dottrina e purezza di vita si fusero con tanta armonia che nessuno esempio ne fu maggiore, Giacomo Venezian, dico, il più immortale morto della nostra santa guerra” (ivi, p. 67). Ma sono esempi che potrebbero moltiplicarsi.

(7) “in quella Firenze del primo decennio del Novecento che parve di nuovo meritare il nome di Atene”, come scrisse, con un discutibile cedimento retorico ma cogliendo nel segno, uno dei protagonisti di quel clima culturale, Giovanni Papini, che vi primeggiò come letterato, come polemista ma anche come organizzatore culturale (la frase di Papini è nella Introduzione alla raccolta di *Scritti* di Mario CALDERONI, Firenze, Soc. Anon. Ed. ‘La Voce’, 1924, vol. I, p. XI).

(8) Nello *Archivio storico dell’Università di Bologna — Liberi docenti*, fasc. 166 ‘FINZI ENRICO’ sono così fissate le fasi del procedimento: 1 luglio 1913, assegnazione del tema “Il possesso dei diritti”; 19 aprile 1915 assegnazione del tema della lezione da tenersi l’indomani (“La fiducia testamentaria”). La Commissione era formata da Francesco Brandileone, Bartolomeo Dusi, Silvio Perozzi, Mario Ricca Barberis, Giacomo Venezian. Il candidato risulta approvato all’unanimità.

In quel brillante giovane mantovano si vennero a congiungere due circostanze positive per la sua formazione intellettuale: il risveglio da una opaca sonnolenza, che, in lui giurista, era provocato da taluni maestri universitarii bolognesi; la scelta fiorentina, con il conseguente fecondo contatto con un ambiente reso vivido e anche virulento dal “Leonardo”, la Rivista di Papini e Prezzolini, foglio che, a un certo momento della sua quadriennale vita dal 1903 al 1907, era divenuto — secondo la qualificazione di uno dei suoi condirettori — addirittura “la fucina italiana del Pragmatismo” (9).

La buona sorte fu che, in quel contesto, Finzi ebbe modo di familiarizzare con uno dei collaboratori abituali della Rivista, Mario Calderoni, un giurista/filosofo appartenente a quel pragmatismo italiano che, reagendo alle metafisicherie di certo esasperato positivismo, tentava di instaurare un sapere positivo mediante un’opera di pulizia intellettuale protesa a togliere di mezzo i problemi inesistenti e gli equivoci più grossolani, chiarificando al massimo i significati dei termini impiegati nella ricerca, senza creare strutture schematiche troppo rigide e soprattutto riconducendo i principii della conoscenza in un alveo di rigorosa correttezza metodologica. A questo proposito, ha un grosso significato che l’*opus magnum* di Finzi, “Il possesso dei diritti”, del 1915, e cioè il volume presentato per l’esame di libera docenza, sia dedicato “Alla memoria di Mario Calderoni” (10), e che di riferimenti a Calderoni e a Vailati, ossia ai due protagonisti del pragmatismo teoretico fiorentino, siano disseminate tutte le pagine finziane, almeno quelle del momento squisitamente formativo (11).

(9) G. PAPINI, *Sul Pragmatismo*, ora in *Opere*, Milano, Mondadori, 1987, p. 5.

(10) Dèdica che ha fatto malissimo a omettere come insignificante il curatore della ristampa del volume presso Giuffrè nel 1968. Per comodità del lettore tutte le citazioni saranno fatte su di essa.

(11) Penso che, grazie alla recensione fatta da Giovanni Vailati al volume di Ludovico Limentani “La previsione dei fatti sociali” del 1907, Finzi sia entrato in familiarità intellettuale con colui che, dal 1921, sarà titolare della cattedra di Filosofia morale nell’Istituto di Studi Superiori di Firenze, del quale diventerà fraterno amico, insieme al quale fonderà nel 1923 il fiorentino ‘Circolo di cultura’, di cui frequenterà assiduamente il salotto filosofico negli anni Venti e Trenta fino alle sciagurate leggi razziali italiane. Traccia della sua conoscenza del volume sopra citato di Limentani è ne *Il possesso dei diritti*, cit., p. 341.

3. *Il recupero della complessità del diritto e il nuovo ruolo per il giurista.*

Certamente non sbagliai quando, nel mio primo tentativo di comprensione dell’opera scientifica di Finzi, nel 1986, io arrivai a qualificare “Il possesso dei diritti” “un prodotto della officina pragmatistica” (12). Pur con le non poche ingenuità di cui arrivava a infarcirsi soprattutto ad opera dei geniali ma sregolati letterati promotori, il movimento pragmatistico nella sua specifica caratterizzazione fiorentina, gremito — grazie a Vailati e Calderoni — di serie istanze gnoseologicamente innovatrici e di pressanti cautele sulla “insidia che continuamente ci tende il linguaggio” (13), calato — grazie al giurista Calderoni — nel tessuto stesso dell’analisi giuridica del mondo socio/economico, teso a una linea epistemologica che consentisse finalmente la sicura verifica degli enunciati linguistici e scientifici, fornì a Finzi gli strumenti per purificarsi nel profondo delle proprie scelte metodologiche e per separarsi da un gregge di giuristi che l’allievo di Venezian vedeva viziati nel loro approccio essenziale al diritto.

Con questa necessaria precisazione, che non contraddice ma integra quanto si è or ora detto: la convinta adesione pragmatistica fu per Enrico Finzi virtù e vizio insieme, fomite e limite, arricchimento e costrizione. Infatti, il rigorosissimo esame di coscienza epistemologico, al quale sempre Finzi si sarebbe sottoposto, lo avrebbe obbligato a una parchezza di manifestazioni, facilonamente interpretata come indolenza ma radicata invece in una severa introspezione sulle qualità dei propri prodotti intellettuali. Aveva ragione un suo grande amico e collega, e fedele compagno in tante

(12) P. GROSSI, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 173.

(13) “Uno degli ostacoli maggiori al progresso del pensiero sta nella insidia che continuamente ci tende il linguaggio”: lo afferma Calderoni in una commemorazione del suo mentore e amico Giovanni Vailati (cfr. CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. II, p. 171), rifacendosi ai ripetuti richiami di Vailati a quelle che lui chiamava nella intitolazione di un suo famoso saggio ‘questioni di parole’ (cfr. G. VAILATI, *Alcune osservazioni sulle questioni di parole nella storia della scienza e della cultura*, ora in G. V., *Scritti*, Firenze, Seeber, 1911).

iniziative culturali fiorentine ⁽¹⁴⁾, il glottologo Giacomo Devoto, quando scriveva, in uno splendido necrologio redatto a caldo per un quotidiano fiorentino il giorno dopo la morte: “Enrico Finzi ha pagato il suo rigorismo ipercritico” ⁽¹⁵⁾.

Insomma, se non si immerge Finzi nella cultura fiorentina dei primi anni del nuovo secolo, credo fermamente che ci si precluda la possibilità di comprenderlo appieno; il che è spesso avvenuto, e ben spesso il nostro singolarissimo giurista è stato un personaggio, o frainteso, o ingiustamente minimizzato, o addirittura rimosso.

Un imperativo si profilava netto nelle riflessioni del giovane laureato bolognese: svecchiare; occorreva svecchiare. Svecchiamento che si concretava in una necessaria e indilazionabile operazione da parte del civilista italiano: provvedere a togliersi di dosso vesti inadatte, non solo perché decrepite e usurate, ma soprattutto perché troppo strette a fronte dei bisogni di un tempo ormai pos-moderno, e pertanto soffocanti.

Svecchiare significava impegnarsi in parecchie direzioni, ma, innanzi tutto, nel togliersi dalla testa l'idea insensata dello *ius civile* quale scienza pura, retaggio persistente di quella metafisica dell'immanenza in cui era venuto a ridursi il giusnaturalismo moderno ⁽¹⁶⁾; allo stesso tempo, significava recuperare la storicità. E, proprio in questo indirizzo culturale, occorreva sbarazzarsi delle mummificazioni (espressione uscita dalla penna di Venezian ⁽¹⁷⁾), alle quali il diritto civile italiano era stato costretto da tracotanti modelli romani e romanistici.

⁽¹⁴⁾ Negli anni Venti fu precisamente di Finzi il tentativo di creare presso il caffè Doney un periodico appuntamento culturale e artistico, e fu sempre Finzi, nel febbraio del 1923, a promuovere — con il filosofo Limentani, il filologo Pasquali, lo storico Salvemini, l'economista Serpieri, il giurista Calamandrei — la fondazione di un Circolo di cultura, che sarà presto saccheggiato da squadracce fasciste e poi soppresso dal Prefetto per motivi di ordine pubblico. Segni, tutti questi, del perfetto inserimento del civilista mantovano entro il tessuto sociale e culturale della città di adozione.

⁽¹⁵⁾ G. DEVOTO, *Enrico Finzi*, ora in *Civiltà di persone*, Firenze, Vallecchi, 1975, p. 160.

⁽¹⁶⁾ Ho sottolineato il pervicace ‘vizio giusnaturalistico’ del civilista italiano in un mio risalente libriccino dedicato a *La cultura del civilista italiano - Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 1 ss.

⁽¹⁷⁾ È proprio nel suo scritto culturalmente più coraggioso (*Danno e risarcimento fuori dei contratti*, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1930, p. 1) che si

Si badi: se c’è stato un civilista cultore attento e appassionato della storia del diritto, dei diritti romano e germanico, questi è Enrico Finzi, e nei suoi scritti non mancano mai le citazioni riverenti di Perozzi e soprattutto di Brini, suoi maestri bolognesi ⁽¹⁸⁾, cui egli pensa di dovere culturalmente molto. Ma, per lui, il diritto romano è storia, è esperienza, è vita vissuta da una grande civiltà storica, e ha poco a vedere con i modelli geometrizzanti di quei Pandettisti e civilisti/pandettisti che si erano dati da fare per costruire un diritto astratto, e in quanto as-tratto, separato dalla storia e dalla incandescenza dei fatti sociali ed economici in mezzo ai quali tutti gli uomini conducono la loro esistenza.

Dimenticando per un momento le commistioni di Brini fra diritto romano e teoria generale, egli scrive convinto: “gran parte della peculiarità del diritto romano non si presta ad una spiegazione meramente logica: ha solo una giustificazione storica. È soltanto nella natura della società romana che può trovarsi la chiave dell’enigma. E “natura di cose non è che nascimento di esse in certi tempi e in certe guise” (VICO, *Scienza Nuova*, Degnaz. XIV)” ⁽¹⁹⁾. Ci sia consentita, in proposito, una notazione rilevante: questa grande dignità dello storicismo vichiano lui vorrà porre in esergo al primo esperimento suo scientifico, la tesi di laurea bolognese — che viene stampata solo privatamente per cura dell’autore — sostanzialmente rivolta a indagare un tema squisitamente storico-giuridico ⁽²⁰⁾.

respingono con forza “proposizioni avventate, come il diritto romano è ragione scritta, che mirano a mummificarci nella contemplazione sterile d’un complesso di regole adatte a una società di quindici secoli fa”.

⁽¹⁸⁾ Ecco alcune espressioni, che prendo, a caso, dal volume del 1915: “l’acutissimo romanista Giuseppe Brini”, “i mirabili studi del Brini” (*Il possesso dei diritti*, cit., p. 47).

⁽¹⁹⁾ FINZI, *Il possesso dei diritti*, cit., p. 161 (in nota).

⁽²⁰⁾ E. FINZI, *Saggio intorno alla formazione storica di alcuni istituti giuridico-sociali (occupazione - detenzione: possesso: proprietà: furto)*, Mantova, tip. Mondovi, 1907. Una informazione per comodità del lettore: questo testo può essere consultato presso la Biblioteca Comunale di Mantova, dove abbiamo potuto rintracciarlo; ora anche, per iniziativa dello scrivente, presso la Biblioteca della Corte Costituzionale in Roma e presso il ‘Fondo Paolo Grossi’ della Biblioteca del ‘Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno’ in Firenze.

Svecchiare è, pertanto, per il giovane Finzi un imperativo culturale ma insieme etico e sociale; diversamente, il civilista avrebbe tradito il suo ruolo nella società.

Sì, perché sarebbe tradimento, e tradimento sommo, dare vita a un meraviglioso artificio, più simile a un castello di carte che all'ordinamento efficiente e salvante per la casa dell'uomo. Il nesso società/diritto è imprescindibile, a meno che non si voglia fare di questo, o una nuvola galleggiante ben al di sopra della terra, o — peggio ancora — uno strumento violento e costringitivo.

Degnit  metodologica elementare, quella vichiana, che deve intendersi sottesa a ogni contributo scientifico di Finzi e che egli sembra implicitamente suggerire a ogni giurista (ma, in modo particolare, al civilista come chiamato in prima persona a ordinare la vita quotidiana del cittadino). Altrimenti, questo personaggio dalla preziosa professionalit , presenza fertile nella civilt  europea da Roma in poi, si trasforma mostruosamente in un Azzecagarbugli, ossia in un parassita della societ  quale strumentalizzatore del diritto e stravolgitore della sua funzione ordinante.

Indossata questa veste storicistica, Finzi si trovava inevitabilmente in contrasto con i due atteggiamenti portanti del diritto civile moderno: legalismo/codicismo e formalismo, l'uno ben stretto all'altro in una funzionale congiunzione simbiotica. Il Nostro, che non si dimentica mai di essere il cultore di un diritto positivo e che ha scelto fin dall'inizio di svolgere — accanto alla ricerca scientifica e all'insegnamento universitario — l'esercizio di una elevata ma intensa professione forense, si sente perennemente chiamato a ordinare una realt  positiva, ma ha perennemente in uggia di ridurre quell'ordinamento a un insieme di comandi astratti che i giuristi debbono soltanto passivamente esplicitare con le loro esegesi. L'osservatore vigile e disincantato conosce benissimo il divario — talora enorme — tra la lettera della legge fissata in un impassibile testo cartaceo e la societ  che non cessa di divenire e di trasformarsi, e coglie proprio in quella riduzione uno degli aspetti pi  desolanti dell'assolutismo giuridico moderno.

Se si volesse sintetizzare in una conclusione riassuntiva il progetto scientifico intuito, disegnato e portato innanzi da Enrico Finzi, non avrei esitazione nell'esprimerla cos : ampliare il territorio della positivit  giuridica troppo angusto nella visione della cultura giuri-

dica moderna, operare il recupero alla giuridicità di quanto gli atteggiamenti legalistici e formalistici proprii a questa cultura avevano condannato nella mera fattualità sottoponendo l’intero ordine giuridico a un esasperato e inaridente riduzionismo.

Su questo piano di azione intellettuale il suo compito era agevolato dalle pionieristiche sperimentazioni teoriche del suo mentore Venezian, dalle sue aperture oltre e contro la cappa di piombo romanistica verso il mondo alieno del *common law* e verso la diversa tradizione del diritto germanico, dalla sua valorizzazione della dimensione dell’effettività, dalla marcata tutela dell’aspettativa, dalla rilevanza dell’esercizio a fronte della mera titolarità. I diversi contributi di Finzi, nella loro consecuzione temporale, non faranno che seguire una siffatta linea programmatica, e lo verificheremo tra breve quando si offriranno al lettore delle specifiche annotazioni su quelli ritenuti più rilevanti e raccolti in questo volume.

4. *L’osservazione dei fatti e la loro sistemazione mediante rigorose categorie ordinanti: Enrico Finzi apprendista nella officina pragmatica.*

Avere una costante attenzione verso i fatti economici e sociali, non mancare di osservarli attentamente facendone tesoro. Questo è l’invito insistente di Finzi e anche il monito per ogni giurista. E consisteva, di per sé, nell’incrinare, se non infrangere, quella impenetrabile muraglia cinese che la civiltà moderna, seguendo una occhiuta strategia di controllo per la dimensione giuridica, aveva eretto tra *ius* e *facta*. Questo Finzi ha attuato con assoluta fedeltà alle premesse metodologiche propugnate, e, ovviamente, come si vedrà, ha pagato personalmente il conto.

Qui non si deve omettere di innestare la sua piena adesione al programma del pragmatismo teoretico di Vailati e Calderoni, suoi indiscussi maestri sul piano epistemologico. Guardare ai fatti era il punto di avvio di una ricerca autenticamente scientifica anche per loro, sempre sollecitati dal disprezzo per metafisicherie nuvolesche e dal tentativo di instaurare un sapere positivo mediante l’analisi tecnica ed antiretorica del pensiero e soprattutto del linguaggio. Insieme, congiuntamente, doveva, però, svilupparsi nel ricercatore

una avveduta coscienza della possibile (se non probabile) arbitrarietà degli strumenti tecnici ⁽²¹⁾, del ‘coefficiente di errore’ latente in ogni tradizione anche consolidata ⁽²²⁾.

L’ordinamento dei fatti, cui tende il giurista/scenziato, potrà avvenire solo se l’osservazione di questi è orientata da rigorose categorie ordinanti e da un linguaggio rigoroso, gli unici strumenti che possono condurre alla meta di una corretta grammatica del discorso giuridico. È ovvio che la virtù massima, in questa operazione di pulizia intellettuale, è la consapevolezza del rischio, dei tranelli che tecniche e linguaggio possono far trovare sul cammino, dalla quale discende la necessità della più guardinga vigilanza. Solo per questo tramite si potrà arrivare alla definizione del fatto assunto a oggetto di conoscenza giuridica.

Nella prima mia ricostruzione del pensiero del Nostro da me redatta nel 1986, non esitai nell’affermare che “per Finzi il sapere giuridico ha carattere soprattutto definitorio... l’ambizione fondamentale di Finzi è definire ⁽²³⁾; e non intendevo per *definire* un ricercare formulette costringenti e, pertanto, come ci ha ammonito l’antica sapienza romana, pericolose e vitande. Definire — ripeto quanto scrissi allora — “vuol indicare invece una volontà che è tesa a cogliere l’essenza dell’oggetto frontale nei suoi confini naturali e che sa benissimo di poterla conseguire soltanto evitando equivoci e luoghi comuni, autodisciplinandosi con un rigoroso approccio metodico” ⁽²⁴⁾.

Alla luce di quanto si è ora detto, vorrei anche ribadire una riflessione (prima accennata) sulla esperienza personale del Finzi scrittore di cose giuridiche, riflessione che gli è dovuta contro illazioni sminuenti: è inevitabilmente arduo e tormentoso fissare sulla pagina un sapere giuridico così logicamente e culturalmente purificato. Il modello elevato, cui lo scrittore si ispira, anche se non

⁽²¹⁾ Consapevolezza già presente nel saggio metodologico del 1914 (e propedeutico alla ampia monografia “Il possesso dei diritti”) su *Le teorie degli istituti giuridici* (in *Rivista Critica di Scienze Sociali*, I (1914), p. 99), dove si cita il saggio co-firmato da Vailati e Calderoni circa “L’arbitrario nel funzionamento della vita psichica”.

⁽²²⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., pp. 48/49.

⁽²³⁾ GROSSI, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana*, cit., p. 169.

⁽²⁴⁾ Loc. ult. cit.

lo condanna all'impotenza, rende difficile una sua consolidazione scritta. Finzi lo sa, ed è la prima vittima del piano auto-purificatorio entro cui deliberatamente si inserisce. Lascerà ai posteri un materiale estremamente decantato, quantitativamente ridotto ma di tale qualità culturale e tecnica da rendere la sua presenza scientifica nella Firenze tra le due guerre sommamente significativa.

Non aveva torto il suo amico e sodale Devoto, quando scriveva su di lui la frase che ho voluto più sopra riportare: "Enrico Finzi ha pagato il suo rigorismo ipercritico" (25). Né ho avuto — credo — torto io stesso quando ho parlato della sua convinta adesione al pragmatismo vaiatiano/calderoniano come di un fomite ma anche di un limite (26).

5. *Finzi: un personaggio scientificamente e accademicamente solo.*

Da tutto questo complesso di atteggiamenti culturali, che venivano a dare una caratterizzazione tanto marcata al giovane mantovano trapiantato definitivamente nella incantatrice Firenze, una conseguenza non poté che scaturire sul piano accademico: l'isolamento, la solitudine; conseguenza inevitabile per chi non ha condiviso luoghi comuni, mitologie e dommatiche imperanti, e ha tracciato un proprio personalissimo sentiero di ricerca. Agli occhi della ufficialità accademica sono, infatti, preferibili meri compilatori privi d'un fiato di pensiero od ottusi esegeti incapaci di sollevarsi di una sola spanna al di sopra del testo autoritario a personaggi vivaci ma turbativi del quieto stagno delle *opiniones communes* ricevute dalla maggioranza diligente e silenziosa. Lo stesso *cursus honorum* accademico di Finzi ne è la piena dimostrazione: staziona molto a lungo nell'Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze, conseguendo tardi il traguardo della cattedra e arrivando alla Facoltà di Giurisprudenza fiorentina quale professore ordinario solo nel 1946.

Di questa appartatezza e solitudine il primo ad accorgersi è proprio lo stesso Finzi. Resta traccia di questa sua posizione psicologica in una lettera di Francesco Carnelutti scritta da Venezia il 16

(25) Cfr. alla nota 12.

(26) Cfr. più sopra, alla p. XII.

agosto del 1921 in risposta ad una in cui Finzi — alcuni giorni prima, e precisamente il 6 agosto — aveva esternato all'amico illustre, allora già Ordinario nell'Ateneo di Padova, non soltanto la buona novella dell'attesa del primo figlio ma anche rammarichi circa le incomprensioni scientifiche dei colleghi che lo lasciavano solo e isolato (27). Poiché si tratta di una missiva di indubbio rilievo, ne offriamo riproduzione all'interno del volume subito dopo questa introduzione. Ecco l'eloquente testo carneluttiano:

Carissimo,

tornato dopo un breve riposo montanino, trovo la tua del 6 agosto.

Sono infinitamente lieto per la buona notizia che mi dai: la ritengo molto buona; perché conosco ormai molto bene la vostra casa per non sapere quanta gioia vi porterà il piccolo che aspettate. Ti prego di comunicare alla Signora le espressioni di compiacimento e di augurio che le fa in proposito anche mia moglie.

Adesso che sei già potenzialmente padre, penso che sentirai maggiormente il dovere di non fare il poltrone. Quanto alla paura di essere "troppo solo" forse anche questo è un paravento della poltroneria. Anche io sono stato regolarmente e costantemente solo: e ho fatto la mia strada. Nel nostro ambiente non ci sono che due modi per andare avanti: o strisciare o volare. Mi sembra che tu non abbia la capacità per la prima andatura. Tendi dunque le ali e vola dove ti piaccia. Peggio per gli altri se non ti arriveranno. A ogni modo tra il dire cose che inaspriscono i tuoi critici, lavorando; e il non inasprirli, non facendo nulla, mi sembra che la scelta non possa essere dubbia. Dico questo perché so benissimo che tertium non datur, cioè reputo impossibile che tu studii un problema per essere d'accordo con gli altri...

È probabile che io torni a Firenze in ottobre e che vi conduca per un paio di giorni mia moglie e la mia bambina.

Presenta alla signora ancora omaggi e auguri e credimi con l'usato affetto

Carnelutti

La lettera non ha bisogno di molti commenti e serve egregiamente per avvalorare quel sentimento di solitudine scientifica e accademica di Finzi, sul quale ho insistito più sopra. Riprendendo le immagini di Carnelutti, si può ben dire che Finzi si è sempre rifiutato

(27) Dobbiamo la consultazione della lettera alla cortesia della nipote di Enrico, la dr.a Daniela Noferi, la quale, perdurando la dolorosa ed espropriativa infermità della madre, Prof.a Adelia Noferi Finzi, mi ha ammesso nella vecchia casa di Lungarno Vespucci 68 e mi ha consentito di rintracciarla tra le poche carte del nonno lì ancora conservate.

di *strisciare* sulla norma positiva aderendovi piattamente, e ha scelto di *volare*, ossia di costruire liberamente con quella libertà che è propria di chi si muove a livello del pensiero. A Finzi non si addiceva l’esegesi testuale, bensì il ruolo alto di interprete. Ce lo dice lui stesso, implicitamente, nella nota critica che si sente di fare a un modesto esegeta, Assuero Tartufari, la quale diventa — *per oppositum* — un contributo autobiografico: “Leggendo le opere del Tartufari... noi assistiamo al penoso annaspere di un ingegno cui solo mancava la libertà per ergersi altissimo. Noi vediamo la bella e geniale visione invescarsi nella cavillosa interpretazione delle parole del codice, trapassare continuamente dal desiderio di assurgere ad una idea universale alla necessità di attenersi alla particolare dottrina del codice, cui egli vuole appoggiarsi” (28). In una pagina successiva, sempre a proposito di Assuero Tartufari, egli puntualizza: “non ha tempra di scienziato, ma sol di dialettico” (29), quasi per dirci che non ha nulla di autenticamente scientifico un esercizio logico-formale sul testo disincarnato della legge.

6. *Qualche cenno ai criterii per la selezione dei testi finziani presenti in questa raccolta.*

È ora di render conto, al lettore di questo libro, dei criterii che mi hanno sorretto per includere o per escludere in seno alla presente raccolta.

Ho ritenuto di dover essere severo, sicuro che di questa severità il primo a rimanere soddisfatto sarebbe stato proprio il mio caro Maestro; ho, pertanto, escluso quei parecchi contributi dove Finzi dimostra soltanto una perfetta dominanza delle tecniche giuridiche e quelli dove egli si inserisce in discussioni e polemiche assolutamente superate dagli sviluppi legislativi e scientifici successivi. Come ho già precisato, ho convintamente incluso quei contributi preveggenti, colmi di intuizioni e, quindi, colmi di futuro, che il giurista di oggi può leggere con profitto. Di questi parlerò partitamente fra poco.

(28) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 137.

(29) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 225.

Rendo partecipe il lettore anche di una mia perplessità circa la tesi di laurea bolognese di Enrico del 1907, perplessità che discendeva dalle seguenti motivazioni. Talune spingevano a favore dell'insierimento: perché vi si rispecchia indubbiamente un ventitreenne di grande talento e soprattutto di grande apertura culturale; perché, stampata privatamente da lui, è restata, per quanto io ne so, sepolta nella Biblioteca Comunale di Mantova e in quella personale dell'Autore e, di fatto, assolutamente sconosciuta. Mi permetto di spiegare qui brevemente perché le perplessità si siano trasformate in una conclusiva propensione a non ricomprenderla nella raccolta.

Ripeto, per comodità di chi legge, il tema: "Saggio intorno alla formazione storica di alcuni istituti giuridico-sociali (occupazione — detenzione; possesso; proprietà; furto)". E ripeto, perché rilevante, quanto ho già constatato: è sostanzialmente un tema storico-giuridico, e la dignità di Vico ('natura di cose non è che nascimento di esse'), sottolineata con voluta evidenza nell'esergo della pubblicazione, segnala con intensità lo storicismo del giovane giurista, atteggiamento cui egli si terrà ancorato per tutta la durata del suo itinerario di studi. Da buoni mentori, come Savigny e Jhering, assorbe la consapevolezza della storicità intrinseca del diritto e della inscindibilità tra dimensione storica e dimensione teoretica; certezze metodologiche che traspasano da tutto lo svolgersi della tesi.

È il primo lavoro di un giovane che ha occhi e orecchi ben aperti, curiosissimo e informatissimo (si pensi: egli cita la memoria che Benedetto Croce aveva letto, il 21 aprile e il 5 maggio di quello stesso anno 1907, a Napoli presso la Accademia Pontaniana, su "La riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia" ⁽³⁰⁾). Soffre, però, ovviamente, del vizio che è naturale a un lettore novizio di tante e troppe cose: l'eclettismo. Storicista convinto, palesa tuttavia un forte gusto per letture etnologiche e sociologiche (nonché per pagine schiettamente evoluzionistiche) dimostrando di nutrire in sé anche venature dell'ingenuo positivismo scienziato di fine Ottocento.

A questi accenni critici va aggiunto che vi sono, tuttavia, pienamente valorizzati gli insegnamenti teorici di Brini sulla natura giu-

⁽³⁰⁾ *Saggio intorno alla formazione storica di alcuni istituti giuridico-sociali*, cit., p. 76.

ridica del possesso dei diritti e sulla sua ammissibilità tecnica, e, in modo particolare, le visioni neoteriche di Venezian sulla tutela dell’aspettativa (fissate nella celebre prolusione bolognese del 1900) e sulla nozione romanisticamente inaccettabile di *Gewere*, che il grande civilista triestino ha estratto dal suo grembo nordico e trapiantato nei paesaggi giuridici mediterranei.

Alla *Gewere* il laureando bolognese dedica la nota spropositatamente lunga con cui si apre il capitolo terzo ⁽³¹⁾, segno fin da allora (siamo nel 1907) dell’interesse teorico per un istituto che egli avrebbe assunto a chiave di volta del volume del ’15 redatto per il conseguimento della libera docenza. La *Gewere*, istituto *hochdeutsch*, entro la quale fatto e diritto si mescolano in un intreccio inseparabile, è un istituto “confusionario per i romanisti” perché non è possesso e non è dominio, “è l’uno e l’altro, e nessuno”, come tiene a precisare Finzi ⁽³²⁾ sottolineando la sua alienità rispetto agli ufficiali canali romanistici fondativi delle moderne codificazioni europee.

È un istituto nato dal basso di prassi consuetudinarie, e perciò “pratico” ⁽³³⁾, che ha risolto mille problemi quotidiani contrassegnando di sé un’epoca lontana e fornendo uno schema ordinamentale utilizzabile in altri contesti storici. Come or ora si accennava, la *Gewere*, rivissuta teoricamente dai germanisti ottocenteschi, è la cifra giuridica capace di sciogliere l’enigma tecnico-giuridico di un possesso dei diritti.

7. Enrico Finzi: un civilista pos-moderno.

Il giurista Finzi, la cui figura si profilerà netta negli scritti (quantitativamente minori) qui raccolti, ha i lineamenti di un personaggio dalla straordinaria unitarietà.

Storicità e fattualità del diritto, coscienza della complessità dell’ordine giuridico e, quindi, rifiuto dei riduzionismi legalistici e formalistici moderni, osservazione attenta e disponibile della transizione in atto con la propensione ad accogliere le novità come segno dei tempi e dei bisogni nuovi; tutto questo si somma in lui

⁽³¹⁾ È la nota 1 di pagina 51.

⁽³²⁾ Le due citazioni si trovano, rispettivamente, alle pagine 54 e 55 della tesi.

⁽³³⁾ Così lo qualifica Finzi alla pagina 54.

caratterizzandolo e facendo di lui un giurista autenticamente novecentesco; intendendo, con una siffatta qualificazione, un intellettuale che è immerso fino al collo — e non solo cronologicamente — nel Novecento quale tempo già pos-moderno nel suo crescente rimuovere le certezze proprie della modernità giuridica. Immersione che resta, invece, meramente cronologica per il gregge dei civilisti italiani, conquistati dalle mitologie giuridiche confezionate nel nostro passato prossimo e assertori delle certezze moderne calate nel profondo delle loro convinzioni e diventate una sorta di loro statua interiore.

È pos-moderno l'*opus magnum* di Finzi del 1915, sono pos-moderne le sue ricerche sulle nullità negoziali del 1920, sono pos-moderne le sue riflessioni sulla proprietà, sono pos-moderne le sue valorizzazioni delle dimensioni 'sociale' e 'collettiva' (ripugnanti alla modernità giuridica) che emergono nette in tante sue non dimenticabili pagine più propriamente commercialistiche.

Personaggio unitario portatore di messaggi unitari. Ciò segnala un intellettuale coerente sino in fondo ai basamenti culturali prescelti fin dai primi approcci giovanili, ma segnala anche, come già sappiamo, se non un eretico, certamente un giurista di difficile comprensione per la grande maggioranza di civilisti pandettisti o esegeti, e, pertanto, un innovatore solitario da lasciar cuocere nel brodo da lui stesso confezionato.

8. *Le monografie finziane e il loro messaggio culturale. Anno 1915: "Il possesso dei diritti"*.

Come abbiamo anticipato, le prime fatiche scientifiche di Finzi sono state (a parte la redazione della tesi di laurea) due grossi esercizi di scrittura: la amplissima indagine del '15 sul possesso dei diritti e il più ridotto saggio monografico sulle nullità del negozio giuridico, del 1920; si è sicuramente trattato di pesanti fatiche per un cercatore di verità⁽³⁴⁾, per uno sceveratore del metodologicamente vero dal falso, per un decantatore delle ambiguità del linguaggio, per

⁽³⁴⁾ L'espressione, peccante di presunzione, è dello stesso Finzi, reso tranquillo dai rimedii metodologici fornitigli dalla scuola pragmatistica fiorentina: "io ho condotto l'indagine con un unico fine: la ricerca della verità" (*Il possesso dei diritti*, cit., p. 409).

un giurista reso cautissimo dalla sua puntuta coscienza della probabile arbitrarietà delle sue tecniche giuridiche. Trattandosi di due monografie, sono ovviamente escluse dalla nostra raccolta, ma mi sembra opportuno offrire al lettore una sintesi del loro messaggio, al quale si è fatto riferimento — ma troppo sparsamente — in quanto si è detto in precedenza. Ciò varrà a corroborare il disegno di quell’intellettuale unitario di cui si è parlato.

Intanto, una precisazione illuminante: il primo piccolo saggio ricompreso nella nostra raccolta, “Le teorie degli istituti giuridici”, risalente al 1914, intriso com’è di epistemologia pragmatistica, costituirà l’anno dipoi, con minime irrilevanti variazioni formali, la ‘Introduzione’ a “Il possesso dei diritti”. Il quale vuole essere ed è la ponderosa e poderosa verifica di quelle verità epistemologiche entro il tessuto di un gruppo di istituti.

Nel volume, infatti, il compito del giurista è ordinare, porre confini sicuri, espungere dati estranei, dissolvere gli equivoci e i luoghi comuni, togliere la nebbia del vago e dell’ambiguo in un discorso che, o è un corretto approccio verso la realtà per tradurla veridicamente nell’alfabeto di segni proprii al giurista, o è altrimenti una inutile profluvie verbale (peggio ancora: una mistificazione). Compito che investe ogni indagine giuridica e che ritroviamo disegnato intatto per la revisione finziana della teorica delle nullità negoziali, dove l’Autore non manca di rinviare alle sue precisazioni del ’15, come se non fossero trascorsi — nel frattempo — ben cinque anni ⁽³⁵⁾.

Ecco una prima definizione del tema: “noi abbiamo ripartiti i possibili casi che vi rientrano in tre ampie classi che ne esauriscono la materia. In tre modi ed in tre modi soltanto si può essere in *possesso di un diritto*: cioè ove si sia creato un rapporto ad esso corrispondente, o su la base del mero elemento legale del suo fatto

⁽³⁵⁾ “Io ho avuto altra volta la opportunità di rilevare come a questa imprecisione di linguaggio corrisponda di necessità, quasi sempre, una confusione di concetti: inavvertitamente si trascorre d’uno in altro soggetto, e si crede di ragionare dove soltanto, invece, si fanno giochi di parole”; “certo si è che il vizio fondamentale delle correnti teorie delle nullità può vedersi nel non avere avuto sufficiente conoscenza di questa anfibologia e di queste confusioni concettuali” (*Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., pp. 54 e 55).

giuridico, o sulla base del mero elemento naturale di esso fatto, od il rapporto esista, per qualsiasi ragione, fuori dai presupposti dei diritti corrispondenti” (36). È l’indicazione di un nuovo osservatorio fecondissimo da cui guardare l’intera realtà giuridica o una buona fetta di essa: esaminare gli istituti quasi controparte, partendo dalla loro ombra sulle cose più che dalle linee della loro normale figura; esaminarli, come Finzi indicherà nel 1935 a proposito della proprietà, ‘da sotto in su’.

Concretizziamo con degli esempi il campo prescelto: “il matrimonio del già coniugato celebrato regolarmente, la nomina di un incapace ad un pubblico ufficio, il diploma concesso a chi non ne ha diritto, la forma per la costituzione di una società per azioni perfettamente osservata, pur essendone sostanzialmente nullo l’atto costitutivo, la proclamazione a deputato del non eletto, la votazione regolarmente avvenuta ma a cui prese parte un deputato la cui nomina sarà revocata...” (37). Il campo è, cioè, come indica l’elencazione sommaria ma eloquente, tutta quella vasta gamma di rapporti che non possono dirsi rapporti giuridici perfetti per il mancare di alcuni presupposti che l’ordinamento prevede necessari alla loro costituzione, ma nei quali, per il verificarsi degli elementi formali, “è avvenuta di fatto l’investitura di un diritto a favore di tal persona cui quel diritto giuridicamente non spetterebbe” (38).

Rapporti di fatto soltanto in un loro formalistico raffronto al modello di rapporto perfetto e assolutamente tipico, che un formalismo miope potrebbe condannare nella fossa delle invalidità, ma che invece l’ordinamento, per le istanze sociali da cui è mosso, *recupera* alla dimensione della giuridicità ad un più basso livello possessorio, facendone tanti possessi di diritti costruiti sulla analogia economico-sociale col rapporto perfetto (39). Enuncia Finzi: “io affermo che esiste come possibile accanto a ciascun rapporto giuridico un altro rapporto giuridico, il quale ha per fatto giuridico l’investitura in quel rapporto e per contenuto la mera possibilità

(36) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 285.

(37) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 266.

(38) *Il possesso dei diritti*, loc. ult. cit.

(39) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 258.

legale di esercitarne il contenuto” (40). In mezzo al formalismo giuridico imperante nel 1915 Finzi insisteva sulla investitura di fatto di un diritto, compiacendosi di sostare ai confini estremi dell’ordinamento dove fatto e diritto si mescolano scandalosamente (scandalosamente — s’intende — per un legalista/formalista), guardando con attenzione verso gli strati più riposti gremiti di irregolarità e di atipicità, e contemplando serenamente quei recuperi sociali che costituivano senza dubbio una incoerenza rispetto alle geometrie rigorose ma museali delle forme giuridiche tipiche.

Ed ecco la frequenza, quasi assillante, di quel sostantivo ‘recupero’ e di quel verbo ‘recuperare’, e la pari frequenza del sostantivo ‘investitura’, se non addirittura ‘investitura di fatto’, che segnalavano l’istanza, culturale prima che tecnica, la più forte e la più risolutiva in questo intellettuale, consistente nel cogliere la complessità di ogni ordine giuridico e nel tentare di recuperarla, di impedirne l’inaridimento. Come ho detto più sopra, Finzi respinge l’idea che il Codice sia lo specchio perfetto dell’ordinamento, quasi un museo dove ci sono armadii e teche, dove tutto è ben classificato, ma dove quel tutto rappresenta una parte minima della civiltà che il museo ha la pretesa di manifestare al visitatore.

Riprendo, in chiusura, un motivo già accennato: la centralità della *Gewere* nella architettura dell’opera: se la nozione di *investitura* è il meccanismo operativo che permette a Finzi il recupero di strati sepolti o rimossi dell’ordinamento, la antica *Gewere*, quale cerniera tra fatto e diritto, è l’unico assetto sperimentale (cioè storicamente sperimentato) fondato su una investitura che gli dia la cifra di quel meccanismo. Ed egli chiede apertamente ai germanisti di disseppeirgli dall’urna di una civiltà possessoria come il medioevo l’istituto che è l’assetto concreto dell’ordine alto-medievale quale civiltà costruita sul ‘possesso dei diritti’ (41). L’istituto, visibilmente *hochdeutsch*, veniva sottratto dal grembo di una remota vita

(40) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 286.

(41) Non sono, pertanto, uno sfoggio di erudizione i ricchissimi riferimenti contenuti nel volume allo sviluppo dottrinale in tema di *Gewere*, da Eichhorn (1823) a Naendrup (1910), attraverso gli interventi critici di Albrecht, Gaupp, Homeyer, Sandhaas, Delbrück, Gerber, Stobbe, Heusler, Huber, Otto von Gierke (*Il possesso dei diritti*, cit., p. 141 ss.).

primitiva per *recuperare* quei mille rapporti imperfetti di cui la civiltà moderna appariva straordinariamente folta: l'istituto di un vecchio diritto vivente per aiutare a capire e a formalizzare istituti tanto distaccati nel tempo ma tanto uniti dall'unico problema di vita giuridica che erano chiamati a risolvere.

Se un lettore distratto o annoiato dalle pesanti pagine del volumone finziano, arrestandosi a fallaci apparenze, arrivasse a identificare i continui riferimenti alla *Gewere* come elucubrazioni dottissime ma sradicate dalla realtà italiana ed europea del 1915, sbaglierebbe di grosso. Presente e passato sono qui dimensioni che si integrano a vicenda; la ricchezza di una vita interamente vissuta è dialetticamente messa in rapporto con l'oggi, quasi interpellata per fornire messaggi all'oggi. E Finzi se ne compiace appieno.

9. *Le monografie finziane e il loro messaggio culturale. Anno 1920: "Studi sulle nullità del negozio giuridico".*

Dicevo più sopra della unitarietà del personaggio Finzi e della estrema coerenza con cui egli ha portato innanzi il proprio itinerario di ricerca. A riprova, mi sia consentito di trascrivere una pagina del volume del '15, dove si insiste sulla 'relatività' del concetto di negozio giuridico e dove è già prefigurato il discorso che impegnerà la seconda monografia del '20 in tema di nullità negoziali: "Tutta la teoria del negozio giuridico e delle sue nullità, ad esempio, troverebbe una base più solida ove si tenesse presente che il concetto di negozio giuridico è essenzialmente relativo dovendosi l'espressione integrare con la indicazione del rapporto che costituisce l'intento del dichiarante. Un negozio giuridico in sé, astratto, non si concepisce: esso importa sempre l'allusione implicita ad un dato rapporto giuridico che ne deriva: esiste soltanto il negozio giuridico di un dato rapporto. Così solo si spiega come una fattispecie possa insieme essere e non essere negozio giuridico: essa non è come negozio di un dato rapporto; esiste invece come negozio di un altro. E tutti i concetti corrispondenti di nullità assoluta o inesistenza, e rispettivamente di validità od efficacia, sono da considerarsi non già come assoluti, ma sempre e solo come relativi all'intento dichiarato, all'effetto cui si mira: ciò che si dice giustamente *inesistente*, in

quanto manca dei requisiti per l’esistenza come fatto giuridico di un dato rapporto, può essere non solo esistente, ma perfettamente valido come fatto o negozio di un differente rapporto” (42).

Nel 1920, aggredendo il suo secondo tema monografico, Finzi avrebbe, dunque, potuto affermare: *heri dicebamus*, contemplando una linea di pensiero che corre ininterrotta. Infatti, ora, anno 1920, si vuole analizzare le nullità degli atti negoziali senza assolutizzazioni formalistiche e cioè senza avere sempre e soltanto dinnanzi a modello un’immagine di atti giuridici nella loro perfetta rispondenza alle previsioni del legislatore. Lo sguardo di un giurista non plagiato da legalismi post-illuministici deve ampliarsi, non disinteressandosi degli atti imperfetti e spostando opportunamente l’occhiale dal profilo della nullità — intensità massima della sanzione, che li condanna alla totale espunzione — a quello della efficacia, che, prescindendo da schematizzazioni astratte imperniate tutte sulla validità intrinseca dell’atto, misura lo stesso atto nella sua dimensione esterna, nel suo vivere continuato entro la storicità dell’ordinamento. In tal modo, si cerca di raggiungere il risultato, che è da un punto di vista sociale il più apprezzabile, e cioè il *recupero* dell’atto alla giuridicità.

Diamo ancora la parola al Nostro: “quando, per ragioni varie, ma che si riannodano sostanzialmente in gran parte al formalismo, vengono a costituirsi rapporti giuridici *di fatto*, cioè rapporti che il diritto oggettivo ricusa di considerare ma che i privati onesti osservano come giuridici, allora il diritto oggettivo sostanzialmente fallisce al suo scopo, perché in luogo di semplificare i rapporti patrimoniali e di coordinarli in una suprema armonia ove si contemperino gli interessi della società e dei singoli, viene invece ad intricarli o a contraddirli, ponendo una antitesi fra ciò che è e ciò che dovrebbe essere, dal perdurare della quale non deriva che danno sociale... la frequenza delle sanzioni di nullità conduce a frustrare gli scopi del diritto oggettivo, a lasciare cioè che infiniti rapporti sorgano e vivano e si moltiplichino fuori della legalità, creandosi i cittadini da sé, in altri modi, le garanzie e le sanzioni necessarie a farli osservare, determinando il sorgere — altamente nocivo per la società — di una

(42) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 248.

giustizia privata che regola i rapporti fiduciari, contrapposta a quella legale, che regola quelli giuridici” (43).

La scelta è per Finzi obbligata: aprirsi al profilo dell’efficacia, che è un orizzonte assai più esteso e anche assai più duttile che non sia quello della validità (sempre condizionata da impassibili modelli autoritari e da valori). È, infatti, come sopra si accennava, lo strumento che consente di misurare l’atto nel divenire della vita quotidiana, nella cui complessità può essere recuperato. Può darsi che l’attualmente improduttivo divenga produttivo domani; può darsi che ciò che è improduttivo per gli aspetti connessi alla regolarità dell’atto, lo sia per altri aspetti esorbitanti il modello generale e normale.

Conclusione: “è essenziale pertanto ad ogni ordinamento giuridico un sistema di recupero... dei rapporti che esso è costretto ad escludere in un primo momento dal suo seno: un modo, diretto od indiretto, per ricondurre sotto il suo controllo, la sua tutela, la sua sanzione, i vincoli sociali di contenuto patrimoniale, che, non perfetti legalmente, hanno però una esistenza di fatto”. E qui, com’è nella metodologia finziana, soccorre non poco la comparazione storica con tutto il suo prezioso tesoro di vita vissuta: “a soddisfare questo bisogno è servito consuetamente nella storia una specie di sdoppiamento del diritto oggettivo: accanto e sotto ad un ordinamento giuridico perfetto, formalistico, solenne, saldo e certo, fu collocato un diverso ordinamento giuridico improntato all’equità, alla materialità, all’empirismo: snello, flessibile, mutevole” (44).

E nella pagina di Finzi si stagliano l’esempio di Roma col suo diritto pretorio e del medioevo con la sua variegata pluralità di ordinamenti giuridici co-vigenti in uno stesso territorio e in uno stesso tempo; egli avrebbe potuto aggiungere un richiamo anche al ‘common law’ dove, nel medioevo e nella modernità, c’è sempre stata una feconda applicazione della visione giuridica finziana. Finzi si consente, invece, una aggiunta aspramente critica, sostanzialmente provocatoria, che vorrei sottolineare: quelli che lui chiama “rimedi reintegratori dell’ordine legale” “l’unificazione legislativa operata coi codici li ha ora in gran parte distrutti” (45). E, da parte di un

(43) *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 26.

(44) *Studi sulla nullità del negozio giuridico*, cit., p. 27.

(45) Loc. ult. cit.

civilista pos-moderno, si riaccende ancora una volta — ma non sarà l’ultima — la sua polemica verso il riduzionismo legalistico della modernità.

10. *Sul contenuto della presente raccolta.*

Ecco la elencazione dei saggi accolti in questo volume secondo la loro consecuzione cronologica in base alla data della pubblicazione:

Le teorie degli istituti giuridici, in *Rivista critica di scienze sociali*, I (1914);

Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà, in *Archivio Giuridico*, XC (1923);

Conflitto tra principii generali del diritto, in *Il Foro Toscano*, II (1927);

Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, XXVI (1928);

Sulla riforma legislativa delle società commerciali, in *Scritti in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, Principato, 1929;

Società controllate (art. 6 R.D.L. 30 ottobre 1930, n. 1450), in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, XXX (1932);

Verso un nuovo diritto del commercio, in *Annuario del R. Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze*, XI (1932/33); indi in *Archivio di Studi Corporativi*, IV (1933);

Diritto di proprietà e disciplina della produzione, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze, tip. ed. Mariano Ricci, 1936;

Aspetti giuridici delle società cooperative, in *Archivio di Studi Corporativi*, VII (1936); indi in *Raccolta di studi in onore di Riccardo Dalla Volta*, Firenze, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, 1936;

Riflessi privatistici della Costituzione, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, Barbera, 1950;

La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio), in *Rivista di Diritto Agrario*, XXX (1952).

Nelle pagine seguenti di questa ‘Introduzione’ si motiveranno, per ciascuno dei saggi finziani, le ragioni di una scelta. Qui ci

limitiamo a una osservazione preliminare: la più gran parte di essi indaga temi proprii al diritto commerciale e, più in generale, al diritto dell'economia. Ciò conferma la singolare posizione di Finzi, il quale, pur non avendo mai ricoperto una cattedra di Diritto Commerciale od Agrario ma solo cattedre di Istituzioni di Diritto Privato e di Diritto Civile, era portato a penetrare con le sue indagini all'interno di diritti speciali in cui si esaltava in modo particolare quella fattualità che era nucleo essenziale della sua visione del diritto.

Infine, una notazione utile per il lettore: tutte le citazioni dei vari saggi faranno riferimento alle pagine in cui i singoli testi si trovano collocati in senso a questa raccolta.

11. *“Le teorie degli istituti giuridici” (1914).*

Sul primo saggio “Le teorie degli istituti giuridici” non ritengo necessario spender troppe parole. Risalente al 1914, e cioè al momento della ponderosa preparazione del volume sul possesso dei diritti, offre il succo di quelle conclusioni epistemologiche che il giovane Finzi aveva assorbito dai suoi mentori Vailati e Calderoni; il saggio traduce in grammatica giuridica quelle conclusioni, tanto è vero che lo vediamo diventare il capitolo introduttivo del volume del 1915, ossia un preliminare discorso sul metodo necessario a un libro che intende essere, nel suo nodo essenziale, un metodo di corretto discorso giuridico.

Una ulteriore osservazione: Finzi lo stampa, in veste autonoma, sulla neo-nata ‘Rivista critica di scienze sociali’ edita presso la Libreria de ‘La Voce’ in Firenze. La Rivista nasce nel clima del rinnovamento culturale fiorentino di quegli anni, anche se avrà vita effimera a causa del disastro bellico che sta per coinvolgere anche l’Italia ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁶⁾ Per alcuni cenni cfr. GROSSI, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana*, cit., pp. 82/84, dove si nota a proposito del primo fascicolo: “la premessa programmatica sembra uscita dalla penna di Vailati e di Calderoni ed è espressiva del loro pragmatismo teoretico” (p. 83).

12. “*Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*” (1922).

Da quanto ho sinora scritto in questa ‘Introduzione’, il lettore si è reso conto di un atteggiamento culturale che, in grazia della sua costanza, si è trasformato in caratterizzazione fondamentale del personaggio Enrico Finzi, del giurista, del civilista: l’insofferenza verso i luoghi comuni tralatiziamente ricevuti e mai seriamente discussi, cui consegue il disprezzo (parola forte ma non spropositata) per un gregge di civilisti che passivamente li fa proprii e li ripete con la stessa meccanicità di un mulino di preghiera tibetano.

Sono molti — e parecchi già li conosciamo — gli interventi polemici del Nostro, che certamente non contribuiscono a renderlo universalmente benvoluto, ma sono soprattutto due che ne fanno un cantore appartatissimo; interventi, per giunta, particolarmente sonori, perché si tratta di una ‘prolusione’ e di una ‘Relazione’ congressuale, e perché concernono ambedue un tema che la modernità giuridica aveva ritenuto sottratto, non dico a una critica demolitiva ma anche a una semplice messa in discussione di alcuni aspetti. È il tema della proprietà privata individuale, al quale, invece, Finzi dedica il suo discorso inaugurale per l’anno accademico 1922/23 del fiorentino Istituto Superiore di Scienze Sociali ‘Cesare Alfieri’ e una delle Relazioni di base al Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario nel 1935. Ci sembra opportuno esaminare subito congiuntamente l’uno e l’altra.

Due interventi, intimamente collegati nello sviluppo del pensiero dell’Autore, da considerarsi — l’uno — quale avvio di un ripensamento fortemente critico — l’altro — quale sistemazione definitiva di una completamente rinnovata visione dell’istituto proprietario. Ma, quando si parla di proprietà da parte di un civilista, si entra necessariamente in quel sacrario dove tutto è intoccabile: siamo, infatti, nel *sancta sanctorum* della costituzione politico-giuridica moderna, al cui centro sta la proprietà privata individuale quale pilastro costituzionale portante dell’intero edificio costruito dalla borghesia uscita vittoriosa dalla rivoluzione dell’89.

Si badi: Finzi non ha amoreggiamenti comunistici, né intende farsi echeggiatore a Firenze dei lontani sommovimenti sovietici contemporanei. Egli crede, più semplicemente, che sia giunto il

momento di ridiscutere una dogmatica, di calare un dogma giù dall'empireo dove lo si era situato e fermato, riducendolo a fatto storico.

Non sarà, infatti, mai ripetuto abbastanza che Finzi vive intensamente e senza prevenzioni il proprio tempo storico, lo osserva, lo registra, ne registra soprattutto la transizione che lo d'ordina e che coinvolge l'intero ordine sociale, economico, giuridico ⁽⁴⁷⁾. Egli guarda al passato prossimo, arrivato per inerzia a toccare il presente (ossia alla modernità giuridica), da giurista pos-moderno, con occhi — grazie a Dio — smaliziati e, pertanto penetrantissimi.

Non lo disturba affatto — lui, appartenente a una cospicua famiglia ebraica mantovana — il diritto di proprietà individuale: lo disturba come lo si era mummificato e immobilizzato sino ad allora, nella statica rarefatta di uno stato primordiale di natura, fuori dalla storia perché mai effettivamente esistito, dove galleggiavano figure di soggetti proprietari più simili a delle statue artefatte che a dei personaggi concreti immersi nella loro esistenza quotidiana e chiamati a popolare strade, case, fondachi, mercati, boschi e terre coltivate. Finzi, intellettuale immerso in un tempo pos-moderno e che non vuole tradire i segni di questo tempo, avverte l'esigenza di rimboccarsi le maniche e di cominciare a costruire una proprietà che rispecchi i bisogni emergenti, di sottrarla dalla sua innaturale collocazione entro il cielo delle stelle fisse e di immergerla nella storia. Insomma, ne reclama la storicità.

Si domanda Finzi che cosa sia “il diritto di proprietà secondo la mente del nostro legislatore: espressione del più puro individualismo, perpetuo, assoluto, dispotico”. Aggiungendo prontamente: la concezione del diritto di proprietà è mutata; “quell'individualismo assoluto... era già superato nel momento stesso in cui veniva posto a base del nuovo diritto” ⁽⁴⁸⁾. C'è, nel procedere del Novecento, un “processo di trasformazione” ⁽⁴⁹⁾ in atto che non può essere eluso, che — al contrario — impone la revisione della stessa struttura tecnica sem-

⁽⁴⁷⁾ “una semplice, superficiale osservazione del mondo in cui viviamo ci avverte che la concezione del diritto di proprietà è mutata” (*Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 55).

⁽⁴⁸⁾ *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 55.

⁽⁴⁹⁾ Op. ult. cit., p. 56.

plicissima della proprietà così come la si era forgiata nelle officine della Rivoluzione: un diritto soggettivo inattaccabile nella sua assoluta perfezione. Ora, 1922, il compito — culturale e sociale insieme — di un giurista consapevole è di considerare “la proprietà solo o prevalentemente come una funzione sociale” (50). E questo lui fa.

Finzi è convinto che non ci si può contentare delle limitazioni che, dall’esterno, erano ammesse, in talune specifiche ed eccezionali circostanze, a comprimere il nodo potestativo proprietario. Ormai, gli sembra giunto il momento di calare all’interno della struttura giuridica, rifiutarne la semplicità artificiosa, riscoprirne invece la complessità; in quell’interno, accanto alle situazioni di *diritto*, sono da identificare, almeno in relazione alla utilizzazione della cosa, precise situazioni di *dovere*, sì da conseguire il risultato prezioso di un meccanismo tecnico-giuridico assai diverso da quello della vulgata illuministico-rivoluzionaria e soprattutto più consona alle istanze contemporanee (51).

Finzi sottolinea: occorre individuare le naturali situazioni di dovere, di cui la proprietà *natura sua* si compone, come intrinsecamente giuridiche e non lasciarle nel limbo socialmente innocuo dei doveri unicamente morali e religiosi; e, polemizzando con la visione pandettistica del Thon, insiste compiaciuto sulla attuale (1922) “tendenza a trasportare lo scopo sociale della proprietà nel contenuto del diritto stesso” (52). “Funzione sociale, dunque, diritto condizionato a doveri, doveri in retribuzione dell’interesse difeso” (53).

Puntualizzando, a chiusura del suo discorso, un palese atteggiamento del proprio tempo, ben espresso da un “moderno (54) indi-

(50) Op. ult. cit., p. 57.

(51) Op. ult. cit., p. 59.

(52) Op. ult. cit., p. 60.

(53) Op. ult. cit., p. 65.

(54) Vale la pena di segnare qualche precisazione sul significato dell’aggettivo *moderno* così come è usato qui dalla penna di Finzi, significato ben diverso da come l’ho usato io in tutta questa Introduzione. Per Finzi *moderno* significa semplicemente ciò che è a lui contemporaneo, quindi ciò che lui sta vivendo e osservando. Per me, nella mia analisi storico-giuridica, l’aggettivo *moderno* viene usato in opposizione a *pos-moderno*, puntualizzando in tal modo due fasi ben definite che il diritto ha vissuto negli ultimi due secoli: una prima fase — quella che io chiamo ‘modernità giuridica’ — consolidata con

rizzo che tende a modificare soggettivamente il diritto di proprietà, spostandone la pertinenza dall'individuo a collettività più o meno ampie" (55), Finzi vi coglie un movimento — secondo lui — da guardare con simpatia e assecondare. Egli non mancherà di farlo in prosieguo, come vedremo, nell'univoco manifestarsi del suo pensiero pur in diverse direzioni. È un movimento dottrinale, come egli stesso rileva, testimonianza eloquente di quanto possa essere creativa una scienza giuridica attenta ai segni dei tempi, ma anche dimostrazione di "quanto si illuda il legislatore che crede di essere l'artefice del diritto" (56).

La dinamica del diritto, nella visione finziana, è prevalentemente affidata, o ai fatti economici che premono (per esempio, sul legislatore di guerra costringendolo a scelte in qualche modo eversive (57)), o a fonti più sensibili al divenire e al trasformarsi storico, come dottrina e giurisprudenza pratica.

13. *"Diritto di proprietà e disciplina della produzione"* (1935).

Diretta prosecuzione e naturale sviluppo del programma disegnato nel discorso inaugurale del 1922 è la Relazione congressuale di tredici anni dopo, ma anche compiuta definizione e sistemazione delle intuizioni lanciate in anni turbolenti di un rovinoso dopoguerra.

Ora, 1935, il clima italiano è più riposato: da un lato, quel riposo significa oppressione sotto il tallone pesante della dittatura fascista; ma ci sono anche delle scelte economico/giuridiche, che il Regime si è accollato mal volentieri, che porta avanti stancamente, che rappre-

la Rivoluzione dell'89 e, poi, durante il corso dell'Ottocento, è fase di acceso statalismo e altrettanto acceso formalismo; una seconda fase, il *pos-moderno*, affiora a fine Ottocento ed è il tempo in cui vengono messi in crisi — in un crescendo continuo durante il secolo XX — le certezze della modernità, ossia la riduzione del diritto nello Stato e nella legge, la scienza giuridica quale scienza pura, l'individualismo giuridico affermato in tutta la sua assolutezza. Certezze, queste, nelle quali Finzi, personaggio pos-moderno, non crede più.

(55) Op. ult. cit., p. 73.

(56) Loc. ult. cit.

(57) Finzi cita ripetutamente, nel corso del saggio, gli interventi legislativi eccezionali del quadriennio 1915/1919.

sentano tuttavia per parecchi intellettuali italiani i segni di un tempo novecentesco, e segni da raccogliere e ordinare per il messaggio oggettivo di cui erano portatrici: soprattutto, la nuova considerazione della *cosa* come realtà complessa, non più soltanto oggetto passivo di poteri, bensì entità carica di valenze economiche, realtà produttiva capace di assurgere per le proprie qualità intrinseche al centro del sistema dei rapporti uomo/beni.

Il riferimento, come si capisce, è all’ordinamento corporativo, ufficializzato in Italia con la legge del 1926, che lo accomodava alle esigenze di un potere autoritario e lo alterava assai, ma che non poteva togliergli preziosi germi oggettivi per la costruzione di un diritto congeniale al tempo pos-moderno di quel maturo Novecento. Finzi, che non è fascista, porge volentieri attenzione al movimento corporativistico, con un atteggiamento che si identifica con quanto or ora si annotava: quello di rimuovere gli orpelli estranei e infestanti inseriti a forza dalla ufficialità fascista e di carpirvi le non poche specularità con la transizione in corso, raccogliendole e organizzandole in un discorso scientifico innovatore.

Questo si poteva (e si doveva) fare proprio in tema di proprietà privata individuale. Ed è quello che fa Enrico Finzi, riuscendo in tal modo a irrobustire e a dare forma compiuta alle intuizioni sparse del 1922.

Vale la pena di cominciare da alcune affermazioni, che sono — invece — al termine della Relazione: “È nell’*officina delle cose* che si preparano i nuovi progressi del diritto patrimoniale. Non è difficile intravedere il momento nel quale la complessità, che è sempre maggiore nel mondo esterno, penetrerà anche in quello giuridico. Noi siamo ancora nella nostra scienza ad uno stato incredibile di semplicità”. Alle quali si aggiunge un rilievo puntuale: “La strada è lunga per dare ai congegni giuridici la rispondenza ai congegni tecnico-meccanici e economici. Ma la via per giungervi è proprio quella della *organizzazione delle cose* come oggetto di diritti. La pratica avanza la dottrina” ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁸⁾ *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 180. I corsivi sono nel testo originario di Finzi, e debbono ovviamente essere intesi come sottolineature dello stesso Autore.

Finzi è convinto che, orecchiando con disponibilità quanto sta da tempo fermentando nella prassi, sia arrivata l'ora per realizzare — almeno a livello scientifico — una maggiore coerenza tra il divenire dei fatti e le forme giuridiche, ed è in questo senso che la Relazione è condotta: Relazione programmatica, ma anche identificatoria delle pietre che servono per una nuova, però concretissima costruzione; la quale non può cominciare che dalla assunzione di un corretto angolo di osservazione, condizione preliminare per la correttezza dell'indagine secondo chi aveva fatto tesoro delle raccomandazioni epistemologiche dei pragmatisti fiorentini.

Da qui egli parte, segnalando con cristallina chiarezza all'uditore/lettore da quale osservatorio condurrà la sua analisi: "ho considerato il mio tema prevalentemente sotto il profilo delle cose, oggetto del diritto di proprietà e della disciplina della produzione: profilo piuttosto inusitato" ⁽⁵⁹⁾. Inusitato — dico io — e che avrebbe, in quel torno di anni, aumentato la appartatezza scientifica del personaggio.

Il giurista sembra quasi distendersi per terra e guardare al diritto di proprietà dal basso. Non è né una bizzarria, né una innocua variazione sul tema. È una cautela metodologica, da leggersi e interpretarsi come uno di quegli atti di vigilanza pragmatistica, che possono salvare da equivoci e luoghi comuni. È la cautela che consente a Finzi di attingere pienamente quel livello, che a lui, giurista concreto e anche giurista pratico, è più caro: quello dell'effettività.

Il capovolgimento dell'angolo di osservazione, infatti, non gli dà — semplicemente invertita — la stessa identica immagine che si sarebbe avuta nei procedimenti consueti di analisi, giacché non si è trattato soltanto di spostarsi sulla cosa, ma di spostarvisi per poter prestare attenzione alle regole in quella contenute, per rendersi conto dei tanti meccanismi interiori che lo sguardo dall'alto non consentiva di cogliere e di percepire. Il capovolgimento, in altre parole, non è formale, è sostanziale.

Un primo vistoso risultato è il riconoscimento del carattere prevalentemente pubblicistico del vecchio diritto privato patrimoniale. Il bene, quale struttura fenomenica ed economica, è una realtà ontologicamente insofferente ad essere costretta nell'angustia di un

⁽⁵⁹⁾ Op. ult. cit., p. 159.

processo di individualizzazione da parte di un soggetto singolo, ma reclama la sua centralità nella organizzazione socio-economica generale e, poiché “non vi sono beni indifferenti allo Stato” ⁽⁶⁰⁾, si può arrivare ad affermare “quasi una *demanialità indiretta*, un concorso attivo dell’interesse pubblico con quello privato nel godimento delle cose” ⁽⁶¹⁾.

Nella società novecentesca, insomma, “sono i beni che si mettono in primo piano”, che “si pongono logicamente come un prius rispetto al cittadino, cui spettano”, “non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli” ⁽⁶²⁾.

Con rilevanti conseguenze a livello di teorizzazione dei poteri: relegato senza un rimpianto lo *ius abutendi* di umanistica memoria fra le anticaglie inservibili, il potere del proprietario appare sempre più un potere *discrezionale*, “cioè, insieme, *libero e vincolato*” ⁽⁶³⁾, con la consequenziale possibilità di applicargli le figure familiari al diritto pubblico dell’eccesso e dello sviamento di potere, con la parallela ammissibilità anche entro i confini del cosiddetto diritto privato della tutela degli interessi legittimi.

Sono, queste, conclusioni che si commentano da sole. Ci limitiamo unicamente a osservare che, con queste pagine fortemente innovative, Finzi, sul piano della costruzione giuridica, rompeva le muraglie della rigida dicotomia ‘diritto privato/diritto pubblico’ assunta a basamento portante dello Stato moderno di diritto e favoriva disinvoltamente la osmosi fra le due dimensioni e fra gli strumentarii tecnici a ciascuna di esse riservati. Sul piano della storia del pensiero giuridico anticipava nettamente nel ’35 quelle che sarebbero state le diagnosi pugliattiane su ‘le proprietà’ nei primi anni Cinquanta. Muraglie infrante, anticipazioni, rimozioni di visioni tradizionali, che non potevano non sollevare l’irritazione almeno dei molti misoneisti. Nell’ambito dello stesso Congresso agraristico la posizione anti-soggettivistica di Finzi provocò interventi pesantemente critici. Fulvio Maroi, che, pur essendo ben inserito nell’ideologia fascista, ne rappresentava l’anima liberal-proprietaria,

⁽⁶⁰⁾ Op. ult. cit., p. 161.

⁽⁶¹⁾ Op. ult. cit., p. 163.

⁽⁶²⁾ Op. ult. cit., p. 160.

⁽⁶³⁾ Op. ult. cit., p. 176.

non ebbe esitazione nel rimproverare a Finzi di essere giunto a delle conclusioni, inaccettabili perché portavano “all’attenuazione della proprietà privata, che è un aspetto della personalità umana, come fu detto dal Duce” (64).

La visione oggettivistica incrinava le mitologie soggettivistiche, pietre possenti sulle quali la modernità aveva edificato una proprietà individuale inattaccabile dalla usura della storicità; e ne scaturiva un secondo risultato di enorme rilevanza. La proprietà e il proprietario, cui l’ordinamento avrebbe fornito d’ora in avanti la propria tutela qualificata, non saranno le figure che la vecchia tradizione classica — rimosso lo scomodo magistero medievale — aveva consegnato alla strategia giuridica moderna e che l’individualismo sette/ottocentesco aveva fatto proprie; non sarà certamente la proprietà pura — situazione astratta da ogni connessione con la realtà economica ma connessa inestricabilmente alla libertà del soggetto, costruita su di lui e per lui perché espressione e presidio di questa libertà — a fungere da perno della nuova complessa vita sociale del secolo ventesimo (65).

Ciò che questa società esalta e protegge è soprattutto la produzione, ossia la *cosa in atto*, la cosa in quanto gremita di valenze economicamente rilevanti; inoltre, più che la cosa singola e disarticolata, l’azienda, “questa cosa nuova” quale complesso di elementi patrimoniali unificati sul piano economico ma anche tecnico-giuridico dal materiale coordinamento e dallo scopo comune (66). Ciò che essa auspica è la coincidenza fra appartenenza del bene e gestione della produzione, ciò che esige è la generalizzazione della figura del proprietario/produttore, che non potrà non essere il protagonista della presente (e, ancor più, della futura) vita economica: “la proprietà in sé, come puro rapporto di dominio e di pertinenza di cose corporee, appare sotto il profilo della disciplina giuridica della produzione, soltanto in secondo piano... Per la stessa cosa la disciplina statica ha un destinatario (il proprietario) e quella

(64) *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, cit., p. 260.

(65) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., soprattutto p. 168 ss.

(66) *Op. ult. cit.*, p. 169.

dinamica ne ha un altro (il produttore): la coincidenza delle due posizioni rafforzando e l’una e l’altra tende a determinare — come socialmente utile — la figura del *proprietario produttore*” (67).

È anche quanto Finzi propone al Congresso “come oggetto di studio interessante ed urgente” (68). Quanto diversa, questa figura, da quella del puro proprietario capitalista! In essa e con essa il diritto soggettivo del proprietario è trasformato in funzione sociale; come tale, è una posizione soggettiva complessa dove sono prevalenti più le venature di dovere che quelle di diritto.

È ovvio che, per arrivare a siffatti relevantissimi risultati, occorre un drastico svecchiamento per quanto riguarda tutto il pesante fardello delle concezioni proprietarie di conio romano e romanistico diventate supporto culturale e tecnico della concezione moderna. Occorre che ci si sbarazzi senza rimpianti di queste ipoteche culturali passivamente accettate dalla maggioranza dei giuristi ma non più corrispondenti alle istanze del nuovo tempo novecentesco; prima fra tutte la dicotomia — tutta romana — *ius publicum/ius privatum*, troppo orientata in senso individualistico nella sua interpretazione dei diritti reali, mentre dai sotterranei della storia devono riemergere strumenti plastici come la *Gewere* e il dominio utile, su cui una arrogante tradizione nutrita di archetipi romanistici ha tanto accremente irriso.

Finzi, che si tappa gli orecchi per non ascoltare i tromboni fascisti inneggianti retoricamente alla romanità, passa ad una precisa proposta: “Il tradizionale concetto della proprietà tuttora dominante, muovendo dal soggetto e dal suo diritto, razionalmente culmina nella struttura romanistica. Ma chi muovesse dalla considerazione della cosa sarebbe portato piuttosto verso l’empirismo germanico che, nella *Gewere*, fondendo e confondendo in uno stesso concetto giuridico ogni potere sulla cosa ed ogni suo godimento, mal distingueva proprietà e diritto reale e possesso, e tutti poneva come omogenei — pur graduandoli nella loro intensità relativa — in virtù, appunto, del loro comune carattere e della comune attitudine a legittimare passivamente ed attivamente il padrone ai diritti e ai doveri propri di chi gode determinati beni. Così la visione che parte

(67) Op. ult. cit., p. 171.

(68) Loc. ult. cit.

dall'oggetto potrebbe anche determinare la rinascita della dottrina... che, vedendo concorrenti sulla cosa e conciliati e temperati in essa, interessi e diritti pubblici e privati, pone la stessa cosa come oggetto del *dominio eminente* dello Stato e del *dominio utile* del privato e concepisce come possibili diritti omogenei concorrenti su di essa considerandoli sotto i diversi aspetti delle sue varie utilizzazioni" (69).

Lo storico del diritto non può non rilevare un certo quoziente di ingenuità culturali nella candida proposta finziana; quel che conta, però, per il nostro civilista è la convinzione che soltanto dopo essersi tolto di dosso un mantello soffocante, il giurista italiano degli anni Trenta potrà finalmente costruire l'edificio nuovo di cui c'è bisogno. La diversa strada additata serve da salvataggio culturale in grazia del suo essere un canale di scorrimento culturale immune da posizioni dogmatiche e da mitizzazioni coartanti.

14. *"Verso un nuovo diritto del commercio"* (1933).

Ecco un altro discorso inaugurale, quello per l'anno accademico 1932/33 del Regio Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali in Firenze, nel quale Finzi è ancora incardinato; ecco un'altra occasione per amplificare e sonorizzare la propria voce su temi, che sono — innanzi tutto — di indole metodologica. E c'è perfetta consonanza con la quasi coeva Relazione congressuale del 1935, di cui si è appena discorso; ma — aggiungo — c'è consonanza con tutto l'itinerario scientifico precedente. Diamo, ora, ad esso la precedenza, anche se taluni interventi che seguono nella nostra raccolta — di minore spessore culturale — sono cronologicamente precedenti.

Il tema è uno di quelli che scottavano a fine 1932: quale diritto commerciale per la società italiana del maturo Novecento? Sono pressoché unanimi le insoddisfazioni per il mantenimento in vita del Codice di Commercio del 1882, che pure aveva parecchi meriti rispetto a quello — nato decrepito — del 1865. Si erano susseguiti i progetti Vivante e D'Amelio ambedue insabbiati — rispettivamente nel '22 e nel '25 — e nel 1927 era stato confezionato un progetto italo-francese per un Codice delle Obbligazioni. Conti-

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

nuava in Italia lo zelo codificatorio verso un Codice autonomo, indirizzo che — come si sa bene — sarebbe stato smentito solo a fine 1940, ormai alle soglie di una promulgazione.

Accanto a questa faticosissima gestazione legislativa, nella dottrina italiana, assopita con il passare degli anni la vitale e coraggiosa creatività del grande Vivante, un modello pressoché ineludibile era offerto dai “Principii di diritto commerciale” pubblicati nel 1928 da Alfredo Rocco, che riuniva nella sua persona non soltanto il prestigio di ferratissimo giurista ma anche l’imponenza di potente Guardasigilli nel Governo centrale fascista, modello che aveva il difetto di riproporre imperturbabile quel formalismo positivista di fine Ottocento — dalle sicure ascendenze pandettistiche — propugnatore di una scienza giuridica quale sapere depuratissimo.

Al progetto D’Amelio, come vedremo, Finzi non aveva mancato di elevare in uno scritto specifico del 1928 alcune aspre critiche ⁽⁷⁰⁾. Con i “Principii” di Rocco, risolvèntisi in una pandettistica teoria dei soggetti commercianti e degli atti di commercio, non poteva esserci sintonia; anzi, dovevano sembrare allo storicista Finzi non dissimili dalla imbalsamazione di un cadavere. Lo stato d’animo, dunque, con cui si accinge nel ’32 a tenere il suo discorso, non poteva non consistere in una esasperata insoddisfazione; e la *vis polemica*, atteggiamento tipizzante del civilista mantovano, si fa — a tratti — virulenta.

L’avviò è netto: occorre prendere le distanze dal passato dogmatismo, ribadendo alcune verità, elementari sì ma troppo spesso dimenticate: “immersi nella storia, inconsapevolmente ci muoviamo con essa”; “il diritto è una formazione storica, spontanea, nativa, essenziale ad ogni gruppo sociale” ⁽⁷¹⁾. Occorre, allo stesso tempo, rendersi conto che una siffatta visione storicistica — l’unica epistemologicamente inoppugnabile — esige nel giurista la piena disponibilità a seguire le trasformazioni della società costruendo, in coerenza, architetture teoriche e normative a quelle congeniali; una disponibilità che deve anche tradursi nel coraggio di imboccare vie nuove e disegnare soluzioni nuove per i nuovi problemi.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. più avanti, alla p. XLIX.

⁽⁷¹⁾ *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit. (i due testi sono, rispettivamente, alle pp. 204 e 205).

Il nostro civilista, ormai maturo per età e per acquisita perizia, che ha sperimentato sulla sua pelle il conservatorismo misoneistico della scienza giuridica ufficiale tradottosi nei suoi riguardi in astio o, se va bene, in indifferenza, non può che ribadire una voce altamente, severamente polemica: “ciò che esce dai quadri del sistema è, spesso, ignoto o negato dai giuristi; i quali si sforzano a piegare, a deformare i rapporti nuovi ed il nuovo diritto perché rientrino negli schemi tradizionali, nei *dogmi* che sembrano inattaccabili; ed ignorano volutamente o inconsapevolmente tutto ciò che non può rientrare nel loro sistema” (72).

Dalla contestazione generica della inerzia culturale si passa al rifiuto di precise scelte, che hanno rappresentato un costo pesante per lo sviluppo del diritto pos-moderno. Eccole qui squadernate.

L’aver preteso di soddisfare l’esigenza di novità con delle variazioni minime, limitandosi a “riforma, senza immutazione; migliorie, non rinnovamento” (73).

L’aver preteso di sacrificare interamente la scioltezza e flessibilità della prassi commerciale entro la corazza di una codificazione, inconsapevoli (o — peggio — tragicamente consapevoli) di soffocare in tal modo nelle trame rigide di un Codice nazionale (cioè statale) la fonte consuetudinaria (che è il prezioso cordone ombelicale tra regola commerciale e prassi), nonché la tensione universalistica propria al diritto commerciale, una branca giuridica cui è naturale una dilatazione universale sicuramente non costringibile entro artificiali frontiere politiche.

L’aver preteso di comprimere un diritto radicato nella “natura dei fatti” (74) entro un sistema romanistico/civilistico imperniato su

(72) Op. ult. cit., p. 206. Il testo finziano prosegue con queste frasi assai significative: “annullando così con l’omogeneità del dogma l’originalità nativa, soffocando la spinta vitale della sorgente sempre viva del diritto che si forma da sé, *rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*; e riconducendo, dopo secoli di fecondo sviluppo, la grande fiumana del diritto speciale del commercio, al tronco del diritto comune, dal quale, non senza enormi vantaggi per la civiltà, si era staccata”.

(73) Op. ult. cit., p. 208.

(74) Secondo l’insegnamento assai risalente di Cesare Vivante, il quale, varando nel 1893 il primo volume del suo “Trattato di diritto commerciale”, aveva inserito tra le fonti in senso formale anche la ‘natura dei fatti’ (cfr. vol. I, lib. I, cap. I, §. 9).

quella tripartizione “*personae - res - actiones*, come disegnò Gaio e come Napoleone risigillò”, che è una vera “tomba” per lo spontaneo, rapido evolversi delle forze economiche ⁽⁷⁵⁾.

Già su questi rilevanti spunti metodici si impongono alcune considerazioni, che vorrei condurre servendomi del pensiero che lo stesso Finzi sviluppa nel proseguimento del discorso e che puntualizzano i limpidi strumenti teorici che, di lì a tre anni, saranno utilizzati per la Relazione fiorentina.

Il tempo è tempo di crisi, che il giurista coglie nella sua duplice dimensione di incrinatura e distruzione ma altresì di crescita e rinnovazione; con il convincimento che, affinché si abbia una palinogenesi, occorre il coraggio di distruggere non per smania iconoclastica ma per liberare il terreno e consentire una libera nascita del nuovo. Nuovo, novità: è la grande esigenza, che preme sulla osservazione/riflessione del Nostro.

E qui ritroviamo le certezze distruttive e costruttive della Relazione del 1935. Valutazione pessimistica del diritto positivo italiano: “quasi tutti quei mezzi che la fantasia creatrice dei gruppi interessati ha concepito sotto la pressione delle necessità contingenti, sono ignoti al nostro ordinamento giuridico positivo” ⁽⁷⁶⁾; cui segue l’osservazione amara di un “diritto vivente anche e soprattutto fuori delle norme codificate” ⁽⁷⁷⁾ e la constatazione del fossato sempre più profondo che si va scavando tra esperienza giuridica e legalità giuridica. In rapporto, poi, al tema del discorso, è brutale — ma franco e anche veridico — l’accertamento che “il diritto commerciale codificato è ormai *fuori fase* ⁽⁷⁸⁾... rispetto al commercio che esso vuole disciplinare” ⁽⁷⁹⁾.

Finzi — che, evidentemente, dall’immediato primo dopoguerra, sta continuativamente studiando per una corretta configurazione dei beni, della proprietà e dei diritti reali limitati — estende l’accertamento a tutto il diritto patrimoniale codificato, cogliendone il vizio

⁽⁷⁵⁾ *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit., p. 210.

⁽⁷⁶⁾ Op. ult. cit., p. 211.

⁽⁷⁷⁾ Op. ult. cit., p. 212.

⁽⁷⁸⁾ Il corsivo è dello stesso Finzi.

⁽⁷⁹⁾ Op. ult. cit., p. 212.

essenziale nel soggettivismo esasperato di cui lo si è intriso; infatti, “questo, come già nel diritto romano, è concepito essenzialmente in funzione del soggetto” (80).

E batte su quello che è il perno centrale di questo discorso così come della Relazione al Congresso agraristico: è necessario il recupero di una visione oggettiva, giacché “i beni sono ormai per la Nazione, e, quindi, per lo Stato, un *prius* rispetto al cittadino... L’ordinamento giuridico privato patrimoniale, incardinato sulla base essenziale del diritto soggettivo è oggi un anacronismo” (81). E, per noi che conosciamo bene le verità esposte nella Relazione del ’35, può sembrare quasi un ritornello l’insistenza sul necessario capovolgimento dell’angolo di osservazione e sulla nuova obbligata soluzione del rapporto problematico uomo/cose: “non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli” (82).

Come nella Relazione che Enrico sta già preparando, v’è un’altra scelta da compiere, e metodologicamente obbligata: rifiutare la rigida dicotomia tra pubblico e privato della tradizione romanistica e acquisire una consapevolezza più complessa della inestricabile osmosi intervenuta fra le due dimensioni nella società pos-moderna.

Mettendo a fuoco il suo sguardo sul diritto commerciale e mettendo a frutto — palesemente — le letture di Maestri tedeschi che avevano coniato, già in età guglielmina, il nuovo diritto dell’economia e la realtà nuova dell’impresa, egli ci offre un disegno del commercio quale realtà dove è ormai centrale il fenomeno della *organizzazione*, della organizzazione di tante emergenti pluralità di soggetti, di cose, di servizi, “le quali devono concepirsi organicamente unite nella loro funzione economica” (83). Se si vuole corrispondere a quanto i tempi pos-moderni chiedono, si dovrà mettere da parte “l’individualismo atomistico economico e giuridico” che

(80) Op. ult. cit., p. 212.

(81) Op. ult. cit., p. 214.

(82) Op. ult. cit., p. 214. Vale la pena, per una migliore consapevolezza del lettore, riportare qui tutto il testo finziano, di cui ho riprodotto più sopra solo la conclusione: “tutte le discipline nuove... hanno una base essenzialmente *oggettiva* [corsivo suo]... è la terra, è la nave, è l’azienda produttiva che oggi primariamente vuole la sua regola... non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli”.

(83) Op. ult. cit., p. 219.

“appare uno stridente anacronismo nei rapporti commerciali” (84). Ciò non significa che si debba cancellare la presenza del singolo commerciante e del singolo atto di commercio; tuttavia, non è su siffatta presenza che si fonderà il diritto del futuro.

L’incubo dello storicista Finzi è costruire fuori del tempo o contro il tempo; il rischio infamante per un uomo di cultura è l’anacronismo, le edificazioni anacronistiche, che non sono capaci di esprimere le esigenze della società e, pertanto, anche di reggere alla usura del divenire. La percezione è lucida: “il sigillo dell’unità economica non viene più dal soggetto, rispetto al quale i beni si raccolgono nel *patrimonio...*, bensì, invece, dallo scopo, che, coordinandoli nell’*azienda*, costituisce organismi oggettivi... è il soggetto in funzione dell’azienda, non l’azienda nel patrimonio del soggetto... l’imprenditore non è tanto il *padrone* quanto l’*esponente responsabile* dell’azienda... esercitando una funzione, viene sottoposto a doveri particolari ed investito di particolari diritti” [i corsivi sono tutti di Finzi] (85).

Anche qui è la mistione inevitabile tra pubblico e privato, che fa dell’imprenditore commerciale, in quanto ‘esponente responsabile dell’azienda’, l’investito di una funzione e investito indubbiamente di una vasta gamma di diritti alla quale si accompagna (non può non accompagnarsi) una altrettanto vasta gamma di doveri. Il discorso del ’35 sul proprietario è anticipato qui nel disegno della figura dell’imprenditore commerciale. Per Finzi “il diritto della produzione e degli scambi organizzati, pur rimanendo in concreto diritto dei privati, dovrà risultare (come è già di fatto) largamente permeato da criteri pubblicistici... un punto di intersezione tra il diritto pubblico e il diritto privato” (86).

Un profilo merita una ulteriore speciale sottolineatura: la visione del tempo presente e prossimo venturo come tempo dove si estendono e si intensificano nella società e nell’economia le dimensioni sociale e collettiva. Qui il discorso finziano fa il paio con quello contemporaneo di un altro grande anticipatore nella scienza giuridica italiana degli anni Trenta, Tullio Ascarelli, anche lui eretico

(84) Op. ult. cit., p. 219.

(85) Op. ult. cit., p. 221.

(86) Op. ult. cit., p. 226.

impenitente ma accademicamente più fortunato di Finzi: non più il soggetto ma l'organizzazione imprenditoriale, non più soltanto la singola impresa ma le unioni fra imprese, giacché "il nuovo diritto dovrà considerare e regolare il fenomeno delle *pluralità collegate*, e la nuova dottrina dovrà costruirlo sistematicamente" (87).

Il suggello finale del discorso riprende lo slancio dell'inizio; con un totale ottimismo, corroborato da tutto lo svolgersi argomentativo tessuto dal giurista e con la volontà ancor più risoluta di fissare un programma operativo reso saldo e resistente dalla forza dell'azione sapienziale tecnica: "il momento di edificare par giunto... il riformismo giuridico è finito: bisogna, ormai, ricostruire dalle fondamenta. Il nuovo diritto è in atto: vano è lo sforzo di ricondurlo agli schemi antichi" (88).

Mi consento solo alcuni brevi commenti finali. Intanto, si tratta di una riflessione di straordinaria lucidità, e proiettata verso il futuro. C'è da lamentarsi che, a differenza della Relazione del '35, questo testo, confinato negli introvabili 'Annali' dello Istituto universitario fiorentino e in una Rivista a torto sepolta tra le spazzature del Regime, sia troppo poco conosciuto.

Chi leggesse isolatamente questo saggio, identificherebbe giustamente il suo autore in un cultore e docente di diritto commerciale e non in un civilista (89). Come è dimostrato da parecchi dei contributi inseriti in questa raccolta, Finzi è un civilista attratto da un diritto squisitamente fattuale, che nasce dal basso della esperienza e la riflette fedelmente, al quale ripugnano dogmatiche e metafisiche. Il giurista storicista si trova a proprio agio nel maneggiare gli strumenti tecnici pretesi dalla prassi economica e nel rifletterci sopra.

15. *Qualche cenno sul prosieguo della raccolta.*

Il messaggio scientifico di Enrico Finzi e il suo volto originalissimo entro la civilistica italiana del Novecento sono consegnati alle

(87) Op. ult. cit., p. 224.

(88) Op. ult. cit., pp. 227/228.

(89) Finzi insegna per parecchi anni, durante la sua permanenza nel fiorentino 'Istituto Superiore di Scienze Economiche', anche il 'Diritto commerciale', ma sempre come semplice incaricato, ricoprendo invece la cattedra di 'Istituzioni di diritto privato'.

due monografie (di cui si è discorso), alle due innovative riflessioni in tema di proprietà, al tentativo costruttivo ‘Verso un nuovo diritto del commercio’.

I saggi ulteriori qui raccolti — a parte il primo, che è, come si è detto, nulla più che la introduzione metodologica a “Il possesso dei diritti” — confermano, avvalorandolo e ancor più tipizzandolo, quel volto, confermano un personaggio che, lungi dal lasciarsi intimorire dalle novità, vi si immergeva volentieri con un vivace spirito esplorativo e con la ottimistica persuasione di vivere anticipatamente un prossimo avvenire.

16. *“Conflitto tra principii generali del diritto” (1927).*

Il saggio intitolato “Conflitto tra principii generali del diritto” costituisce la annotazione ad una sentenza del 1926 delle Sezioni Unite della Cassazione del Regno, che afferma — e contribuisce a consolidare — il principio della cosiddetta ‘apparenza del diritto’.

Il primo sasso lo aveva lanciato nella piccionaia sonnolenta dei civilisti italiani Giacomo Venezian nella sua “ormai classica Prolusione”⁽⁹⁰⁾ bolognese del 1900 su “La tutela dell’aspettativa”, e lo stesso Finzi, suo fedele allievo, non aveva mancato di accennarvi con piena adesione nelle sue monografie. La corrente, che va propugnandola, è come un fiume che — scorrendo — cresce di portata: se ne appropria un commercialista, geniale e bizzarro insieme, Lorenzo Mossa; un suo allievo diretto, Sergio Sotgia, la strutturerà in un suo volume del 1930 entro una costruzione sistematica, e negli anni Trenta le darà una definitiva consolidazione scientifica e giurisprudenziale Mariano D’Amelio, autorevole Primo Presidente della Cassazione⁽⁹¹⁾. Ed è D’Amelio che presiede il collegio delle Sezioni Unite che pronuncia il 31 marzo 1926 la decisione annotata dal Nostro.

Precisa Finzi, che scrive per una Rivista giuridica locale “Il Foro Toscano”: “segnaliamo ai lettori la grande importanza della massima accolta dalle Sezioni Unite”, perché “vi si riconosce quale principio

⁽⁹⁰⁾ Parole di Finzi, sempre pieno di ammirazione per il non dimenticato Maestro bolognese: *Conflitto tra principii generali del diritto*, cit., p. 5.

⁽⁹¹⁾ Per una maggiore precisazione di tutti questi riferimenti, mi sia consentito di rinviare alle pagine di: GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico*, cit., p. 185 ss.

generale del nostro diritto positivo quella ‘tutela delle aspettative’ (come felicemente si espresse il Venezian nella sua ormai classica *Prolusione*) che vari scrittori e giudicati avevano rilevato in numerose disposizioni di legge, raccogliendole ad unità” (92). La tutela dell’apparenza lascia l’appartato cantuccio del rimedio eccezionale per diventare un principio generale concorrente all’altro tradizionalmente condensato nel brocardo *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Allo stesso Finzi la massima “appare innovazione particolarmente ardità” (93), ma condivisibile giacché corrisponde alla “necessità sociale di tutelare gli acquisti fatti in buona fede da un terzo in base ad una legale apparenza del diritto” (94). Certamente, si pongono non facili problemi ermeneutici a causa della “assunzione, in uno stesso ordinamento giuridico positivo di due principi generali antitetici” (95).

Alla scienza civilistica non mancherà il lavoro. Infatti, “si impone alla dottrina un compito grave che essa non ha ancora del tutto affrontato ed assolto... accertare se un interesse sociale prevalente sospinga ad una più ampia e organica esplicazione dell’istituto stesso... costruire infine giuridicamente l’istituto sulla base dell’accertamento oggettivo e della valutazione teleologica, spiegare cioè come avvenga tecnicamente l’acquisto del diritto per opera di chi diritto non ha ed a danno di colui cui invece il diritto spettava” (96).

17. *“Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel progetto della Commissione Reale” (1928).*

Questo ampio saggio — così come i tre seguenti — dimostrano l’attenzione (e anche l’attrazione) di Finzi verso i temi/problemi del diritto commerciale, gremiti — ai suoi occhi — di fattualità economica.

Qui si ha una valutazione pesantemente negativa de “Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della

(92) *Conflitto tra principii generali del diritto*, cit., p. 5.

(93) Loc. ult. cit.

(94) *Conflitto tra principii generali del diritto*, cit., p. 6.

(95) Op. ult. cit., p. 9.

(96) Op. ult. cit., p. 10.

Commissione Reale”. Mi preme di sottolineare, entro il complesso elaborato finziano, quei punti nei quali risalta in tutta la sua originalità il timbro della sua tipica voce.

Il primo punto concerne il primo articolo del Progetto e il problema delle fonti del diritto commerciale. Il netto rimprovero che il civilista Finzi fa alla formula proposta dalla Commissione è di “adagiarsi in un comodo agnosticismo” (97).

Esplicitiamo meglio il pensiero del Nostro: egli, convinto della ben cementata specialità del diritto commerciale, vuole evitare che si ricorra con troppa facilità ai principii necessariamente generici del Codice Civile per colmare eventuali vuoti all’interno del costruendo nuovo Codice di Commercio; ciò verrebbe ad alterare la sua unitarietà ed autonomia. In diretta polemica con un grosso contraddittore, Antonio Scialoja, che aveva scritto proprio su “Le fonti e l’interpretazione del diritto commerciale” (98) ammettendo un largo ricorso al Codice Civile, Finzi, ponendosi il problema di istituti in nessun modo regolati da leggi commerciali come i quasi/contratti e, in particolare, di una *negotiorum gestio* (di fatto, presente nella prassi commerciale), alla domanda se dovrà applicarsi il Codice Civile o se, al contrario, dovranno estendersi per analogia le norme del mandato commerciale, risponde così, rivelando la sua perenne attenzione alla pratica degli affari e la sua proiezione sul divenire socio-economico: “*de iure lato* può ritenersi fondata l’interpretazione difesa dallo Scialoja, ma *de iure condendo* pare al contrario opportuno consentire l’estensione analogica del diritto commerciale”. E ciò “tenendo conto delle esigenze della pratica e della sempre maggiore autonomia sistematica del diritto commerciale” (99).

Ecco la eloquente formula antagonista proposta da Finzi:

“In materia di commercio si applicano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili.

Qualora manchi una disposizione precisa del diritto commerciale scritto

(97) *Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale*, cit., p. 5.

(98) Ora in *Saggi di vario diritto*, Roma, Foro Italiano, 1927, vol. I, p. 320.

(99) *Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale*, cit., p. 7.

o consuetudinario, si avrà riguardo alle disposizioni delle leggi commerciali che regolano casi simili o materie analoghe.

Ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principi generali del diritto commerciale.

In difetto si applicherà il diritto civile”.

La formula finziana non è eloquente, è eloquentissima.

Il secondo punto riguarda l'esigenza di una più precisa definizione di *usi mercantili*: “oggi che la dottrina ha, con rara concordia, delineato il nostro istituto, differenziandolo sia dai così detti usi interpretativi o pratiche individuali, sia dalla vera consuetudine giuridica, una formulazione legislativa dei risultati della elaborazione dogmatica, rafforzata dalla pratica giudiziale, parrebbe in verità opportuna” ⁽¹⁰⁰⁾.

Sempre in rapporto agli usi, si respinge anche la norma nuova introdotta nel Progetto tendente a limitare la loro prova. E qui Finzi dà testimonianza di tutte le sue abilità di funambolista. Sappiamo che, nel 1928 anno di pubblicazione del saggio, Alfredo Rocco è Ministro Guardasigilli e personaggio onnipotente del Regime, e che in quell'anno scrive i suoi “Principii di diritto commerciale” ispirati a un formalismo pandettistico coniugato a un deciso legalismo statalista. E nei suoi “Principii” Rocco rintuzza il ruolo autonomo degli usi, affermando che nel diritto commerciale essi hanno rilievo unicamente perché l'articolo 1 del Codice li richiama. È evidente che una simile posizione scientifica non può essere condivisa dallo storicista Finzi, il quale, prese — formalmente e per pura opportunità — le distanze dal Vivante con cui pure si trovava in sostanziale sintonia culturale, effettuato un ossequio formale a Rocco, sostanzialmente aggira abilmente le conclusioni di quest'ultimo: “l'uso mercantile se non è, in sé, come ritenne il Vivante, una fonte di diritto immediata come la legge — perché, secondo l'insegnamento del Rocco, esso trova invece il fondamento ed i limiti della sua forza obbligatoria nel richiamo della legge — rispetto alla prova si presenta, però, in una posizione del tutto identica. È un fatto sociale, complesso, risultante da una quantità di fatti singoli individuali che può essere provato senza limitazione alcuna — come si provano le leggi — sia rispetto ai *mezzi* sia rispetto alle *fonti di prova*” ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Op. ult. cit., p. 18.

⁽¹⁰¹⁾ Op. ult. cit., p. 19.

Ecco un’altra eloquente formula proposta da Finzi:

“Gli usi mercantili hanno forza di legge solo quando sieno stati osservati in modo uniforme e durevole con la coscienza della loro obbligatorietà. La prova degli usi può essere desunta e offerta con ogni mezzo. Gli usi speciali o locali prevalgono agli usi generali”.

Commento minimo: è eloquente la perfetta autonomizzazione della fonte ‘uso mercantile’, che la formula riesce a realizzare.

Il terzo punto, in cui affiorano gli antichi scrupoli del giovane Finzi conquistato dalle riflessioni vailatiane sulle “questioni di parole”, attiene al linguaggio adoperato dalla Commissione, a quella formula *atti di commercio* per designare la *materia di commercio*, che egli invita ad abbandonare. L’esordio sembra uscito dalla sua penna giovanile, e non a caso egli fa riferimento al saggio metodologico del 1914 pensato e redatto mentre meditava sulla costruzione scientifica del ‘possesso dei diritti’: “la nomenclatura non è che un corollario del sistema. Veder chiaro è il presupposto per esprimersi bene. La diversità di concetti impone la differenziazione dei termini”.

18. *“Sulla riforma legislativa delle società commerciali”* (1929).

Quando Finzi, nel 1932, scrive il discorso inaugurale “Verso un nuovo diritto del commercio”, mostra chiaramente di considerare fondamentali nel crinale storico degli anni Trenta il problema delle ‘pluralità collegate di cose e di persone’, nonché le soluzioni tecnico-giuridiche al problema. Io ho ritenuto di isolare quel discorso — e di esaminarlo dandogli una precedenza su questi saggi societarii cronologicamente precedenti — in ragione della visione sintetica che quello offre, quasi una *summula* del pensiero commercialistico finziano. Sia, però, chiaro che il problema delle ‘pluralità collegate di cose e di persone’, latente o solo accennato anche nelle più risalenti pagine di Finzi, emerge già con assoluta nettezza nel contributo “Sulla riforma legislativa delle società commerciali”, che ora mi accingo a considerare e la cui redazione rimonta al 1929.

‘Pluralità collegate di cose e persone’. Qualche giurista rigoroso può storcere la bocca di fronte a questa espressione, tipica del linguaggio del Nostro ma eccessivamente generica. Vuole essere generica, ponendosi come un contenitore capace di racchiudere

tutta la vasta gamma di combinazioni sociali ed economiche generate dalla prassi nella creatività della quotidiana vicenda dei mercati, delle quali le società commerciali costituiscono un modello ormai altamente tipizzato sia scientificamente che legislativamente.

Insistere, da parte di Finzi, sulla esigenza di studiare il fenomeno delle 'pluralità collegate di cose e di persone' ha il significato etico e culturale di richiamare l'attenzione — e invocare, soprattutto, il rispetto — del giurista moderno, costantemente distratto per ciò che esorbita dalla sfera dei rapporti individuali, verso coagulazioni socio-economiche ormai frequenti negli anni Venti e che il Nostro vede sempre più dominanti nel futuro prossimo e remoto. Coagulazioni, la più gran parte delle quali è assolutamente atipica, perché non le creano sapienti e legislatori, ma incarnano semplicemente germinazioni provenienti dalla esperienza, che Finzi sente di dover *recuperare* alla luce dell'ordinamento positivo. E non per sfoggio, ma per necessità argomentativa, egli si richiama a quei suoi studii sulle nullità negoziali, dove l'imperativo sotteso ad ogni pagina è per il *recupero*, per evitare la dilapidazione di una reale ricchezza, sociale ed economica prima che giuridica ⁽¹⁰²⁾, anche se affetta da vizii formali e pertanto relegabile da censori rigorosi nella mera fattualità.

Quel che preme a Finzi è una riforma innovativa e non il restauro di vecchie e anacronistiche figurazioni fondate su una eccessiva imitazione dello schema civilistico del contratto di società. Il che, secondo lui, si dovrebbe fare identificando nella società commerciale "quel sistema di rapporti che gravita intorno ad un fondo comune destinato all'esercizio del commercio, per modo che società esista sempre quando questo esiste, anche se, per avventura, non siasi costituito per contratto regolare, o, addirittura, manchi ogni traccia di negozio direttamente costitutivo" ⁽¹⁰³⁾.

Si dovrà disciplinare la comunione dell'azienda come *comunione mercantile* e "sarà questo il regime delle così dette *società di fatto*, che assai spesso non sono società, non avendo origine contrattuale, e comunque non si richiamano in alcun modo alla volontà di costituire una qualunque delle società regolari, e che quindi a torto, finora, furono fuse e confuse con le società più propriamente

⁽¹⁰²⁾ *Sulla riforma legislativa delle società commerciali*, cit., p. 4.

⁽¹⁰³⁾ Op. ult. cit., p. 4.

irregolari”. In questo modo, “si darà un ordine legale a rapporti che lo esigono e che il diritto non ha ragione alcuna di respingere” (104).

L’analisi di Finzi prosegue calando nella strutturazione tecnico-giuridica da darsi a questa comunione, la quale “si presenterà come un ‘ente collettivo’ ma senza personalità assorbente, avrà cioè legittimazione processuale attiva e passiva, capacità di diritto e capacità di agire per mezzo dei singoli comunisti od amministratori da essi nominati; ma non costituirà propriamente un *terzo* ad essi contrapposto e da essi distinto; sarà la *forma giuridica esterna dei soggetti raccolti nel gruppo*, il loro nome collettivo” (105). Insomma, “l’unità è essenzialmente e soltanto strumentale e formale: copre, ma non assorbe e non annulla l’intima e reale pluralità degli associati” (106).

L’indole della presente Introduzione non ci consente di seguire Finzi mentre si addentra nel disegno del variegato associazionismo mercantile. Bastino questi cenni per risvegliare l’interesse del lettore.

19. “*Società controllate*” (1932).

Il saggio presente, una interpretazione dell’art. 6 del R.D.L. 30 ottobre 1930, n. 1459 (che detta disposizioni penali in materia di società commerciali), testimonia la sana curiosità di Finzi per il divenire rapido degli assetti del maturo capitalismo novecentesco, assetti nuovi scaturiti dalla prassi mercantile, analizzati soprattutto dagli economisti ma meritevoli di attenzione anche da parte dei giuristi. E Finzi analizza minuziosamente il diverso significato della nozione di ‘società controllata’ in senso economico e in senso giuridico.

La preoccupazione di Finzi è sintetizzata in questa frase di chiusura: “la concentrazione industriale è una necessità economica; ma la igiene delle società non costituisce necessità minore” (107). Infatti, “le società dipendenti diventano, nelle concentrazioni industriali, economicamente *cose*; anzi, *parti di una cosa complessa*” (108),

(104) Op. ult. cit., p. 6.

(105) Op. ult. cit., p. 7.

(106) Op. ult. cit., p. 8.

(107) *Società controllate*, cit., p. 11.

(108) Op. ult. cit., p. 11.

nelle quali lo scopo di guadagno non è visto in relazione alla sua propria entità, bensì in relazione alla società dominante, attuando “la subordinazione degli interessi apparenti delle società agli interessi sostanziali di chi le controlla” ⁽¹⁰⁹⁾. È uno sviamento, spesso occulto, che rende patologica la vita del mercato.

20. “*Aspetti giuridici delle società cooperative*” (1936).

Finzi, che è così attento alle combinazioni intuitive e, poi, coniate dalla prassi commerciale, non poteva non gettare uno sguardo parimente attento a quella combinazione singolarissima per scopo e per struttura che è la società cooperativa. E la sua prima domanda è “quali sono i caratteri differenziali, essenziali della cooperazione nell’ordine giuridico” ⁽¹¹⁰⁾.

Ecco una prima risposta: “la cooperazione è anzitutto il segno di una esigenza di *gruppo*, che si risolve e si ricompone nei singoli che al gruppo appartengono; è una funzione, non di individui che tendono ad associarsi, ma di soggetti che già appartengono ad un gruppo, il quale sente i propri bisogni e persegue i propri fini” ⁽¹¹¹⁾. Dunque, “dipendenza delle singole società cooperative dalle categorie cui sono destinate a servire” ⁽¹¹²⁾.

La cifra tecnico-giuridica potrebbe essere così delineata: “con la costituzione delle società cooperative una categoria di persone, che ha bisogno di determinati servizi che potrebbe e dovrebbe chiedere ad altri, si crea, per così dire, *un suo proprio contraente artificiale*, il quale è destinato a soddisfare direttamente i bisogni dei singoli associati. La società cooperativa, giuridicamente *terzo* rispetto ai nuovi soci, economicamente è *cosa comune* fra essi, destinata a servir loro direttamente, immediatamente con la propria attività” ⁽¹¹³⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Loc. ult. cit.

⁽¹¹⁰⁾ *Aspetti giuridici delle società cooperative*, cit., n. 1.

⁽¹¹¹⁾ Op. ult. cit., n. 3.

⁽¹¹²⁾ Op. ult. cit., n. 8.

⁽¹¹³⁾ Op. ult. cit., n. 9.

21. *“Riflessi privatistici della Costituzione” (1950).*

La Relazione al Convegno agraristico del 1935, se la si legge nel suo messaggio essenziale, è la voce (e, poi, la pagina) di un personaggio pensoso che registra fedelmente il suo tempo. Ma — si badi — non quell’anno 1935 e nemmeno quel ventennio sventurato per la povera Italia; rispecchia e registra, invece, un più largo tempo pos-moderno così come si era svolto dagli ultimi anni dell’Ottocento fino ad allora e che era destinato a proseguire portandosi impressa la stessa cifra storica. In altre parole, quella Relazione, se la si sfronda dei vari omaggi formali al fascismo imperante (del resto, facilmente estraibili), ci si mostra in una proiezione temporale che risale a un momento pre-fascista e si rivolge a un futuro dai confini indeterminati. Lo stesso ordinamento corporativo, in cui la Relazione si situa e a cui fa capo, è colto quale fase vistosa di un tempo lungo di transizione cominciato certamente non con il 1922 e con la marcia su Roma, e destinato a durare.

Tutto questo discorso — che vale qui per Finzi ma che si estende a non pochi giuristi italiani operanti negli anni Trenta (un esempio autorevole è quello di Mortati) — vuole puntualizzare (e anche motivare) la circostanza apparentemente singolare della continuità nella utilizzazione degli stessi strumenti teorici e approcci interpretativi anche dopo il 1945. Né si tratta della astrazione dalla storia dei soliti impassibili giuristi, quasi che dittatura e democrazia parlamentare avessero per loro una pari valenza; si tratta, invece, che quegli strumenti e quegli approcci, anche se accomodati per un certo tempo all’interno del Regime, esprimevano qualcosa di sopraelevato rispetto alle miserie italiane del ventennio.

Tutto questo discorso serve egregiamente a introdurre qualche considerazione sul saggio finziano del 1950 “Riflessi privatistici della Costituzione”, saggio che è il primo rilevante contributo scientifico di Finzi dopo quello del 1935⁽¹¹⁴⁾. I quattordici anni che li separano

(114) Ho ritenuto di non inserire in questa raccolta il breve articolo che Finzi pubblica nel giornale quotidiano fiorentino “La Nazione del Popolo”, organo del ‘Comitato toscano di liberazione nazionale’, il 25 gennaio 1945, dedicato a “Il problema dei Codici fascisti” (vedilo ristampato in appendice al saggio di P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile - Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28 (1999), T. I,

avevano costituito per l'israelita mantovano una sorta di vuoto pneumatico: nel '38 le leggi antiebraiche e l'esilio dalla cattedra, poi le rovine della guerra e del dopoguerra. Il saggio si inserisce in uno dei primi *Commentarii* alla Costituzione italiana, edito dal fiorentinissimo editore Barbera, promosso e coordinato da Piero Calamandrei e Alessandro Levi, e che vuole manifestamente essere il frutto della riflessione collettiva d'una intiera Facoltà di Giurisprudenza, quella fiorentina ⁽¹¹⁵⁾, dove Finzi insegna da sempre ma nella quale è Ordinario solo dal 1946, dove — appena rientrato nella veste di cattedratico — ha avuto nel 1947 il gratificante tributo di stima della elezione a Preside (carica che manterrà sino al 1956).

Per comprendere la rilevanza del saggio nella biografia culturale di Finzi ma anche nella storia della civilistica italiana di quegli anni, occorre non dimenticare la sua data di pubblicazione: 1950. La Costituzione è appena neo-nata, portatrice di un brevissimo frammento di vita; ed è per i civilisti italiani una sorta di oggetto misterioso, di cui il sano giurista codicista fa bene a diffidare: documento nobile della Assemblea Costituente, contenente principii ispirati ad una elevata etica sociale, non sembrava però appartenere al mondo del diritto. Quei principii si risolvevano in dichiarazioni programmatiche, su cui facevano bene a disquisire filosofi politologi sociologi e anche economisti, ma che non dovevano interessare i

pp. 283-285). Ridotti all'osso, i motivi del non inserimento sono quattro: si tratta di una collaborazione giornalistica a un quotidiano organo del CTLN; si tratta di un articolo scritto nei primi giorni del '45, ossia quando si stava appena uscendo da una immane tragedia e quando Finzi aveva ancora sulla pelle le ferite brucianti della persecuzione razziale e dell'esilio dalla cattedra, ed era perciò assai facile cedere a impulsi polemici; si tratta di un articolo che suona non in linea con l'atteggiamento tenuto durante il ventennio di Regime dal giurista Finzi, che non era fascista ma che era stato sensibilissimo a quegli aspetti del corporativismo che gli parevano esprimere oggettive esigenze della società italiana novecentesca; si tratta di un articolo che appare smentito, nelle sue drastiche proposte abolitive, dal penultimo saggio della nostra raccolta, dove si parla del Codice Civile del 1942 con alcune critiche e con parecchi elogi, cogliendovi anche le tracce delle proposte finziane di rinnovamento in tema di proprietà e diritti reali.

⁽¹¹⁵⁾ Sono, infatti, collaboratori, accanto a Calamandrei, Levi e Finzi, Paolo Barile, Franco Carresi, Ugo Coli, Pietro Agostino D'Avack, Raul Alberto Frosali, Giuliano Mazzoni, Giovanni Miele, Alberto Predieri.

giuristi: infatti, non era un testo normativo né tanto meno un breviario scientifico.

Secondo quel maledetto positivista che era il cultore italiano del diritto civile, avvezzo ad acchiappare le nuvole della purezza ma soltanto quelle gravitanti al di sopra dei rigidi confini del Codice, la Costituzione era meglio ignorarla, continuando a maneggiare gli articoli del Codice e consentendosi unicamente delle architetture svolazzanti costruite sulle saldezze di 2969 decantatissimi articoli.

Quanto si è ora — polemicamente — precisato riguarda la grande maggioranza della falange civilistica. Alla quale, però, non appartiene Finzi. Il civilista neoterico, allievo di Venezian, così percorso da venature ereticali e così compiaciuto di esserlo, si trova a suo agio con il grande frutto della Assemblea Costituente. Colui che aveva chiesto al civilista di scendere dal suo seggio e di imbrattarsi le mani con il fango delle cose, che aveva voluto le cose protagoniste — accanto al soggetto — dell’ordine giuridico; colui che aveva reclamato la complessità del diritto speculare alla complessità della società e aveva gridato contro l’aridità del riduzionismo giuridico moderno, non poteva che avvertire una profonda consonanza verso il riuscito tentativo di leggere la società italiana del 1948, percepirne i valori diffusi e condivisi, tradurli in un compiuto breviario giuridico per il cittadino italiano.

Lo storicista Finzi coglieva, in questa emersione della società a livello del diritto, non il semplice lavoro di una Assemblea anche se benemerito, e nemmeno dei partiti politici in essa rappresentati, ma piuttosto il segno di un tempo storico, che, ora, anni 1946/48, grazie a felici circostanze politiche dopo le tragedie della dittatura e della guerra, aveva la possibilità di manifestarsi senza costrizione alcuna, in tutta la sua schiettezza.

Per lo storicista Finzi la Costituzione dava voce alla complessità della società, che uno statalismo rigido — sia quello liberal-borghese, sia quello ancor più soffocante della dittatura fascista — aveva per troppo tempo coartato. Per il propugnatore della fattualità del diritto quel che più conta è che la Costituzione immetteva valori e fatti all’interno di una norma, la quale non era soltanto norma squisitamente giuridica ma addirittura norma giuridica suprema.

Guardando ai Codici, il suo è un atteggiamento ben distante dai numerosi civilisti, che mantenevano il proprio occhiale messo a

fuoco unicamente su di essi (e su alcune leggi speciali). I Codici andavano riletti e reinterpretati alla luce dei valori giuridici, dei principii, delle regole fissati nella carta costituzionale: perché il diritto ha continuato a vivere e non può che registrare le grandi trasformazioni della società italiana e dello Stato italiano di cui la Costituzione è specchio fedele.

La codificazione non può e non deve separare il diritto da quel divenire socio-economico che è la sua linfa nascosta, e, se la norma codificata non corrisponde alla tavola di valori giuridici segnata nella carta costituzionale, si imporrà un'ineludibile opera di adeguamento affidata alla interpretazione/intermediazione di scienziati e giudici. E lo storicista Finzi non èsita a precisare: "volontà statutale non è quella iniziale, ma quella attuale; non è quella che ha determinato la nascita della norma, ma quella che ne consente la conservazione, quella cioè che è viva, oggi, ed emerge dai principii e dai programmi che la costituzione pone a fondamento della nuova repubblica" ⁽¹¹⁶⁾.

In altre parole, il gius-privatista non può appagarsi del paesaggio giuridico offertogli da un Codice, anche se ha appena un decennio di vita. Certamente, quel Codice reca nelle sue trame i segni del tempo novecentesco (e Finzi si compiace di trovarvi tracce precise delle sue innovative proposte in tema di proprietà fatte nel 1922 e nel 1935), ma è sopravanzato dalle radicali trasformazioni del rinnovamento morale sociale politico dell'immediato dopoguerra. Egli non ha dubbi: "si delinea l'opportunità di una generale revisione dei dogmi del diritto privato in funzione del nuovo indirizzo sociale. Sarà compito del giurista di domani... quello di costruire scientificamente i nuovi istituti, dopo averne attentamente studiata la storia. E potrà e dovrà il giurista di domani considerare inoltre se e quali strumenti giuridici nuovi o rinnovati possano offrirsi alla vita sociale per adeguare sempre più l'ordinamento giuridico alle esigenze della società espresse dalla nuova costituzione" ⁽¹¹⁷⁾.

Il compiacimento di Finzi è di verificare quanto lui stesso abbia visto giusto nelle sue analisi del diritto patrimoniale italiano tra le due guerre mondiali e quanto quelle analisi siano state preveggen-

⁽¹¹⁶⁾ *Riflessi privatistici della Costituzione*, cit., p. 35.

⁽¹¹⁷⁾ Op. ult. cit., p. 45.

ti: il modello proprietario disegnato nella Costituzione è, infatti, “non più diritto soggettivo tipico, palladio di libertà assoluta rispetto ai beni, ma piuttosto *officium*, cioè, come si dice, *funzione sociale*” (118). Col che è facile al Nostro di ripetere suoi preziosi ammaestramenti di tanti anni prima: poteri del proprietario come sostanzialmente discrezionali, con la possibilità di utilizzare anche in campo privatistico le nozioni di eccesso e sviamento di potere in forza della immedesimazione del vecchio diritto soggettivo nella figura di *officium* intimamente venata di pesanti situazioni di dovere giuridico.

22. “*La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio)*” (1952).

Se qualcuno si arrestasse alla lettura della intitolazione di questo breve saggio finziano (“*La Rivista di diritto agrario (celebrandone il trentennio)*”), potrebbe seriamente dubitare della opportunità di averlo inserito nella raccolta a causa del suo palese carattere di scritto di occasione; non v’ha infatti dubbio che Finzi cede all’invito del suo collega agrarista fiorentino Giangastone Bolla, fondatore e direttore della fiorentina ‘*Rivista di diritto agrario*’, a celebrarne il trentennio di vita.

L’occasione serve, però, al Nostro per ri-affermare e anche ri-motivare le sue vecchie predilezioni per certe branche del diritto che la specialità della materia da esse disciplinata colora di una non artificiosa autonomia. E riaffiora il civilista spregiudicato, che tralascia di guardare alle linee purissime di un diritto generale — bloccato nella as-trattezza delle sue linee — per immergersi volentieri in zone specifiche dell’ordinamento giuridico connotate da una greve fattualità di indole economica e sociale. E riaffiora una estrema cautela verso l’atteggiamento della scienza giuridica di *civil law*, che conduce alla probabile separazione tra forme giuridiche ed esperienza quotidiana: “seppure, infatti, la norma voglia disciplinare i rapporti della vita quali sono, il giurista istintivamente tende, invece,

(118) Op. ult. cit., p. 44.

a ricondurre i rapporti reali entro gli schemi ideali da esso predisposti, forzando i primi e deformandoli, fino a che non abbiano assunto forma e sostanza conforme a questi” (119).

Il rischio che si corre è non solo una forzosa astrazione ma anche un appiattimento e una riduzione delle oggettive diversità in cui necessariamente si sfaccetta la complessità dell’ordinamento; insomma, il rischio è di non corrispondere a una esigenza di ‘specialità’ che viene direttamente dalle cose e non già da invenzioni di legislatori o di sapienti. Per esempio, per quanto attiene al cosiddetto ‘diritto agrario’, “è indagando sulla congerie di rapporti giuridici che interferiscono con l’attività agricola, che potranno scoprirsi eventuali nuovi *tipi* di rapporti giuridici, o sottospecie di rapporti già noti e disciplinati, i quali, però, per costanti loro qualità, o modificazioni, assumono aspetti anche essi tipici e di particolare rilievo” (120).

L’attenzione alle specialità non ha il significato di una rottura della unità dell’ordinamento in monconi irragionevoli, bensì della ragionevolissima possibilità di recuperare quegli spessori, quelle varietà, che pur costituiscono la ricchezza dell’ordinamento nella molteplicità delle sue trame. E Finzi, efficacemente, parla qui “di questa specie di ‘stereoscopia giuridica’, che consente di rivelare insieme la forma e il volume dei nostri istituti” (121).

La liturgia celebrativa offre, così, il destro a Finzi di rinnovare la sua analisi *stereoscopica* sul tessuto della proprietà privata individuale, che conduce a individuarne almeno due, una proprietà *personale*, una *proprietà/libertà*, che non può che distinguersi da una proprietà *economica*, *proprietà produttiva*, “che deve tener conto delle esigenze sociali, e proporzionarsi in ragione di una equa distribuzione dei beni materiali e di una efficiente produttività nell’interesse sociale” (122).

Citille in Chianti, il Diotto (8 settembre) del 2012

(119) *La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio)*, cit., p. 198.

(120) Op. ult. cit., p. 198.

(121) Op. ult. cit., p. 199.

(122) Op. ult. cit., p. 199.

AVV. PROF. FRANCESCO CARNELUTTI

ORD. DELLA UNIVERSITÀ DI PADOVA

VENEZIA - S. ANGELO 3560

Venezia 16/8/1921

Carissimo,

Tornato dopo un breve riposo montano, trovo la tua del 6 agosto.

Sono infinitamente lieto per la buona notizia che mi dai: la ritengo molto buona; perché conosco ormai molto bene la vostra casa per non sapere quanta gioia vi porterà il piccolo che aspettate. Ti prego di comunicare alla Signora le espressioni di compiacimento e di augurio che le fa in proposito anche mia moglie.

Adesso che sei già potenzialmente padre, penso che sentirai maggiormente il dovere di non fare il poltrone. Quanto alla paura di essere "troppo solo" forse anche questo è un paravento della poltroneria. Anche io sono sempre stato regolarmente e costantemente solo; e ho fatto la mia strada. Nel nostro ambiente non ci sono che due modi per andare avanti: o strisciare o volare. Mi sembra che tu non abbia la capacità per la prima andatura. Tendi dunque le ali e vola dove ti piaccia. Peggio per gli altri se non ti arriveranno. A ogni modo tra il dire cose che inaspriscono i tuoi critici, lavorando; e il non inasprirli, non facen-

do nulla , mi sembra che la scelta non possa essere dubbia . Dico questo perchè so benissimo che *tertium non datur* , cioè reputo impossibile che tu studi un problema per essere d'accordo con gli altri

E' probabile che tu torni a Firenze in ottobre e che vi conduca per un paio di giorni mia moglie e la mia bambina .

Presenta alla signora ancora omaggi e auguri e credimi con l'usato affetto

Carezzato

Sig. Avv. Prof. ENRICO FINZI

FIRENZE

Lungarno Vespucci , 32

LE TEORIE DEGLI ISTITUTI GIURIDICI

1. Posizione del tema. — 2. L'istituto giuridico. — 3. Natura logica dell'istituto giuridico: classazione. — 4. La teoria dell'istituto giuridico. — 5. Nozione di una teoria e dei suoi presupposti. — 6. Se sia possibile costruire teorie di istituti giuridici; perché, e come. — 7. Ostacoli a tale attività logica: la confusione verbale in un sol nome dei tre dati da differenziare. — 8. Esempio tratto dalla teoria del negozio giuridico. — 9. Errori che derivano dal ritenere reciprocamente corrispondenti nel loro rapporto gli elementi degli istituti giuridici. — 10. Si differenzia la teoria dell'istituto giuridico, dalla teoria della fattispecie che ha lo stesso nome dell'istituto.

1. *Posizione del tema.*

Si suol parlare con una certa frequenza nel capo del diritto di *teorie* aventi per oggetto uno o più istituti giuridici: così si son pubblicati volumi col titolo di teoria delle prove, del possesso, dell'errore, dei contratti ecc. ecc.

Intento di queste note sarebbe di precisare con una certa esattezza la portata di detta espressione, ed appurare il processo logico che è necessario seguire per giungere alla costruzione della teoria di un istituto giuridico.

A tal uopo giova anzitutto richiamare la nozione di istituto giuridico.

2. *L'istituto giuridico.*

In ogni legge, più genericamente, in ogni imperativo giuridico vanno distinti due elementi. L'uno, schiettamente giuridico, veramente *normativo*, il quale contiene la comminatoria della *sanzione* giuridica, l'altro, che può quasi considerarsi extragiuridico, ed è la indicazione del fatto, al quale la legge condiziona l'entrata in vigore della sanzione.

Quando la legge dice, ad es.: “chiunque, a fine di uccidere,

cagiona la morte di alcuno, è punito con la reclusione da diciotto a ventun anni” (art. 364 c.p.) da una parte determina la pena dell’omicida (sanzione giuridica) dall’altra descrive che cosa intende per omicidio.

E così, ad esempio, la legge determina prima che cosa sia il contatto come fatto, cioè l’accordo di due o più persone per costituire, modificare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico (art. 1098 c.c.) e poi parla degli effetti del contratto, cioè delle sanzioni giuridiche che sono determinate da quel fatto che ha prima descritto e analizzato.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi. Soltanto ne emergerebbe come questi due elementi, che costituiscono un parallelismo costante ed univoco in tutta la materia giuridica, non sieno però sempre nettamente contrapposti in ogni singolo articolo di legge. La legge è frammentaria nelle sue disposizioni; e la nozione integrale dei fatti, cui subordina le sanzioni, o delle sanzioni, che sono provocate dai fatti, emerge meglio da un esame complessivo di gruppi di norme.

Perciò già il legislatore segue nel formulare le leggi un certo suo ordine, raggruppando le disposizioni consuetamente a seconda dell’oggetto che regolano, dando talvolta con un gruppo di articoli la complessa nozione dei fatti, e con altri quella delle sanzioni; o intrecciando, a seconda delle circostanze, l’uno all’altro elemento. L’insieme delle disposizioni che trattano di una stessa materia costituisce l’*istituto giuridico*, che da tale materia prende il nome. Così il complesso delle disposizioni sulle alienazioni di cose dietro il pagamento di un prezzo, costituisce l’istituto giuridico che si chiama *compra-vendita*; il complesso delle disposizioni che riguardano l’uccisione di un uomo, si chiama l’*omicidio*, il complesso delle norme che determinano quale è il giudice che deve giudicare una causa a seconda delle varie fattispecie, costituisce quell’istituto giuridico che si chiama la *competenza*, e così via.

3. *Natura logica dell’istituto giuridico: classazione.*

Il raggruppamento delle disposizioni di legge in modo da formare degli istituti giuridici non ha in sé carattere scientifico, ma soltanto tecnico.

Ha cioè una semplice portata pratica, di rendere più agevole la ricerca di una norma, o la esposizione della materia, ma non è suscettivo di essere vero e falso; perché non implica alcuna affermazione sui fatti, cioè alcuna previsione la quale sia capace di conferma o di smentita da parte dell'esperienza (1); o almeno lo implica solo in un determinato senso, nello stesso senso, cioè, di ogni altra mera classificazione.

Le classificazioni, infatti, sono tutte, come le definizioni, essenzialmente arbitrarie. Esse possono essere oggetto di critica sulla opportunità, dato lo scopo prefissosi, di raggruppare insieme i fatti secondo uno od altro criterio; non però di confutazione. Si possono ritenere inutili e dannose, non errate, in sé. Ciò che può esser errato è soltanto il giudizio che il classificatore dà un singolo oggetto, che sta classificando; ma non il sistema di classificazione. Così, per dare un esempio grottesco se a taluno piacesse di dividere le piante in due grandi classi: quelle che vivono più di un anno, e quelle che vivono meno, non si potrebbe dire che questa classificazione è meno *vera* di quella di Linneo. Si potrà trovare sciocca, inutile, dannosa, ma non si potrà giudicare errata o vera, perciò che non implica un giudizio. Vera o errata potrà essere invece l'affermazione che una tale pianta appartiene all'una o all'altra classe, perché tale affermazione — data la classificazione, cioè una definizione — costituisce un giudizio, il quale solo può essere errato o giusto, perché solo può avere un concreto controllo.

Così, dunque, se per opera scientifica si intende la determinazione di rapporti costanti, di leggi cioè che si verificano nelle relazioni tra due o più oggetti, la classificazione mera non è opera scientifica; ma è opera soltanto tecnica.

È così che, per restare nel nostro campo, gli *istituti giuridici* possono essere costituiti secondo i più vari criteri (2).

I codici in generale seguono come base della classificazione il rapporto sociale che le norme sanciscono.

Il nucleo accentratore è “il rapporto della vita” (3); è intorno ad

(1) Cfr. VAILATI e CALDERONI, *Le origini e l'idea fondamentale del Pragmatismo*.

(2) Così che la stessa norma può essere contemplata, sotto diverso aspetto, in più istituti giuridici. E così la stessa fattispecie.

(3) WINDSCHEID, *Pandette*, § 13 n. 2.

esso che si coordinano le sanzioni, e si costituisce l'istituto giuridico, indipendentemente da un carattere peculiare delle sanzioni, e malgrado la grande diversità tecnica di esse.

Il che non esclude però la opportunità e la legittimità di costruire istituti giuridici all'infuori dell'ordine seguito dal codice e secondo altri criteri che non siano quelli prescelti dal legislatore. È questa anzi opera utilissima di classificazione, che, offrendo la base alla costruzione di speciali teorie, riesce feconda come incitamento a nuovi ritrovati scientifici. Così, ad esempio, sovente la classificazione avviene, per parte degli studiosi, non più coordinata ai presupposti di fatto, ma alla natura giuridica della norma. Così esiste l'istituto giuridico delle obbligazioni, il quale raccoglie le varie norme che sanzionano questo rapporto tipico, per poi classificarle a seconda della fattispecie la quale dà origine al rapporto.

E si parla così di obbligazioni *ex contractu*, *ex re*, *quasi ex contractu*, *ex delicto* ecc. ecc.

Così si è costruito un istituto giuridico denominato dalle nullità, che raccoglie e classifica le varie norme che recano una tale sanzione; così ad es. recentemente furono raccolti ad istituto giuridico i così detti diritti eventuali ⁽⁴⁾ i diritti quiescenti ⁽⁵⁾ ecc. ecc. Si può dire anzi che una notevole parte dell'attività moderna in certi rami del diritto fu rivolta essenzialmente alla classificazione delle norme in modo più razionale e fecondo di quello che era stato di guida al legislatore: così la ricerca di costruire a sistema il diritto amministrativo ha sopra tutto l'intento tecnico di classificare le diversissime norme onde tale diritto risulta.

4. *La teoria dell'istituto giuridico.*

Ben diversa dalla classificazione, dalla costruzione cioè degli istituti giuridici, è la costruzione delle teorie di essi. Mentre la prima funzione è prevalentemente arbitraria ⁽⁶⁾ la seconda, è essenzialmen-

(4) Cfr. RENÉ DEMOGUE, *Des droits éventuels*, Larose et Tenin, Paris, 1906.

(5) Cfr. W.H. THEODOR JANSSEN, *Das Ruben der Rechte*, Bonn, 1913. Foppen'sche-Buchdruckerei.

(6) Cfr. G. VAILATI e M. CALDERONI, *L'arbitrario nel funzionamento della vita psichica*. Estratto dalla *Riv. di Psicologia applicata*, Anno VI e VII, (1910-11).

te scientifica; mentre la prima non mira che a *definire*, la seconda mira a *giudicare*; mentre la prima pone una convenzione, la seconda afferma una verità.

Per il classificatore l'*istituto giuridico* è il punto d'arrivo: esso è l'effetto della sua scelta, lo scopo della sua attività logica. Per il teoreta, invece, l'*istituto giuridico* è il punto di partenza: esso è, così come è stato determinato da altri, o dallo stesso teoreta, prima dell'inizio della sua attività veramente scientifica, l'*oggetto* su cui essa attività scientifica verrà esercitandosi. E poiché molto sovente il nome col quale viene designato l'istituto giuridico è equivoco, è pregnante cioè di significati diversi e non ben differenziati, perciò chi intende costruire la teoria di un istituto giuridico deve anzitutto determinare ben chiaramente che cosa intende col nome che a tale istituto attribuire, perché questo è il vero fondamento, il presupposto essenziale ad ogni ulteriore sua indagine: solo quando si è bene determinato l'oggetto di cui si vuole costruire la teoria, si può sperare di fare opera veramente proficua e concludente.

L'oggetto, dunque, della teoria di un istituto giuridico è un complesso di norme legali, coordinate secondo un criterio qualunque, ben determinato però; così ad es. potrà essere il complesso delle norme che si riferiscono allo scambio dei beni, tra vivi, dietro un prezzo, e allora la teoria sarà quella della compra-vendita, potrà essere quel complesso di norme che sanciscono il rapporto giuridico che si chiama obbligazione, e allora la teoria sarà quella dell'obbligazione ecc. ecc.

5. *Nozione di una teoria e dei suoi presupposti.*

Determinato così l'oggetto della teoria, consideriamo ora brevemente che cosa essa sia, e quale scopo si proponga chi intenda costruirla, quale processo logico debba seguire e quali difficoltà, sopra tutto, debba superare.

A mio avviso, se si voglia dare un significato preciso, tecnico, rigoroso alla parola teoria, questo significato non può essere che quello stesso che lo Stuart Mill ha analizzato e precisato sotto la denominazione di *proposition* (*System of logic*. Chap. V). "Proposition asserts (or denies) a sequence, a coexistence, a causation, or a resemblance".

Teoria è insomma l’asserzione di un *rapporto*, e presuppone quindi per lo meno *due dati* fra i quali il rapporto deve intercorrere. Si ha un giudizio, un *proposition*, una teoria, quando si afferma ad es. che dato *a* seguirà, in ogni caso particolare, *b*, che dato *b*, deve essersi verificato *a*, che dove c’è *a* non può esserci *b*, ecc. Vi è cioè sempre l’affermazione di un rapporto fra almeno due dati, affermazione che può essere vera o falsa, a seconda che l’esperienza dimostri che il fatto affermato è tale da verificarsi o meno.

Se questa è la teoria, cioè l’intento dello studioso teorico, quale è il processo logico che può condurre a costruirla? E quali ne sono i presupposti?

È evidente che presupposto per la costruzione di una teoria si è che l’uno almeno dei tre elementi onde risulta — due fatti e la conoscenza di un rapporto preciso che li lega — sia incerto. Se tutti e tre gli elementi fossero certi, la teoria esisterebbe già, esisterebbe già cioè la asserzione del rapporto indubbio fra i due soggetti.

È altresì evidente che due almeno dei tre dati devono essere certi. Certi nel senso di definiti, vale a dire di preventivamente posti, voluti fissati inalterabilmente allo scopo di determinare il terzo. Si parla, a dire il vero, di teorie di un fatto o di un rapporto, ma evidentemente o la frase non ha senso, e vi è sottinteso implicitamente: “rispetto ad un altro o ad altri fatti determinati”.

Di necessità volendo fissare un rapporto occorre che almeno due degli elementi sieno previamente definiti. Quali, poi, è nettamente arbitrario: può darsi che dato un fatto ed un rapporto ipotetico: (uguaglianza, causalità, coesistenza ecc.) io voglia determinare l’altro fatto che si trova col primo in quel rapporto; che dati due fatti io intenda determinare se e quale rapporto li congiunga. Questo è dunque lo scopo del costruttore di teorie: dati due fatti, od un fatto ed un rapporto ammessi per ipotesi come certi, determinare o il rapporto tra i due fatti, o l’altro fatto che è in quel rapporto col primo, già noto. La teoria costruita è la formulazione del rapporto fra i due fatti.

6. *Se sia possibile costruire teorie di istituti giuridici; perché, e come.*

Si può applicare questo processo logico agli istituti giuridici?

Parrebbe di no. Perché i tre elementi da cui appunto l'istituto giuridico risulta — fattispecie, sanzione giuridica e rapporto che li unisce — sono accertati, definiti, associati dalla legge, da quel complesso di norme, cioè, che costituisce appunto l'istituto giuridico.

Ma è una apparenza fallace.

Non già però perché i due dati: fattispecie e sanzione, quali risultano nell'istituto giuridico non sono gli *identici* che la legge esprime: essi sono bensì la assunzione ad un'unità degli elementi frammentari enunciati dal diritto oggettivo, costituiscono, cioè, delle entità complesse, alquanto diverse dalla somma dei singoli dati elementari; ma quando l'uno e l'altro si abbiano per certi, il rapporto che li lega è anche noto, come quello di causalità.

Non perciò, dunque, si deve affermare la applicabilità del processo teorico agli istituti giuridici, ma per un'altra ragione. La quale consiste in ciò: che non è vero che la legge determini con precisione gli elementi dell'istituto giuridico.

Veramente *certo* emerge dalla legge solamente il rapporto di causalità: la sanzione giuridica, e la fattispecie rimangono invece consuetamente dubbiose ed incerte. E la ragione sta in ciò: che esse sono espresse con parole che sono di loro natura essenzialmente equivocate. Anche quando il legislatore abbia dato la definizione della parola prima di usarla, l'incertezza non ne viene per ciò eliminata, ma semplicemente spostata perché normalmente egli non si vale di espressioni evidenti, che possano effettivamente chiarire il suo pensiero.

Quando il legislatore ad es. mi definisce all'art. 685: "Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto..." non per ciò io so meglio di quanto sapessi prima che cosa è il possesso. La difficoltà si è spostata da un termine all'altro: prima non sapevo che cosa fosse esattamente possesso, ora non so, esattamente, che cosa sia detenzione di una cosa o godimento di un diritto. La certezza non è insomma che apparente; e chi ha pratica di diritto sa quanto sia invece arduo associare il valore preciso dei termini di cui si vale il legislatore per indicare le varie fattispecie dalle quali fa dipendere la sanzione giuridica.

La quale non è neppur essa in sé ben definita e nota. Il codice civile ad esempio definisce che cosa sia la *proprietà*, ma non è meno

viva la disputa tra gli studiosi sulla sua vera essenza giuridica. E così dicasi della *obbligazione*, della *successione nei rapporti giuridici*, ecc. ecc.

Di veramente *certo* non vi è nell'istituto giuridico che il rapporto che corre tra due dati ipotetici: rapporto di causalità o almeno di coincidenza: se si verifica il tal fatto segue la tale sanzione.

Non è, dunque, vero che i tre elementi sieno certi e rendano impossibile il processo logico del teoreta; piuttosto tale impossibilità deriverebbe dalla eccessiva incertezza, dalla incertezza cioè non di uno solo, ma di due elementi.

Ad ovviare ostacolo non v'è che un mezzo: fissare l'uno degli elementi in modo convenzionale: definirlo, cioè; e poi determinare l'altro in funzione del primo, così definito, e del rapporto di causalità.

Dato, cioè, il doppio gruppo di fatti, incerti: fattispecie e sanzioni, definirne uno per modo che sia convenzionalmente certo, e determinare l'altro in funzione di quello.

Prendiamo un esempio. L'art. 703 del c.c. dice: "il possessore di buona fede fa suoi i frutti".

Qui abbiamo di fronte i tre elementi: *a*) fattispecie: possesso di buona fede; *b*) sanzione giuridica: acquisto dei frutti; *c*) rapporti di causalità fra i due elementi: l'acquisto è determinato dal possesso di buona fede. Tanto l'elemento *a*) quanto l'elemento *b*) non sono *certi*: è lecito interpretare in più modi il significato della frase possesso di buona fede, come quello dell'altra fa suoi i frutti. Ora chi vuol costruire la teoria di questo rapporto, cioè emettere un giudizio, stabilire una proposizione, deve anzitutto definire uno degli elementi, e poi studiar l'altro in funzione di quello definito. E naturalmente, se non si vuol cadere in una petizione di principio, occorre che l'altro non entri come elemento nella definizione del primo.

Così, tornando al nostro esempio, occorre anzi tutto, come presupposto dell'attività teoretica, determinare che cosa si intenda o per possesso di b. f. o per acquisto dei frutti, e, naturalmente, con parole e concetti estranei all'altro elemento. Una volta poi definito l'uno, entra in azione l'attività teoretica che tende accertare o che cosa si debba intendere per acquisto dei frutti quando possesso di buona fede sia = (e qui la definizione); oppure che cosa sia possesso

di buona fede quando per esso si intenda il presupposto dell'acquisto dei frutti cioè = (e qui la definizione di acquisto dei frutti).

7. *Ostacoli a tale attività logica: la confusione verbale in un sol nome dei tre dati da differenziare.*

Come abbiamo rilevato è cosa che dipende dal criterio di opportunità dello studioso il fissare da quale base si parta per la costruzione della teoria dell'istituto.

Io posso, cioè, per costruire le teorie di un istituto giuridico, o partire dalla sanzione per risalire ai presupposti che la determinano; o partire dai fatti, per accertare quando e come essi abbiano potere di provocare l'entrata in vigore di un imperativo giuridico, e quale esso sia. Quello che è essenziale si è anzi tutto il non esorbitare dall'ambito prefisso, cioè il non uscire dall'orbita dell'istituto giuridico già prima definito quale oggetto dell'indagine teoretica; poi il mantenere rigidamente il punto di vista fissato, il non alterare in nessun modo il valore dell'altro termine già definito.

Se non che, ad osservare rigidamente queste norme logiche, pure di per sé evidenti, si oppongono delle gravissime difficoltà. Accennerò qui brevemente soltanto alla massima tra esse: la povertà del linguaggio; mostrando i vari aspetti sotto i quali essa esplica la sua azione dannosa.

A chi bene consideri apparirà come stranamente peculiare al nostro campo un fenomeno meraviglioso: che i vari dati, i quali si vogliono contrapporre e comporre, hanno precisamente tutti, in sé singoli ed insieme presi, lo stesso nome. I tre concetti diversi che si intrecciano nel campo della teoria degli istituti giuridici, i tre elementi onde essa risulta, sono dal linguaggio comune confusi in un solo e generico termine.

Così ad esempio si chiama *possesso* l'istituto giuridico che raccoglie le norme che riguardano la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto; ma si chiama anche *possesso* la semplice detenzione della cosa o il semplice godimento di un diritto, e si chiama infine anche *possesso* la sanzione giuridica che segue ad un tale fatto. Si dice che v'è possesso quando esiste lo stato di fatto,

semplicemente; ma si dice anche che non v’è possesso quando lo stato di fatto esiste; ma non ne segue l’effetto giuridico (7).

Così, sempre, per limitarsi al diritto privato, si parla di *contratto* quando si designa l’istituto giuridico, ma anche, poi, quando si allude all’accordo di più volontà (fattispecie), ma anche, infine, quando questo accordo abbia dato vita ad un rapporto giuridico (sanzione). Si dice, cioè, che v’è contratto se sono seguite le sanzioni all’accordo; che non v’è contratto se non sono seguite. Ma si dice anche che v’è contratto, designandolo come *nullo*, quando l’accordo (fattispecie) vi sia, ma non segua l’effetto giuridico.

Gli è perciò che lo studioso il quale non ha posto con sufficiente rigore il problema che intende risolvere, trascinato dall’equivoco verbale, sovente trapassa dall’uno all’altro elemento e crede d’aver trovato una soluzione, là dove non è riuscito che ad una petizione di principio.

(7) Va rilevato che questa confusione non è peculiare al linguaggio italiano, ma è comune all’italiano, all’inglese, al latino, ed anche, se pure un po’ meno, al tedesco.

Così, per restare al nostro esempio, anche in diritto romano si verificava rispetto alla parola *possessio* la stessa ambiguità che rispetto al nostro *possesso*. Mentre, infatti, assai spesso per *possessio* si indica un fatto, il presupposto concreto, cioè, della concessione degli interdetti, in altri luoghi, e senza accentuare alcuna differenziazione, *possessio* non indica più il rapporto corporeo con la cosa, ma soltanto la presenza di quegli effetti giuridici che a quel fatto son soliti a seguire. È in questo solo senso, infatti, che può essere interpretato *possessio* o *possidere*, per es. al frammento 2. D. 41.2: “sed hoc iure utimur, ut et *possidere* et usucapere municipes possint” dove, come ben nota il BEKKER (*Das Recht des Besitzes bei den Römern*. Leipzig, 1880 § 29, pag. 333). “Das Recht konnte nicht über das Dasein eines Tatbestandes, sondern nur über die rechtlichen Folgen desselben entscheiden”.

Così ancora, sempre ad es. nel fr. 37, pr. D. 41.2: “per servum qui pignori datus est, creditorum nec *possessio* acquiritur” fr. 12. § I. D. 41.2: “... non denegatur ei interdictum uti possidetis qui coepit rem vindicare; non enim videtur *possessioni* renuntiasse qui rem vindicat”, e così fr. 30. i. eod.; fr. 52, pr. eod. ecc. ecc.

Si aggiunga, infine, che *possessio*, come d’altronde *possesso* in italiano si usa talvolta per indicare la cosa, il fondo posseduto: come ad esempio sovente in Cicerone. Cfr. *Pro Caecina* I, 27 (incerto); ma più sicuramente *Phil.* 5. 7. 20 “*possessiones urbanae et rusticae*”; *pro Milone* “*possessionum termina*”; *pro Cael* 30. 73 “*possessiones paterna*” *Ep.* 13. 76. 2. “*Possessio* in agro fregellano”; *Ep.* 13. 5. 2. “*is habet in Volaterrano possessionem*”. Cfr. COSTA, *Le orazioni di diritto privato di M.E. Cicerone*, p. 82, n. 8. Cfr. anche BONFANTE, *Il punto di partenza nella Teoria romana nel possesso*. Cfr. 1. 115 D. 50, 16; e KRÜKMANN, *Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtschein*, usw. in *Arch. für d. Civ. Praxis*, vol. 108, 1912, pag. 274, nota 53.

8. *Esempio tratto dalla teoria del negozio giuridico.*

È tipica, sempre per non discostarci dall'esempio prescelto, la sorte della teoria del negozio giuridico.

Gli autori, normalmente, si dipartono dall'osservazione che esistono delle sanzioni che sono condizionate a fatti volontari diretti a provocarne l'entrata in vigore, e si propongono di studiare questi fatti volontari, che provocano effetti giuridici concorrentemente all'intento della volontà, designando l'oggetto della teorica col nome di *negozio giuridico*.

Ma col nome di *negozio giuridico* vien designata anche la semplice fattispecie, indipendentemente dal raggiungimento degli effetti giuridici: la dichiarazione di volontà, cioè, che tende a costituire, modificare o sciogliere rapporti giuridici.

Ma, infine, collo stesso nome di *negozio giuridico* si indicano i rapporti che vengono costituiti, modificati o sciolti da dichiarazioni di volontà.

Se il teorico, come avviene purtroppo sovente, non precisa bene quale è lo scopo che si propone: determinare cioè o le condizioni perché la volontà produca effetti giuridici, o i presupposti per il verificarsi di certi effetti predeterminati, ne deriva tale una incertezza di pensiero e di espressione da render quasi impossibile un risultato concludente.

Si è così che una teorica soddisfacente del negozio giuridico è tuttora da costruire. Infatti, mentre il punto di vista iniziale è la classificazione dei fatti secondo la loro intima natura, non cioè secondo la loro funzione tipicamente giuridica, cioè in fatti volontari e involontari, e da questa si viene alla considerazione dei fatti volontari leciti e delle dichiarazioni di volontà, che si analizzano e si classificano; — fatto ciò improvvisamente si inverte la base della teorica, non si considerano più le dichiarazioni di volontà come possibili fatti giuridici, cioè non si ricerca più di determinare come e quando una dichiarazione di volontà è idonea a produrre un effetto giuridico, e quale; ma si abbandona il punto di partenza e lasciandosi trascinare dall'equivoco verbale, si intende per negozio giuridico non più la volontà nella sua tendenza, ma l'effetto giuridico che è normalmente effetto della volontà dichiarata, e si risale alla ricerca delle fattispecie che lo determinano.

E poiché in tale ricerca si scopre che talvolta l’effetto non segue in ragione della volontà, ma della apparenza di essa, si viene a negare il punto di partenza, a renderlo incerto, e quindi vano; a togliere conseguentemente ogni valore logico alla ricerca instaurata, a sostituire alla ricerca indicata un’altra sia pure sullo stesso oggetto, ma diversa, perché basata sulla definizione dell’altro degli elementi, e non del primo.

9. *Errori che derivano dal ritenere reciprocamente corrispondenti nel loro rapporto gli elementi degli istituti giuridici.*

Questo stesso esempio induce ad una doppia osservazione.

Anzi tutto giova rilevare come gli elementi degli istituti giuridici non sieno reciprocamente *corrispondenti* nel loro rapporto. Non è detto che perché se esiste l’uno segue l’altro, esistendo l’altro debba preesistere l’uno. Se l’accordo di volontà produce determinati effetti, non è detto però che gli stessi effetti dell’accordo di volontà non possano derivare da altra causa: per esempio dell’accordo soltanto apparente delle volontà. La cosa è evidente. Ma cessa di esserlo proprio nel momento in cui più sarebbe necessario lo fosse: cioè quando entra in attività il linguaggio tecnico. Se noi sostituiamo infatti ad accordo di volontà la parola contratto, ad effetti dell’accordo di volontà ugualmente la parola contratto (come avviene consuetamente) giungiamo a questo strabiliante risultato, che il contratto produce il contratto, ma però non è uguale a contratto; perché v’è contratto anche dove contratto non vi è!!

Per non giungere a questa assurda formula, chi non precisa il proprio punto di vista ed il valore convenzionale delle parole, è costretto a mutarlo continuamente, perdendo nella sua dimostrazione ogni rigore di logica, e quindi ogni efficacia costruttiva.

Naturalmente, poi, questa equivocità verbale si riflette anche sulla mera classificazione, la quale perde ogni significato assumendone troppi.

Così, stando all’esempio preso, si vogliono classificare a parte le *obbligazioni da contratto*. Ma esse sono evidentemente ben diversa cosa a seconda che per contratto si intende: accordo di volontà; oppure: effetti giuridici che consuetamente derivano da accordo di volontà; ché in quest’ultimo caso, sarebbero obbligazioni da con-

tratto anche quelle che hanno per fondamento non la volontà del contraente, ma la responsabilità addossata dalla legge a chi agisce in modo da lasciar indurre un determinato intento.

10. *Si differenzia la teoria dell'istituto giuridico, dalla teoria della fattispecie che ha lo stesso nome dell'istituto.*

L'altro rilievo che si desume dallo stesso esempio del negozio giuridico si è che, sempre per la confusione verbale, esistono teorie vere e proprie, che vanno sotto il nome di teorie di un istituto giuridico, ma sono invece teorie di un istituto non giuridico: di fatti e rapporti, cioè, che non si considerano come giuridici o in quanto, sia pure ipoteticamente, giuridici.

Dal momento che per negozio giuridico si intende anche la *fattispecie* che determina l'entrata in vigore di quelle sanzioni che anche si chiamano, coordinate alle fattispecie, negozio giuridico; è accaduto che si chiamasse teoria del negozio giuridico, non solo la teoria dell'istituto giuridico, ma anche la teoria della semplice fattispecie, la quale necessariamente, in sé, non è giuridica.

La fattispecie del negozio giuridico essendo infatti la volontà dichiarata (o la dichiarazione di volontà) ed implicando parecchi elementi: un soggetto, un intento del soggetto, un ragionamento che provoca l'intento, una concretizzazione dell'intento, un modo di notificazione ad altri di detto intento ecc., è perfettamente possibile, ed è anche opportuno costruirne la teoria. Determinare cioè in altrettanti giudizi i rapporti fra tutti codesti elementi, fissare delle denominazioni tecniche che valgano ad indicare con plastica evidenza i concetti che più consuetamente si esplicano rispetto a questi rapporti ecc. ecc. La teoria del negozio giuridico intesa in questo senso, in quanto tende a dare la nozione di volontà, di errore, di violenza che influisce sulla volontà, di manifestazione, di dichiarazione, di attuazione di volontà ecc., non è la teoria del negozio giuridico inteso come istituto giuridico, ma di uno dei suoi elementi; ed è solo un incidente nella teoria dell'istituto giuridico propriamente detto. Ciò non ostante, però, tutto questo non essendo ben chiaro nella mente del costruttore, ne derivano confusioni gravi ed anche gravissime conseguenze pratiche.

A mio avviso la critica maggiore che possa esser fatta alla parte generale del codice civile per l'impero germanico rispetto a questo punto sta infatti nell'imputazione che può muoversi al legislatore di aver confuso fra teoria del negozio giuridico — vero istituto di diritto — e teoria della volontà e della sua dichiarazione.

A parte la questione se in un codice civile debba trovar posto una parte generale di contenuto analogo alla parte generale dei trattati di diritto civile (questione ardua ed assai controversibile), certo sì è che, a mio avviso, la parte generale del diritto non dovrebbe, e quella del codice non avrebbe dovuto contenere che la descrizione, la definizione degli elementi di fatto che entrano più consuetamente come fattori delle singole fattispecie, le quali determinano poi le singole sanzioni; avrebbe dovuto essere insomma (ed in gran parte lo è) un semplice *dizionario* che servisse ad agevolare l'interpretazione e la comprensione delle norme vere e proprie del codice stesso. Così invece com'è, essa risulta ibrida e dannosa, ché o si riduce ad una casistica minuta e fuori posto (che starebbe meglio ripartita ai singoli luoghi ove si tratta la materia cui si riferisce) o, cedendo ad una tendenza sistematica a priori, giunge a risultati di eccessiva generalizzazione⁽⁸⁾.

Infatti, per portare un esempio, mentre sarebbe utile che il codice nella parte generale definisse che cosa intende per *errore sulla persona* per modo che fosse possibile sempre, quando poi si trovi inserita nella norma tale espressione, sostituirvi altra più analitica e precisa; è invece dannoso che si dica nella parte generale quale effetto giuridico produce l'errore sulla persona, perché questo è evidentemente vario secondo la materia cui si riferisce. Così che l'errore sulla persona, che è relevantissimo nel matrimonio, vien ad essere pressoché irrilevante in molti contratti; e quando si voglia reggerlo con un'unica norma non si può mancare di addivenire, come accade al codice germanico al § 119, a formulazioni così vaghe e generiche che equivalgono ad una delega al giudice della facoltà di dare la legge e non solo di applicarla.

⁽⁸⁾ Cfr. sulla Parte generale del diritto civile: ERNST ZITELMANN, *Der Wert eines « allgemeinen Teils » des Bürgerlichen Rechts*, in *Zeitschr. f. d. Privat u. öffentl. Recht d. Gegenwart* XXXIII, p. 1-32.

Insomma: se, costruendo la teoria di un istituto giuridico, può essere opportuno ed utile premettere la costruzione teorica di uno degli elementi onde risulta e magari far seguire poi, come conseguenza, la costruzione dell'altro, è altresì opportuno e necessario aver coscienza del compito diverso che si sta assolvendo, per modo da non ritenere oggettivamente identici, notevolmente diversi.

LE MODERNE TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ ⁽¹⁾

1. Che trasformazioni vere e proprie del diritto di proprietà siano seguite nel secolo XIX e nel presente, potrebbe a stretto rigore dubitarsi. Le leggi che, improntate ai principi della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, Napoleone dettò per la Francia e che la nuova Italia ebbe poi ad accogliere quasi integralmente, in questa materia sono rimaste formalmente pressoché inalterate.

Ancora l'art. 29 dello Statuto del Regno riconferma il principio dell'art. 17 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo: « tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili », e ancora l'art. 436 del c.c. rimane a definire la proprietà del nostro ordinamento giuridico, eppure non è che la traduzione letterale del corrispondente articolo 544 del Codice Napoleone, cioè del 1° articolo di quel titolo « della proprietà » che fu decretato il 6 Pluvioso dell'anno IX.

Una radicale riforma legislativa, un mutamento consapevole delle norme fondamentali per opera dello Stato, in verità dunque non può dirsi avvenuto.

Ma il diritto non consiste tutte nelle fredde formule scritte: formazione storica della vita sociale esso cede al moto lento e solenne che in vicenda perpetua forma, deforma e riforma il tessuto immortale dei popoli; e nel rigido calco della espressione verbale fonde, come in un crogiolo, lo spirito nuovo, che, per opera degli interpreti, volta a volta si cristallizza. Così può accadere che definizioni sorte ad affermare un pensiero, una dottrina, una tendenza possano gradualmente immutarsi sino al punto da servire all'affermazione di pensieri, di dottrine e di tendenze opposte.

Tipico è il caso della definizione legale del diritto di proprietà.

⁽¹⁾ Discorso pronunciato per l'inaugurazione dell'anno accademico 1922-1923 presso il R. Istituto di scienze sociali Cesare Alfieri, in Firenze.

Il nostro legislatore definendo la proprietà come « il diritto di godere e disporre delle cose nel modo più assoluto, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti » intese di porre a base del sistema del diritto privato — come già era stato posto a base della costituzione dello Stato — il principio del dominio quiritario, rielaborato, schematizzato, astratto dalla dottrina politica dei secoli XVII e XVIII e proclamato come assoluto dalla Rivoluzione Francese.

La proprietà non è che l’altro aspetto della libertà. È la creazione di un campo esclusivamente demandato alla libera volontà del cittadino: dei beni che gli spettano egli è sovrano assoluto: può usarne, abusarne, distruggerli, disporne per contratto o per testamento, senza essere sottoposto ad alcun sindacato statale. Unico limite: le leggi ed i regolamenti; ma ispirati però ad un solo scopo e legittimati da una sola necessità: la garanzia a tutti i membri dell’aggregato sociale di una uguale libertà.

« Scopo di ogni associazione politica — dispone l’art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino, raccogliendo in lapidaria sintesi il pensiero politico del secolo XVIII — è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell’uomo. Questi diritti sono: la libertà, la proprietà, la sicurezza personale e la resistenza all’oppressione ».

E l’art. 4: « la libertà consiste nel fare tutto quanto non nuoce ad altri: perciò l’esercizio dei diritti naturali — (e quindi anche della proprietà) — di ciascun uomo non ha limiti, se non quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento dei medesimi diritti. Questi limiti possono essere determinati dalla sola legge ».

È insomma l’espressione chiara del concetto del Montesquieu: la proprietà è il campo riservato al puro individualismo. La stessa ragion di stato non può influire a limitarlo, ma solo l’interesse dei singoli.

Scriva il Montesquieu (2): « non si devono regolare co’ principi del diritto politico le cose che dipendono da principi del diritto civile ».

(2) Cfr. *Lo spirito delle leggi* del Barone di Montesquieu colle annotazioni di Antonio Genovesi e di altri autori, Firenze, Conti, 1822, libro 26, capitolo XV, pag. 108 del vol. III.

« Siccome gli uomini hanno rinunciato alla naturale indipendenza loro per vivere sotto le leggi politiche, così hanno rinunciato alla naturale comunanza dei beni per vivere sotto le leggi civili. Queste prime leggi acquistarono ai medesimi la libertà, e le seconde la proprietà. Non bisogna decidere con le leggi della libertà, la quale, come dicemmo, altro non è che l'impero della città, quello che debb'essere soltanto deciso dalle leggi riguardanti la proprietà. È un paralogismo l'asserire, che il bene privato deve cedere al bene pubblico ⁽³⁾. Ciò non accade se non nei casi nei quali si tratta dell'impero della città; che è quanto dire della libertà del cittadino. Ciò non segue in quelli, nei quali si tratta della proprietà dei beni, perché è sempre ben pubblico che ciascuno conservi senza varietà quella proprietà che gli accordano le leggi civili ».

« Sosteneva Cicerone essere funeste le leggi agrarie, perché non per altro era la cittadinanza stabilita, se non perché ognuno conservasse i propri beni. Fissiamo adunque per massima, — continua il Montesquieu — che quando si tratta del ben pubblico, mai non è ben pubblico, che si privi un privato delle sue sostanze, o tampoco che se gliene tolga la menoma porzione con una legge o con un

⁽³⁾ È interessante riportare la nota che, a questo punto, un « anonimo » fa seguire, nell'edizione citata, all'affermazione del Montesquieu: essa è buon indice del cammino percorso dal pensiero politico e giuridico dal 1748, anno della pubblicazione dell'*Esprit des loix*, al 1822, data dell'edizione citata.

« Non so che intendasi il signor de Montesquieu in questo luogo per paralogismo: ma certamente non è tale l'affermare, che il *bene privato dee cedere al bene pubblico*, che è quando dire, che nel caso d'una collisione fra il bene privato ed il ben pubblico, forz'è che venga anteposto il secondo. Ciò non s'avvera soltanto ne' casi, in cui si tratta dell'impero della cittadinanza (per servirmi d'una espressione del nostro autore, che avrebbe dovuto spiegarci) ma bensì in tutti i casi. Esige il ben pubblico la costruzione di un fabbrica in un dato luogo: il ben privato vuole che vi rimangano le case che vi sono: conviene atterrar le case e piantar la fabbrica, secondo la ragione e l'autorità di tutti i giureconsulti. Ridonda in ben pubblico che un certo distretto sia inondato; ne soffre il ben privato: l'inondazione dee aver luogo. Questo non vieta che debba farsi quello che poi dice l'autore rispetto alle compensazioni: ma si danno de' casi né quali i proprietari essere non possono indennizzati il ben pubblico si dee egli perciò meno anteporre? Dunque avrebbe dovuto dire il signore di Montesquieu che non può sacrificarsi il bene di un privato al bene pubblico, se non con indennizzarne il privato; avrebb'egli parlato con più verità, ma non avrebbe avuta la soddisfazione di pronunziare un paradosso ». (Reflessioni d'un anonimo).

regolamento politico. In tal caso forz'è seguire con tutto il rigore la legge civile, che è il palladio della proprietà ».

Tale è dunque il diritto di proprietà secondo la mente del nostro legislatore: espressione del più puro individualismo: perpetuo, assoluto e dispotico nel suo doppio aspetto: interno: di facoltà di usare o non usare o distruggere la cosa oggetto della proprietà; esterno: di facoltà d'impedire a chiunque ogni utilizzazione della cosa stessa, e di disporre del proprio diritto a favore di chi meglio piaccia.

2. Ora una semplice, superficiale osservazione del mondo in cui viviamo ci avverte che la concezione del diritto di proprietà è mutata. Quell'individualismo assoluto, che fu la forza vitale della Rivoluzione prorompente contro il feudalismo decrepito, era già superato nel momento stesso in cui veniva posto a base del nuovo diritto.

Esso era l'espressione di uno sforzo necessario certo per abbattere il passato, ma inutile e assurdo, il giorno stesso del suo trionfo. Il diritto privato è e deve essere di sua natura composizione, temperamento dei due diversi interessi: individuale e sociale: non può e non deve segnare il trionfo di un solo. L'individualismo puro è anarchia, che la storia subito dissolve; e la sola considerazione del creduto interesse sociale è dispotismo, che gli individui non tollerano. Perciò mentre una rivoluzione violenta può affermare il prevalere di un solo gruppo d'interessi, essa reca in sé, di necessità, i germi di una reazione contraria.

La Rivoluzione Francese pose, è vero, un diritto di proprietà che era, o voleva essere, soltanto il palladio della personalità umana, il campo sacro alla volontà arbitraria del cittadino, chiuso ad ogni intervento o controllo sociale, ma questo diritto, come avviene sovente, già era vecchio al suo nascere.

L'istituto doveva bensì essere liberato dai mille legami che lo inceppavano e lo soffocavano, ma non poteva essere avulso dalla vita sociale: così esso subito vi riaffonda le sue radici e chiede anche all'interesse collettivo la sua ragion d'essere e i limiti della sua essenza.

Già per la generazione successiva alla Napoleonica la proprietà riprende ad essere, oltre che un diritto soggettivo, una funzione sociale. La giustificazione di essa non si ricerca più nella volontà

divina od umana, bensì nell'interesse collettivo, nel maggior vantaggio comune a che i beni vengano utilizzati in piena libertà dai singoli cittadini. E si afferma la tendenza, dapprima timida poi risoluta; dapprima solo giurisprudenziale, dipoi anche legislativa, a coordinare la proprietà del codice a questo nuovo con detto sociale, a contemperare la tutela degli interessi del singolo proprietario, con la tutela del prevalente interesse della collettività.

Ma questo, che è movimento di pensiero e di azione legittimo e fatale, in quanto mira a ristabilire l'equilibrio alterato dall'eccessivo individualismo, a sua volta — appunto perché è reazione — si spinge molto più oltre.

Nuove dottrine politiche e sociali proclamano la completa subordinazione dell'interesse individuale a quello collettivo: condannata la teorica dei diritti innati, del contratto sociale, dello scopo eudaimonistico dello stato, da socialisti come da nazionalisti, da positivisti come da spiritualisti, si afferma la prevalenza assoluta dell'interesse sociale, per modo che i diritti dei singoli non sono che aspetti del loro dovere sociale, e, sorgono, vivono e durano solo perché e finché concorrono col vantaggio della collettività (4).

Per tal modo il ciclo concettuale è chiuso: — quella specie di moto pendolare che non alterna vicenda fa concepire lo Stato per il cittadino o il cittadino per lo Stato, è giunto al nuovo vertice: ferma rimanendo la formula della legge, lo spirito di essa si è capovolto: e la proprietà, tipico per i diritti privati di un cittadino, tende a diventare una specie di *munus publicum*, l'esercizio di una funzione sociale del detentore della ricchezza.

3. Ora è interessante vedere in qual modo, per opera di quale processo di trasformazione e fino a qual punto si stia attuando nel campo concreto dei rapporti giuridici il nuovo orientamento sociale.

(4) Per la formulazione di tale dottrina cfr. per tutti LÉON DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, specialmente pag. 147 e segg., VI conferenza che reca per titolo « La propriété fonction sociale »; V. altresì gli autori ivi citati.

Il primo elemento del diritto di proprietà che fu travolto dal nuovo indirizzo, si è il cosiddetto *ius abutendi* (5).

Questa facoltà di disporre della cosa nel modo più assoluto era il naturale corollario del concetto individualistico: lo Stato levava una barriera intorno alla cosa, per lasciare che rispetto ad essa ciascun proprietario *fosse libero*: e ciò perché il cittadino abdicando al potere sovrano, che gli derivava dalla natura stessa, a favore della collettività organizzata a Stato, aveva posto a condizione del *contratto sociale* la riserva di un campo esclusivo alla sua libertà: i beni privati. In questo campo egli era sovrano assoluto: gli spettavano tutti i diritti, era libero da ogni dovere. Il concetto stesso di abuso del diritto era pertanto inconcepibile rispetto ad un tale dominio. Ed inconcepibile rimane per ogni fedele seguace della scuola liberale: ancora il classico trattato di Paolo Leroy Beaulieu proclama la necessità del *ius abutendi*: « è necessario — scrive l’illustre economista — che la proprietà conferisca non meno il diritto di abusare che il diritto di usare. Certo dal punto di vista morale il diritto di abusare è di troppo; ma dal punto di vista strettamente legale esso è indispensabile: senza di esso la proprietà diventerebbe *condizionale*, soggetta ad ogni momento dell’arbitrario, ai pregiudizi, all’intervento più o meno ignorante e inframmettente delle autorità pubbliche » (6).

Ma questo pensiero che è necessario per chi ritenga col Leroy Beaulieu che tutto il moto del progresso consiste « nell’affrancazione della persona umana col sempre più estendere e precisare la proprietà privata » (7) appare assurdo invece a chi consideri la proprietà solo o prevalentemente come una funzione sociale, come il compito specifico che deve essere assolto dal detentore della ricchezza per il maggior vantaggio della collettività (8).

Chi così pensi non può non trovare legittimo invece il sindacato sul modo nel quale i singoli proprietari si giovano del loro diritto. La

(5) Sulle origini di questa espressione del correlativo concetto, e in generale su tutte le questioni che vi si ottengono, si confronti per tutti il BRUGI, *Della proprietà*, Torino, Utet, 1918, capo I, e gli autori ivi citati.

(6) PAOLO LEROY BEAULIEU, *Trattato di economia politica*, vol. I, capo II della Parte II, in Biblioteca dell’Economista.

(7) *Ibid.*, pag. 356.

(8) DUGUIT, *Loc. cit.*

barriera è levata intorno ai beni non più per garantire la libertà dei singoli; ma la migliore utilizzazione della cosa: chi non collabora a questo scopo non merita la tutela della legge.

Da questo concetto si esprime un duplice movimento: giurisprudenziale e legislativo, rivolto alla soppressione del *ius abutendi*. Ormai mentre può dirsi dominante in modo assoluto, in tutti i paesi di ceppo latino, la giurisprudenza che nega ogni tutela giuridica all'abuso del diritto di proprietà e reprime gli atti emulativi condannando al risarcimento dei danni quel proprietario che del suo diritto si valga soltanto in odio altrui ⁽⁹⁾, mentre le nuove codificazioni hanno cristallizzato questi principi nella legge scritta — come ad esempio in Germania ⁽¹⁰⁾, — anche tra noi una serie di leggi ormai numerosissima ha cercato di coordinare l'uso privato dei beni agli interessi pubblici prevalenti.

E ciò, si badi, non soltanto *limitando*, comprimendo per così dire, l'elasticità del dominio, ma altresì riformandolo profondamente, facendolo cioè fonte di veri e propri *doveri positivi*, rispetto all'utilizzazione delle cose. Il dovere sociale del proprietario, dianzi fondato essenzialmente su concetti morali e tradizionali, sta convertendosi in dovere giuridico ⁽¹¹⁾ per modo tale che la proprietà è oggi, forse più che un diritto, un centro onde si irraggiano infiniti doveri.

Ogni interesse sociale: igienico, agricolo, estetico, fiscale, ecc. ha avuto la sua espressione concreta in limitazioni della proprietà: e leggi e regolamenti in numero infinito, che oggi la dottrina del diritto amministrativo tenta di raggruppare e coordinare a sistema, ci dicono quali e quanti nuovi doveri siano stati accollati al proprietario, per la tutela delle foreste o della vite, dell'igiene nelle risaie o del monopolio dei tabacchi, della sicurezza pubblica o della bellezza delle nostre strade, dell'approvvigionamento dei cittadini o dell'alloggio ai senza tetto, e così via.

E già da tempo i partiti politici cercano di determinare un grande movimento dell'opinione pubblica perché accanto al diritto di possedere sia posto, a carico del proprietario di terre, il dovere di coltivar bene. Tanta è la suggestione, che ad essi pare già raggiunta questa

⁽⁹⁾ Cfr. BRUGI, op. cit., § 24, vol. I.

⁽¹⁰⁾ Cfr. § 226 del B.G.B.

⁽¹¹⁾ Cfr. il mio *Possesso dei diritti*, Roma, Athenaeum, 1915, pag. 299.

trasformazione della proprietà, e vien fatto di leggere non senza ragione di profonda meditazione in chi sente fluire sotto l’apparente immobilità il perpetuo corso del diritto, frasi come questa del Corradini: « possessore inerte tanta terra distrugge quanta ne occupa senza farla produrre. E contro i distruttori sta la legge » (12).

Non ancora, amico Corradini, specie nel 1914, quando tu scrivevi: ma pare quasi vedere in germe nel tuo pensiero la legislazione di guerra sulla coltivazione dei fondi, sull’uso delle derrate, delle merci e delle case, ed esso suona come una profezia, quando si pensi che la Camera dei Deputati ha approvato una legge sulla espropriazione del latifondo, irrazionalmente coltivato.

È chiaro, dunque, che il movimento di riforma della proprietà non si è fermato alla soppressione del *ius abutendi*: esso va oltre, e mira a controllare l’impiego che della cosa posseduta fa il proprietario, ed a costringerlo ad un uso di essa corrispondente all’interesse collettivo.

4. Ora se a questo movimento voglia darsi una definizione giuridica, cogliendone il momento più precisamente tecnico, io non saprei come meglio definirlo che una tendenza a trasportare lo scopo sociale della proprietà nel contenuto del diritto stesso (13).

È questa una rivoluzione assai più profonda che non sembri del diritto di proprietà. Questo sempre, dall’ordinamento quiritario a quello Napoleonico, e nostro, fu concepito come astratto dalle finalità sociali dei legislatori: esso fu sempre soltanto rapporto giuridico puro, potere che, dato ad uno scopo poteva servire a qualunque altro intento. Opera della legge il limitarlo e determinarlo per modo che non potesse essere sviato a scopo antisociale; ma nell’ambito della legge stessa libero strumento al cittadino per i suoi fini privati. Un abuso poteva suggerire una riforma per l’avvenire, non già una limitazione attuale alla chiara portata della legge.

Con la riforma, invece, che le nuove leggi sociali e la prassi giurisprudenziale in materia di abuso del diritto progressivamente

(12) ENRICO CORRADINI, *Il nazionalismo italiano*, Milano, 1914, pag. 219.

(13) Cfr. sullo scopo della norma giuridica, come elemento estraneo (finora) al contenuto del rapporto giuridico concreto THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, Bohrlau, 1878, pag. 205; ed anche pag. 322 e segg.

vanno introducendo nel nostro istituto, il rapporto giuridico di proprietà accoglie in sé un nuovo elemento, sociale ed economico, che ne condiziona la efficacia: la tutela giuridica vuol essere concessa non già senz'altro a chi è investito del dominio, ma a chi, essendone investito, lo sfrutta in modo concorrente all'interesse generale ⁽¹⁴⁾. Lo sfruttamento antisociale non è difeso, anzi esso tende a rendere caduco l'intero rapporto giuridico di proprietà. Tutte le proprietà nuove, tutti i nuovi diritti, in generale, che si vennero costituendo e regolando, sotto l'influenza dei nuovi principi recano la traccia di tale condizionalità: chi non si vale, entro un dato tempo, dei poteri accordatigli rispetto ad un bene in modo da recar vantaggio alla collettività, è spogliato dei poteri stessi. In questo senso è regolata la proprietà sui beni immateriali: la legge consente bensì il diritto esclusivo all'inventore di sfruttare il proprio brevetto per un certo tempo, ma pone a condizione del divieto a tutti di goderne essi pure, la effettiva utilizzazione per parte del titolare. Solo se l'apparecchio brevettato viene fabbricato e sfruttato vi è un vantaggio sociale ed è giusta la difesa; ma se l'inventore non sa esso stesso, coi suoi mezzi, con la sua iniziativa, con la sua volontà giovare — ed insieme giovare a tutti — del nuovo bene scoperto, allora egli perde ogni diritto sopra di esso, e la sua invenzione diventa di dominio pubblico.

La legislazione moderna è satura di questo principio, che sostanzialmente viene a spronare, a sollecitare l'iniziativa privata: si pensi alle concessioni di diritto d'acque secondo il decreto Bonomi, subordinate non solo all'impiego; ma al migliore impiego; alle concessioni minerarie, alle stesse attribuzioni *ad honorem* di uffici pubblici ⁽¹⁵⁾. È, in fondo, la *morale del possesso produttivo* — come

⁽¹⁴⁾ Sembra che la Russia dei Soviet stia per codificare in modo assoluto questo principio. Il primo articolo del nuovo codice civile russo, sarebbe, secondo il progetto pubblicato dal Consiglio esecutivo centrale, il seguente: «*I diritti civili sono garantiti dalla legge, salvo il caso in cui di questo diritto sia fatto un uso contrario ai fini sociali ed economici per i quali i diritti stessi vengono concessi*».

⁽¹⁵⁾ Cfr., ad esempio, art. 77 Reg. Gen. Universitario 9 agosto 1910: «*il libero docente perde tale qualità se per cinque anni consecutivi non l'abbia esercitata*».

la chiamarono i nazionalisti ⁽¹⁶⁾ — che gradualmente si converte in norma giuridica positiva, o che agisca direttamente, come vedemmo, condizionando la difesa giuridica al raggiungimento degli scopi sociali, o indirettamente, creando interessi marginali che inducono ad un godimento del diritto corrispondente all’interesse collettivo: si pensi, come esempio, all’imposta sulle aree fabbricabili.

5. Un bene o un male? Arduo e temerario giudicare la storia. Ma lecito, però, cogliere e precisare gli effetti vari, che sotto diverso profilo, la nuova tendenza produce. Essa è senza dubbio l’espressione di un nobile, altissimo intento: si vuol moralizzare il dominio, renderne l’impiego rispondente non già al cieco egoismo individuale, ma alla superiore armonia dell’interesse collettivo; si vuole impedire che ricchezze possibili si disperdano per capriccio di uomini ricchi od insensati, si vogliono raccogliere in fascio tutte le forze produttive per il miglior benessere sociale.

Ma qualche dubbio può formularsi sull’attitudine del mezzo scelto per raggiungere il nobile scopo.

La intrusione nel rapporto giuridico di elementi etici ed economici segna anzitutto indubbiamente un regresso tecnico nello sviluppo del diritto. Già Orazio, cantando la gloria imperitura dei maestri che plasmarono il diritto romano, ricorda:

.... fuit haec sapientia quondam:
publica privatis secernere sacra profanis.

Ora il nuovo orientamento, invece, consiste tutto nel porre il raggiungimento di uno scopo di diritto pubblico come condizione per la tutela del diritto privato; nel determinare una finalità, che è tutta sublimata da un senso di superiore moralità sociale, al godimento ed alla conservazione di un diritto privato. Si ritorna a quella confusione dei vari principi sociali — economia, religione, morale, diritto — che fu vanto di una secolare elaborazione avere distinto e quasi contrapposto.

⁽¹⁶⁾ Cfr. *Il nazionalismo economico*, Relazioni al III Congresso dell’Associazione nazionalista; III, *La politica agraria* di GUIDO ALESSANDRETTI, Capitolo I: *La morale del possesso produttivo*, pag. 87 e segg.

Ma oltre a ciò la nuova tendenza porta in sé i germi — ed i segni già si son fatti vedere — di un grave pericolo sociale. Viene fatto di chiederci: dove si arresterà? Accolto il principio che il legislatore possa esser di guida al cittadino per il modo in cui deve impiegare il suo diritto, che leggi e regolamenti possano determinare la cultura dei campi, la struttura degli stabilimenti, la misura delle pigioni ecc., quale mai libertà sarà riservata al proprietario?

Ora una limitazione soffocante alla libertà giuridica dei cittadini è estremamente nociva per lo stesso ordine pubblico.

Chi vuole veramente inalveare un fiume ed impedirne gli straripamenti non può e non deve erigere gli argini sul margine che il fiume consuetamente lambe.

La prima piena li travolgerà e le campagne saranno inondate. Ora il diritto altro non è se non il sistema di limiti che vogliono porsi, e devono porsi, ai singoli per il supremo bene di tutti.

Se questi limiti vengono posti troppo a ridosso, se essi vogliono seguire nella sua attività concreta più contingente l'individuo, questi fatalmente sarà costretto a superarli. E spesso già non a torto. Ché la regolamentazione legislativa dell'attività economica è *a priori* insopportabile: essa o si attiene alla cristallizzazione, all'irrigidimento della pratica secolare, ed allora uccide ogni progresso e si risolve in un vero e proprio danno sociale; o segue vie nuove e nuovi processi ed allora è un poco l'esperimento in corpore vili cui i singoli si ribellano. In una guisa od in altra il tentativo di determinare analiticamente il modo di impiegare i beni privati è destinato almeno parzialmente a fallire. Ed allora si verifica un fatto già oggi assai frequente: leggi solennemente emanate, sanzioni severamente minacciate, non vengono praticamente tradotte in atto. Or bene nulla è più deleterio per la compagine sociale che questa coscienza che si diffonde nel popolo della possibilità pratica di superare la legge. Questa, che regge solo in quanto è consenso universale, che ha la sua maggior forza nel valore suggestivo che emana, viene minata ai fondamenti, nel suo insieme, se non si attua inflessibilmente, sempre. Creare leggi inattuabili e destinate alla inosservanza quasi generale, è assai più che fare un atto inutile: è indebolire l'autorità dello Stato, diffondere lo scetticismo sulla bontà delle istituzioni, legittimare l'arbitrio privato. Forse l'attuale disordine sociale non trova la sua ultima fonte nella caotica legislazione di guerra che non fu mai

possibile fare osservare: in essa è un poco la radice della indignazione popolare contro coloro che non obbediscono alla legge, e insieme la istigazione a che a sua volta ciascuno le disobbedisca.

Il vecchio e saggio insegnamento: poche leggi ma buone, è da gran tempo dimenticato: e può accadere che per fini nobilissimi si raggiungano forse — per difetto di tecnicismo — effetti che con detti fini nettamente contrastano.

E sotto un altro aspetto poi ci pare anche pericoloso il nuovo indirizzo: esso uccide i germi fecondi della libertà giuridica, senza alcuna necessità; esso coordina la legislazione piuttosto a fatti ed interessi che sono eccezionali ed abnormi, in luogo di tener conto di ciò che è la normalità dei casi: non si può legiferare negativamente, cioè soltanto, per evitare inconvenienti e danni eccezionali, senza inceppare in modo insopportabile la esplicazione normale dell’attività dei singoli. Non bisogna dimenticare che il diritto di proprietà schiettamente individualista ha consentito, proprio nel momento della sua affermazione più assoluta, il maggior sviluppo economico che mai civiltà abbia vantato, e ciò perché, sebbene potenzialmente potesse aberrare e mettersi in contrasto con l’interesse collettivo, sostanzialmente si trovava e si trova in univoca rispondenza con esso: il vantaggio individuale del proprietario coincide normalmente col vantaggio sociale, e forse anche dove l’impiego dei beni sembra allontanarsene gli è prossimo assai più che non creda il superficialismo critico che vi si oppone. La questione del latifondo e delle così dette terre incolte, ad esempio, è forse ancora una questione tecnica più che una questione giuridica in Italia.

Ma in ogni modo vi è un bene politico, sacro e fecondo, per cui secolari battaglie sociali furono combattute e vinte, che va conservato e difeso, e che trova nella proprietà appunto la sua esplicazione più concreta: la libertà. Poter godere, disporre delle cose proprie accumulate col risparmio, fecondate col lavoro, consacrate al bene della famiglia e dei figli, era ed è la suprema garanzia che i cittadini domandassero allo Stato rispetto ai beni ed insieme era ed è la molla più forte che li spingeva e li spinge a produrre.

Altri ideali, altri sogni, e soprattutto uno spirito critico ed ironico che inacidisce la miglior linfa della nostra vita sociale, hanno obliterato quelli che i martiri del nostro risorgimento chiamavano ancora i sacri principi dell’89; ed un mal concepito desiderio di

rafforzar lo Stato, lo soffoca nella sua forza viva, nel suo fermento creatore: l'individuo. Ancora due anni or sono sembrava che la invasione del diritto pubblico nel campo privato, l'asservimento completo dell'individuo al dispotismo governativo che imperversava sotto la forma dei decreti legge, continuamente emanati in vista di pretesi interessi pubblici i quali spesso non erano che più o meno colossali interessi privati, stesse per trionfare in modo assoluto.

Oggi un nuovo risveglio delle giovani forze liberali fa ritenere che l'evoluzione reattiva all'individualismo eccessivo della Rivoluzione Francese abbia superato il suo maggiore sviluppo e stia declinando, per lasciare il posto ad una superiore armonia tra il bene pubblico ed il privato: l'uomo, l'individuo, il cittadino nuovamente riafferma le ragioni economiche e politiche della sua libertà ed i programmi dei nuovi partiti — dal popolare al fascista — concordemente invocano restrizioni all'invadenza statale, ripristino della libertà individuale.

Che se essa può certo, di sua natura, trasmodare in licenza non per questo timore di danno è lecito sopprimerla: ne è conveniente affidare solo al diritto, che è, come si disse, limite, ed ha quindi una funzione essenzialmente negativa ed indiretta, il compito di indirizzare l'individuo al miglior impiego dei suoi beni. Errore è l'assorbimento della morale sociale nell'ordinamento giuridico. Questo, che è strumento, domanda una guida, e tale guida non può venire che dalla morale sociale, dal sentimento collettivo di ammirazione per chi fa bene, di disprezzo per chi abusa del suo dominio; dalla rinnovata coscienza dei doveri sociali del proprietario. Se mi fosse concesso di paragonare il fatale andare della civiltà verso sempre nuovi progressi al moto di una macchina inerte, direi che la forza viva le viene dal perpetuo fermento che gli individui determinano nel vivere sociale, che il diritto rappresenta di tali forze vive il freno che consente di moderarle e guidarle e sfruttarle utilmente, ma la mente che di tal freno si giova e che di necessità gli sta fuori e lo supera, è la morale sociale, il sentimento collettivo che deve per il bene comune essere tenuto distinto e quasi contrapposto al diritto, se non si voglia ridurre la vita umana ad un automatismo servile. La libertà ha pericoli, minaccia inconvenienti, va limitata e contenuta: ma dove sia posto il dilemma: conservarla o sopprimerla, non vi è

altra risposta che la classica affermazione liberale: *malo periculosam libertatem*.

6. Di quella proprietà perpetua ed assoluta, dunque, che, campo esclusivo alla libertà soggettiva, permetteva di usare e di abusare delle cose soggette al dominio e di perseguirle sempre e dovunque presso il ramo certo meno vivo — lo *ius abutendi* — aggiungendo inoltre al contenuto sol negativo del dominio una serie considerevole di doveri a carico del proprietario che erano ignoti o quasi all’originario istituto giuridico: la proprietà cessa di essere semplicemente la legittimazione attiva dell’azione in rivendicazione, e diventa altresì legittimazione passiva di numerose pretese private e pubbliche: funzione sociale, dunque, diritto condizionato a doveri, doveri in retribuzione dell’interesse difeso.

Analoga a questa modificazione, dovuta alla mutata concezione politica della proprietà, altra se ne delinea, in rapporto al mutamento che si è verificato nella considerazione *economica* della proprietà stessa. Anche rispetto a questo punto il nostro codice appare una fedele espressione dei concetti romanistici: la decisa volontà del legislatore di richiamarsi ad essi, ed anche una certa rispondenza tra il pensiero economico fisiocratico, dominante sullo scorcio del secolo XVIII e l’economia romana del basso Impero, determinarono un organamento giuridico della proprietà essenzialmente fondiario e statico. Di tutte le cose, oggetto possibile di dominio, quella di gran lunga più considerata è il fondo rustico; come bene essenzialmente destinato ad essere coltivato, a fruttificare, ad arricchire, quindi, il paese.

La difesa giuridica è soprattutto rivolta a garantire al proprietario un mezzo di produzione, ed a temperare il dominio per modo che il proprietario, vicino non ne soffra più del bisogno. Garanzia, quindi, essenzialmente conservatrice; la proprietà è tanto più tutelata, quanto meno facilmente può essere staccata dal suo titolare attuale: di qui l’assolutezza e la perpetuità del diritto di rivendica.

Ma l’aspetto economico della proprietà — non altrimenti che quello politico — è venuto trasformandosi sensibilmente dalla Rivoluzione Francese ai giorni nostri.

Nel secolo XIX lo sviluppo economico delle industrie e dei commerci garantito appunto dal regime schiettamente individuali-

stico della proprietà e secondato dalle grandi scoperte industriali, dai più agevoli mezzi di trasporto dalle favorevoli condizioni politiche e soprattutto dalla migliore organizzazione del credito determinata dal flessibile tecnicismo giuridico, ha trasformato l'aspetto economico prevalente dei beni.

Se il proprietario romano o il proprietario degli albori del secolo XIX, riteneva tanto più vantaggiosa la sua proprietà, quanto meglio gliene era garantita la conservazione, e vedeva in essa soprattutto, e quasi esclusivamente, un mezzo di godimento; il proprietario dei giorni nostri, invece, tende a considerare nella cosa che gli spetta piuttosto il valore di scambio che quello di uso e reputa tanto più perfetto il regime giuridico del dominio, quanto più agevole e sicuro ne risulti il trasferimento.

A questa mutazione dell'interesse caratteristico che l'ordinamento giuridico mira a tutelare nel proprietario, corrisponde più o meno consapevole, una trasformazione della tutela stessa (17).

Garanzia suprema della proprietà classica è l'azione in rivendicazione, cioè la facoltà che l'ordinamento giuridico attribuisce al proprietario di pretendere che la cosa sua gli venga consegnata da chiunque se ne trovi in possesso senza esserne stato regolarmente investito dal proprietario stesso.

Il principio conservatore è posto come un assioma dal diritto romano; nessuno può trasferire ad altri un diritto che non ha. Quindi ciò che è nostro non può senza il nostro intervento esser trasferito: *id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest* (18).

Se avvenga pertanto che apparenze fallaci abbiano indotto taluno ad acquistare una cosa da chi non ne era ma soltanto sembrava proprietario, egli sarà sempre soggetto all'azione di rivendica, e con lui quanti, dopo di lui, avranno successivamente creduto di potere acquistare diritti su quella cosa: la proprietà è difesa soprattutto nel conservarla a chi, essendone stato investito, non se ne spogliò volontariamente nei modi voluti dalla legge. Della attitudine delle cose agli scambi poco ha ragione di preoccuparsi il diritto

(17) Cfr. G. VENEZIAN, *La tutela delle aspettative*, Bologna, Zanichelli.

(18) l. 11, D. 50, 17.

Giustiniano rivolto com’era essenzialmente a mantenere e conservare uno stato di cose, piuttosto che a dargli agilità e vita.

Ma trasformata la valutazione soggettiva dell’utilità dei beni per la loro destinazione allo scambio, ne deriva che il valore ne è tanto maggiore quanto meglio e con più sicurezza essi possano essere oggetto di alienazione. Si verifica pertanto un fenomeno che può sembrare paradossale: nell’interesse del proprietario — colto nel suo nuovo aspetto — è opportuno un temperamento nell’assolutezza della difesa tradizionale. Poiché nel suo aspetto dinamico la proprietà appare tanto più tecnicamente perfetta, quanto meno è garantito il permanere del rapporto costituito che possa trovarsi in contrasto con l’aspettativa dell’acquirente di buona fede, così si vengono introducendo graduali limitazioni nel diritto di rivendica. Già nello stesso Codice Civile Italiano si nota qualche progresso in questo senso, rispetto al Codice Napoleone: così più chiara ed aperta è la disposizione che attribuisce ai terzi acquirenti di buona fede la proprietà della cosa mobile da essi acquistata da chi, possedendola, ne appariva proprietario, così, soprattutto, è esplicito il riconoscimento della validità, sempre rispetto ai contraenti di buona fede (ed a titolo oneroso) delle alienazioni fatte dall’erede apparente. Ma questi ed altri casi (che genialmente primo raccolse a sistema il mio indimenticabile maestro, in cui profondità di dottrina e purezza di vita si fusero con tanta armonia che nessuno esempio ne fu maggiore, Giacomo Venezian, dico, il più immortale morto della nostra santa guerra) questi ed altri casi di acquisti *a non domino* ⁽¹⁹⁾ furon concepiti dal legislatore come stridenti eccezioni che necessità contingenti costringevano ad accogliere, e dalle quali non doveva trarsi norma.

Però chi ponga mente al regime dato alla proprietà nobiliare dal diritto commerciale, alla negata rivendica dei titoli al portatore anche se smarriti o rubati, alla tendenza palese in tutte le più recenti codificazioni a creare, con un ben congegnato sistema di pubblicità immobiliare, il presupposto a che, anche rispetto ai beni immobili, possa attuarsi una efficace tutela delle aspettative legittime dei terzi

⁽¹⁹⁾ Sugli acquisti *a non domino*, v. per una più ampia trattazione il mio *Possesso dei diritti*, Athenaeum, Roma, 1915, *passim* e, per qualche cenno bibliografico, ivi pag. 185.

di buona fede, e soprattutto alla decisa tendenza giurisprudenziale dovrà riconoscere — secondo l'autorevole insegnamento del Ferrara⁽²⁰⁾ — che questa tutela sta affermandosi come un vero e proprio principio generale nel diritto moderno.

Principio generale il quale avvia la proprietà ad ulteriori limitazioni dell'azione di rivendica; ma non già, però, come fu creduto, per attenuata sollecitudine verso il proprietario⁽²¹⁾ bensì invece, secondo la chiara intuizione del Venezian, per le necessità di adattare la difesa giuridica alla « trasformazione degli interessi che dai precedenti ordinamenti venivano assicurati »⁽²²⁾. Se la moderna struttura economica fa sì che nei beni « si vede un mezzo di scambio oltre e più che un mezzo di godimento », se « la utilità soggettiva, o il valore d'uso dei beni destinati a strumento dello scambio o del credito è tanto più grande quanto più grande è la facilità che lo scambio si compia »; se infine questa facilità « dipende dalla garanzia data alla aspettativa dell'acquisto per parte delle persone con cui lo scambio si fa », è chiaro che « il conferimento di questa garanzia e la conseguente agevolazione a che l'aspettativa si costituisca, diventa di contrario, conforme all'interesse di chi aveva i beni » e che la trasformazione della proprietà, consistente nella limitazione della facoltà di rivendica nei casi in cui siasi formata una legittima aspettativa, non indebolisce, ma rafforza il nostro istituto. È da ritenere, pertanto, che quanto è pericolosa la prima tra le tendenze modificatrici della proprietà che rilevammo, altrettanto questa può esser feconda di bene, e che è compito urgente del legislatore, con una riforma organica della pubblicità immobiliare, di determinare positivamente i presupposti e le norme per una efficace tutela delle attitudini dinamiche del diritto di proprietà.

7. Altro elemento caratteristico del diritto di proprietà che il moderno indirizzo batte in breccia si è l'attributo della perpetuità. La volontà dell'uomo apparve sempre sovrana, rispetto alle cose in proprietà, senza limite di tempo: non per un certo numero d'anni, ma per la vita ed oltre la vita il padrone può disporre delle sue cose.

⁽²⁰⁾ F. FERRARA, *La simulazione nei negozi giuridici*, Sezione II del capo VI.

⁽²¹⁾ Cfr. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. III, pag. 135.

⁽²²⁾ Cfr. VENEZIAN, loc. cit.

Non solo: ma essendo tra le facultà del proprietario anche il non uso, si ignora una *prescrizione estintiva* della proprietà: il vecchio proprietario perde bensì il suo diritto quando altri lo acquista, ma fino a tanto il dominio non si estingue: dura perpetuo e trapassa d’una in altra persona finché sussista la cosa che ne è oggetto.

Contro questa perpetuità si manifesta nel moderno ordinamento giuridico un movimento che va preso in seria considerazione: si ritiene che a giustificare l’interesse del singolo a valorizzare le cose non sia necessaria la concessione di un potere assoluto illimitato nel tempo, ma basti l’attribuzione del diritto per un dato numero di anni, o per un periodo di durata variabile, ma con limiti certi: ad esempio: la vita di una persona, o dei suoi immediati discendenti. A questo indirizzo di pensiero si deve l’ordinamento della così detta proprietà su beni immateriali. I diritti esclusivi ed assoluti concessi agli inventori ed agli autori affinché possano godere del nuovo bene da essi creato non sono concepiti come perpetui, bensì invece come limitati nel tempo. Essi durano quanto è necessario per compensare, col regime di monopolio, lo sforzo dell’autore e dell’inventore, e per stimolarli a nuove opere e nuove invenzioni. Non più. Chè, dopo un determinato periodo d’anni, più o meno lungo secondo la natura del prodotto e il reddito che può derivare dal suo sfruttamento esclusivo, la nuova proprietà si estingue, ed i beni diventano di pubblico dominio. Analogamente si mira alla costituzione di proprietà limitate nel tempo e destinate ad essere assorbite dallo Stato, col mezzo di talune concessioni amministrative.

Così il citato decreto sulle acque pubbliche, mentre stimola l’investimento di capitali privati in nuove proprietà di manufatti e di macchine, pone come principio la limitazione nel tempo di tale proprietà che è destinata entro un determinato periodo d’anni ad estinguersi a favore dello Stato, cui spetteranno tutti i nuovi impianti idroelettrici.

Così le varie disposizioni emanate durante la guerra dal Commissariato per i combustibili nazionali miravano alla istituzione di una proprietà temporanea del sottosuolo, così infine le convenzioni ferroviarie negano il carattere di perpetuità al diritto sulla linea, che, al termine della concessione, si estingue a favore dello Stato.

L’esempio di questi numerosi ed importantissimi casi nei quali la esclusione della perpetuità dai requisiti del dominio non ha

impedito e non impedisce che esso assolva il suo supremo compito sociale di promotore ed intensificatore della produzione, hanno indotto un moderno sociologo, il Rignano, allo scopo di risolvere la questione sociale mediante la creazione di un enorme demanio dello Stato, a sostenere che l'imposta successoria dovrebbe essere congegnata in modo da assorbire interamente ed in natura, (estinguendola, quindi) ogni proprietà che duri da tre generazioni: ciascuno potrebbe disporre del prodotto del suo lavoro, ma dovrebbe morrendo abbandonare allo Stato la metà di quanto gli pervenne a titolo gratuito, ed i suoi eredi, a loro volta, dovrebbero alla morte abbandonare allo Stato l'altra metà. Così ogni diritto di proprietà cesserebbe d'essere perpetuo e verrebbe limitato al ciclo di tre generazioni: quella del suo autore, di colui cioè che col lavoro e col risparmio seppe attribuire alla propria libertà un campo esclusivo d'azione rispetto ai beni, e le due successive: al termine la proprietà privata si estinguerebbe e diventerebbe demanio pubblico⁽²³⁾. Non è qui il luogo di giudicare la progettata riforma, né di esporre le molte critiche che ha sollevato, e le repliche che il Rignano vi ha opposto in una tenace polemica che dura da oltre un ventennio: è chiaro che essa regge solo quando se ne accetti il presupposto cioè la necessità di collettivizzare la proprietà, mediante un ben congegnato riformismo, e che quindi la discussione di essa non può essere posta che sul terreno politico, dal quale vogliamo invece e dobbiamo in quest'aula risolutamente tenerci discosti.

Basti avervi accennato, allo scopo di mostrare come un altro dei requisiti giuridici essenziali della proprietà — la perpetuità — non solo sia già stato parzialmente, in casi determinati, ma di grande importanza, superato e travolto ma tenda ad essere combattuto in via assoluta, sia nell'interesse di moderne dottrine politiche, sia in quello del fisco.

Interesse quest'ultimo che, sebbene indirettamente ed inconsciamente, non è a sua volta piccola causa di effetti giuridici riflessi sul diritto di proprietà.

(23) Cfr. EUGENIO RIGNANO, *Di un socialismo in accordo colla dottrina economica liberale*, Torino, Bocca, 1901; ed i vari scritti polemici raccolti nel volumetto, dello stesso Rignano, *Per una riforma socialista del diritto successorio*, Bologna, Zanichelli, 1920.

8. Le leggi fiscali non sogliono essere considerate come parte integrante dell’ordinamento giuridico civilistico; esse operano — si ritiene — fuori del nostro campo, a scopi diversi, senza ledere i principi del sistema. Ma si dimentica che il diritto è essenzialmente sanzione, coazione; e spesso e meglio, sanzione indiretta, minaccia di un danno eventuale che induca l’agente ad evitare il fatto cui è connessa, che costituisca quel valore marginale che, ipotizzato dal soggetto, diverge la sua volontà dall’atto che il legislatore non vuole, verso quello che esso vorrebbe.

Ora fatalmente le leggi fiscali — anche senza volerlo — operano coattivamente in senso privatistico; esse influiscono, come tanti argini, sull’azione del cittadino, il quale — per stare nel nostro campo — è costretto — per esempio — a limitare gli atti di disposizione tra vivi onde evitare il peso ingente dei balzelli che essi portano con sé. Il nostro Codice di Commercio, con ardita innovazione, pose anche gli immobili come oggetto dell’attività mercantile, ben comprendendo che lo scambio agevole dei beni è utile alla società, facilitando il loro pervenire a coloro che più sono adatti ad utilizzarli intensivamente con generale vantaggio.

Ma il commercio degli immobili ostacolato dalla elevatissima aliquota della tassa sugli affari. Vero è che esso si svolge ugualmente, mercè l’inganno che ogni legge vessatoria suol suggerire, e che, praticamente, gli scambi si seguono col mezzo occulto, e quasi sol fiduciario, di successivi contratti preliminari, e si concretano in un atto formale solo quando hanno raggiunto la persona che effettivamente vuol conservare il fondo, ma non perciò minore è il danno sociale che per altre vie si verifica. Chè mentre in tal modo una parte non certo trascurabile dei rapporti economici si svolge e si attua almeno parzialmente fuori della tutela del diritto e l’ordinamento giuridico fallisce quindi il suo scopo (che è quello appunto di regolare effettivamente e sancire e difendere gli interessi legittimi, non già di escluderli dalla sua tutela lasciando che essi la cerchino e la ritrovino in altre norme, convenzionali o morali); riappare il fenomeno della inosservanza della legge, che, come rilevammo, mina alla sua base l’intero edificio del diritto positivo.

Né la legge fiscale si limita a comprimere indirettamente quel *potere di disporre* che il concetto privatistico di proprietà vorrebbe apertissimo: essa va assai, più oltre, e lo mutila forse non meno che

il progetto Rignano vorrebbe, solo in modo assai più grossolano e senza preoccupazione alcuna del danno enorme che può recare.

La misura attuale dell'imposta successoria determina, non in natura ma in valore, una vera e propria *riserva legittima* a favore dello Stato. Questo, che già per la riforma del 1916 è l'erede del *de cuius* ove egli non lasci testamento e parenti oltre il sesto grado, in ogni caso è legatario necessario di una quota altissima dei beni ereditari. Il cittadino, che lavora e risparmia, mentre riceve solenne affidamento dalla legge civile di essere libero di disporre dei suoi beni per causa di morte, (entro l'ambito delle norme dettate a garanzia della famiglia) trova poi che le disposizioni fiscali gli falchiano gran parte della ricchezza accumulata e conservata: la disponibilità si rivela tutta teorica e quasi ironica, perché concretamente il potere di disporre dei beni per causa di morte viene ridotto talvolta anche più che lo stesso Rignano non vagheggi. Solo mentre la riforma che vuol rendere temporaneo il diritto di proprietà è cosciente del suo ardimento e dei pericoli che porta in sé, e si preoccupa, quindi, di ricercare il modo di non paralizzare del tutto quel mezzo perfetto per l'incremento della ricchezza che è il privato dominio, il fiscalismo puro della nostra legge, che cerca soltanto di raccogliere a qualunque costo il denaro necessario per riempire le esauste casse dello Stato, dimentica che soltanto chi sa di potere effettivamente disporre dei suoi beni oltre la vita continua a migliorarli, a profondervi spese e lavoro, a seminarvi e coltivarvi *quod altero seculo prosit*; e non si avvede che in tal modo inaridisce la fonte stessa della produzione, e non coglie un fiore, ma distrugge una pianta.

9. Lungo discorso importerebbe ancora l'esame delle trasformazioni oggettive del dominio, ed altro anche più ampio reclamerebbe lo studio di quel moderno indirizzo che tende a modificare soggettivamente il diritto di proprietà, spostandone la pertinenza dall'individuo a collettività più o meno ampie. Basti accennarvi per rilevare come questo indirizzo segna uno dei più caratteristici esempi di invadenza del fattore dottrinale nella creazione di istituti giuridici e dimostra quanto si illuda il legislatore che crede di essere l'artefice del diritto: egli può e deve coglierlo e fissarlo quale si è venuto formando nella coscienza giuridica del popolo *rebus ipsis dictantibus*

et necessitate exigente: sterile e vuota è invece la norma che egli esprima soltanto dal suo cervello. Il fallimento della politica delle cooperative sta per gran parte in questa inversione cronologica del suo fondamento giuridico: si sono create le leggi prima che una coscienza cooperativistica si fosse formata e saldamente fissata nel popolo.

Il movimento non è morto: riprenderà. La condanna fu pronunciata contro le false cooperative, orientate verso lo sfruttamento dello Stato, e organizzate con burocratica pesantezza, non contro il principio, veramente vitale: ma conviene prima che una predicazione lunga e paziente determini il reale formarsi di un popolo di collaboratori, cui senza troppo grave rischio sociale possa affidarsi la gestione della proprietà. Proprietà che pur nei mutamenti subiti, nelle deformazioni tal volta assurde che aberranti concezioni giuridiche e fiscali hanno determinato, nel suo ambiguo atteggiamento di funzione sociale e di garanzia individuale della libertà economica, rimane sempre la chiave di volta del nostro edificio sociale, che non si tocca senza grave pericolo per l'edificio intero. Istituto mirabile, concepito con tanto squisito magistero tecnico da consentirne lo sviluppo più vario, l'adattamento più flessibile alle mutabili esigenze politiche, economiche, filosofiche, il diritto di proprietà rappresenta senza dubbio il primo fattore del fiorente sviluppo della moderna economia: conservarlo, difenderlo, rafforzarlo significa garantire alla società il più perfetto strumento che un'elaborazione secolare abbia creato per promuovere le iniziative dell'individuo e per coordinarle al supremo bene di tutti.

DIRITTO DI PROPRIETÀ E DISCIPLINA DELLA PRODUZIONE

1. Fondamento oggettivo della ricerca. — 2. Varie norme che regolano la spettanza e il godimento dei beni: disciplina di diritto privato, disciplina amministrativa, disciplina corporativa. Effetti riflessi sul sistema del diritto privato. — 3. I beni e l'interesse pubblico. — 4. Le forme giuridiche della disciplina sociale delle cose. Demanio. Difesa penale dell'economia. Polizia delle cose. — 5. Intervento amministrativo: demanialità indiretta. — 6. Coordinamento dei beni e disciplina della produzione. — 7. Classificazione delle forme in cui si manifesta l'interesse pubblico nella disciplina dei beni. — 8. Il diritto di proprietà individuale sui beni così disciplinati: suo duplice profilo: interno ed esterno. L'aspetto esterno: *a)* privato. — 9. Il diritto pubblico soggettivo alla libertà sulle cose. Sua obliterazione: il diritto di proprietà, come diritto subiettivo, è rientrato interamente nel campo del diritto privato. — 10. Proprietà individuale e collettiva. — 11. L'aspetto interno del diritto di proprietà: poteri sulle cose. Limitazioni, obblighi ed oneri che sorgono dalla cosa e seguono la cosa. — 12. Ma non sempre il proprietario. Varie attività rilevanti sulla cosa e disciplina autonoma e concorrente di ciascuna. — 13. Rilevanza dogmatica: la proprietà romana e la *gewere*; il dominio eminente e il dominio utile. Il possesso nel sistema dei rapporti da cose. — 14. La disciplina corporativa dei beni non ha per destinatario il proprietario, ma il produttore, l'imprenditore. — 15. Riflessi giuridici, economici e politici della disciplina indiretta della proprietà nell'azienda: l'azienda e la proprietà degli elementi che la compongono. La disciplina separata e concorrente dei beni nella loro statica e nella loro dinamica. La posizione del lavoro di fronte al capitale nell'azienda. — 16. La pressione politica perché il proprietario assuma o mantenga la funzione di imprenditore, cioè di produttore in atto. La esigua posizione fatta al nudo proprietario nell'organizzazione sindacale e corporativa. — 17. Il proprietario come produttore in potenza. — 18. La proprietà funzione sociale: duplice fondamento del diritto di proprietà individuale: la proprietà come integrazione della personalità umana e come fatto economico. — 19. Differenziazione delle cose secondo le loro attitudini a soddisfare una od altra esigenza: la spettanza di beni produttivi rilevanti socialmente come legittimazione passiva a pubblici doveri. — 20. Il problema degli effetti riflessi dei doveri pubblici nel diritto privato: se e quando l'interesse dei singoli privati si concreti in diritti subiettivi. — 21. La facoltà del proprietario come potere discrezionale: la figura dell'eccesso e dello sviamento di potere nel diritto privato. — 22. La tutela degli interessi legittimi nel diritto privato e la funzione dell'articolo 1151 c.c. — 23. L'organizzazione giuridica delle cose, come mezzo per la penetrazione dell'elemento sociale nel diritto privato. — 24. Il potere di disporre sotto il profilo della disciplina dei beni. Suoi aspetti subiettivi ed obiettivi. — 25. La circolazione giuridica

sotto il profilo dei singoli beni: principi generali diversi. — 26. Conclusioni: la ricerca del punto di equilibrio tra attività sociale e potere individuale. La funzione integratrice della disciplina corporativa.

1. *Fondamento oggettivo della ricerca.*

In questa Relazione, assolvendo all’incarico, estremamente lusinghiero, e del tutto inadeguato al mio merito, di proporre al Congresso di diritto agrario le basi per la discussione sul diritto di proprietà e sulla disciplina della produzione, volutamente, rivolgendomi da giurista a giuristi, ho omesso ogni ingombrante elemento informativo, e non ho neppure richiamato i presupposti dogmatici, ben noti, dai quali volta a volta ho preso lo spunto.

Ho, inoltre, volutamente, pretermesso quegli aspetti, anche relativamente nuovi, del nostro tema, sui quali io stesso, od altri avesse già espressamente e particolarmente richiamata l’attenzione degli studiosi.

Ho cercato, in altri termini, di partire dall’altrui e dal mio stesso precedente punto di arrivo, allo scopo di procedere avanti in una indagine che, se dal punto di vista storico, economico, sociale e politico ha già dato fecondi e vasti risultati, rimane ancora piena di difficoltà e di promesse sotto il profilo prettamente giuridico.

Ho, infine, considerato il mio tema prevalentemente sotto il profilo delle *cose* , oggetto del diritto di proprietà e della disciplina della produzione: profilo piuttosto inusitato, sebbene legittimo, anche perché conforme all’ordine logico del codice, che intitolando il libro II “dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni” pone, appunto come fondamentale al sistema positivo la considerazione dei beni.

D’altronde già in passato ho avuto occasione di affermare che il diritto privato patrimoniale, quale emerge dalla dottrina giuridica dominante, non sembra corrispondere adeguatamente al complesso dei rapporti concreti che intende disciplinare. Ho allora rilevato come il profilo essenzialmente *subiettivo*, che ne costituisce la caratteristica dogmatica, sia in contrasto così con la coscienza giuridica comune, come con le esigenze tecniche della disciplina dei beni secondo il nuovo indirizzo economico, sociale e politico.

Non più dominante appare lo scopo di disciplinare la libertà dei

cittadini per l'armonia della vita sociale, non più i beni sono considerati soltanto come oggetto dell'attività del singolo, in quanto questi possa usarne, goderne, disporne; bensì, invece, affermandosi come base dell'organizzazione sociale il dato economico, sono i *beni* che si mettono in primo piano: è la loro utilizzazione, la loro destinazione, la loro organizzazione che appare *immediato* oggetto della disciplina giuridica, talché essi si pongono logicamente come un *prius* rispetto al cittadino, cui spettano.

Scrissi in quella occasione: "L'ordinamento giuridico privato patrimoniale, incardinato sulla base essenziale del diritto soggettivo è oggi un anacronismo: perciò è visibilmente minato da manifeste forze disgregatrici.

Da ogni parte si tende a creare nuovi ordinamenti autonomi patrimoniali strappandoli dai codici. Non più solo il diritto commerciale, ma il diritto marittimo, il diritto agrario, il diritto industriale, il diritto aereo, il diritto minerario, e molte altre discipline reclamano l'autonomia, vogliono il proprio codice.

Il sistema del diritto privato tende a dissolversi; ma soltanto per ricomporsi sopra un'altra base. Infatti tutte le discipline nuove che intendono sfuggire alla legge generale del diritto privato, che affermano la loro repugnanza a mantenersi sotto quel sistema, che reclamano la loro autonoma ragione di vita, hanno una base essenzialmente *oggettiva*: non si occupano tanto 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 primariamente vuole la sua regola: il diritto privato 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*: poiché "l'iniziativa privata nel campo della produzione è lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione — così mirabilmente la Carta del Lavoro — la proprietà rimane come fondamento del regime patrimoniale. Ma una proprietà trasformata, una proprietà non più espressione di egoismo individuale, bensì, invece, alta e benefica funzione sociale".

Ora è di questa proprietà, incardinata sui beni, che intendo porre in luce alcuni aspetti che possano servire di base ad una proficua disamina del Congresso.

2. *Varie norme che regolano la spettanza e il godimento dei beni: disciplina di diritto privato, disciplina amministrativa, disciplina corporativa. Effetti riflessi sul sistema del diritto privato.*

Concorrono, nel nostro ordinamento giuridico, vari gruppi di norme rivolte a disciplinare la spettanza e il godimento dei beni. Tali norme vanno bensì tenute distinte per la varietà degli scopi e la diversità della struttura giuridica, ma vanno altresì coordinate tra loro, e complessivamente considerate quando si voglia avere una visione unitaria della proprietà privata e della disciplina giuridica della produzione.

Chi ben consideri rileverà come accanto ed oltre al sistema di norme di diritto privato che disciplinano immediatamente la *proprietà individuale*, attribuendo ai singoli il dominio di beni particolari, si affermi in modo sempre più intenso una *disciplina amministrativa dei beni*, che, prescindendo dalla appartenenza di essi, ed in ragione sia dei pericoli sociali che la loro spettanza o il loro uso presenta, sia della utilità generale che ai beni stessi è connessa si estrinseca in una massa di norme di diritto pubblico, che ne regola l'uso e la conservazione.

Inoltre il Fascismo, considerando risolutamente la funzione produttiva come uno degli interessi fondamentali dello Stato, ha concretato, con l'*ordinamento corporativo*, una ulteriore disciplina dei beni, considerandoli in funzione dell'azienda, nel loro aspetto dinamico.

La dogmatica della proprietà privata ha finora considerato, muovendo dal punto di vista subiettivo, le norme amministrative, e le nuove norme corporative essenzialmente come *limitazioni della proprietà*; non ad alterarne la struttura tecnica.

Penso, invece, che un più attento esame della disciplina pubblicistica delle cose possa rivelare notevoli mutamenti altresì rispetto al sistema dei rapporti che hanno per oggetto i beni nel diritto privato.

3. *I beni e l'interesse pubblico.*

Non vi sono beni indifferenti allo Stato. La *proprietà privata* si contrappone alla *proprietà collettiva*, nel senso che essa esclude il

concorso attivo del gruppo nello sfruttamento dei beni; ed affida le cose a singoli soggetti, sia perché il dominio sulle cose è una estrinsecazione ed integrazione della personalità umana — “la proprietà privata completa la personalità umana” (Benito Mussolini) — sia perché la progressiva intensificazione della produzione porta storicamente ed economicamente allo sfruttamento individuale dei beni. Ma le cose rappresentano pur sempre, anche in mano ai privati, elementi di estrema rilevanza sociale, ciascuno nella sua specie, sia per i pericoli che per i vantaggi che presenta: i beni, infatti, rappresentano il mezzo di vita del gruppo, ed il territorio un elemento integratore della stessa nozione di Stato.

Pertanto sempre e dovunque vi fu una disciplina delle singole cose in ragione del loro rilievo sociale. Ma tale disciplina con la cresciuta consapevolezza della funzione sociale, oltre che giuridica, dello Stato, si è accresciuta in modo relevantissimo.

4. *Le forme giuridiche della disciplina sociale delle cose. Demanio. Difesa penale dell'economia. Polizia delle cose.*

Le sue manifestazioni sono varie, riguardano la cosa nei suoi vari momenti economici, ed hanno natura e forma giuridica diversa.

Alle volte l'interesse pubblico alla cosa è assoluto ed assorbente; in tal caso essa è tolta al comune commercio e spetta in modo esclusivo e perpetuo allo Stato, che, o se ne vale direttamente, o la lascia al comune godimento dei cittadini.

Generalmente l'interesse pubblico ad una cosa non esclude l'esercizio sulla cosa stessa della proprietà privata, ma tende a disciplinarlo difendendo la cosa stessa dagli abusi del proprietario.

È a questa esigenza del pubblico interesse che si riannodano le recenti disposizioni del *codice penale* che reprimono i delitti contro l'economia pubblica (art. 499 e segg.) ed alcune di quelle concernenti l'attività sociale della pubblica amministrazione, come gli artt. 733 e 734 che puniscono il danneggiamento della cosa propria, quando questa abbia rilevante pregio archeologico, storico od artistico.

Ma dove l'affermazione dell'interesse pubblico alle cose private si afferma più imponente è nel sistema di norme che disciplinano l'attività di *polizia* della pubblica amministrazione.

Infinite sono le cose rispetto alle quali norme generiche o specifiche tendono ad impedire che il loro uso antisociale rechi danno alla collettività.

Si pensi alla polizia delle armi, dei veleni, dei medicinali, di quasi tutte le merci che una vasta rete di controlli disciplina nella produzione e nel trasferimento, si pensi ai regolamenti edilizi e di igiene, si pensi ai mezzi di trasporto immatricolati, tassati, regolati nella spettanza e nella circolazione, si pensi agli stabilimenti industriali, alle aziende agricole, a tutta l’attività produttiva o commerciale sottoposta a licenze preventive ed a severa disciplina nella sua esplicazione sulle cose e per mezzo delle cose, e si vedrà quanto per queste si affermi l’interesse generale a che non nuociano, mal vigilate, impiegate o amministrare, alla collettività.

5. *Intervento amministrativo: demanialità indiretta.*

Una ulteriore e più attiva forma di affermazione dell’interesse generale sulle cose in proprietà si trova nell’intervento attivo dell’amministrazione pubblica per imporre modalità di godimento e di sfruttamento delle cose. Non solo si afferma una attività di polizia in senso stretto, rivolta ad impedire i danni da cose, ma in certo modo si afferma quasi una *demanialità indiretta*, un concorso attivo dell’interesse pubblico con quello privato nel godimento della cosa.

Servitù di uso pubblico, diritti di prelazione rispetto all’acquisto dei beni di interesse artistico, storico ed archeologico (essi, sebbene in proprietà privata, si definiscono dalla legge come facenti parte del “*patrimonio artistico nazionale*” affermando così l’appartenenza della stessa cosa nello stesso tempo al patrimonio pubblico ed a quello di privati proprietari), leggi sulle miniere, sulle foreste, sulle bonifiche, sulle risaie, sulle acque, sulle aziende industriali, commerciali ed agrarie, ecc. imprimono all’uso, al godimento, alla disposizione delle cose l’impronta dell’interesse pubblico che concorre con l’interesse privato, lo limita, lo subordina.

“L’organizzazione privata della produzione è una funzione di interesse nazionale” (Dich. VII della Carta del Lavoro); e questo interesse si afferma con una disciplina giuridica delle cose che servono alla produzione.

6. *Coordinamento dei beni e disciplina della produzione.*

L'interesse generale esige, inoltre, un *coordinamento delle cose tra loro*, sia per evitare che si danneggino reciprocamente, sia per intensificarne e garantirne le utilità. Di qui numerose disposizioni, tanto nell'interesse più prossimo di coloro che delle cose godono — come le servitù legali o i consorzi di diritto privato — quanto nel preponderante interesse generale, come i consorzi obbligatori di diritto pubblico.

Infine, a rendere sempre più capillare la penetrazione dell'elemento pubblico privato dei beni serve la *organizzazione gerarchica* dei proprietari che si attua attraverso il sistema sindacale-corporativo.

Ciascuno rispetto ai suoi beni deve non soltanto osservare leggi e regolamenti, ma altresì uniformarsi alle norme che l'organizzazione alla quale appartiene gli impartisca o mediante regole generali — ma limitate e temporanee — concretate in virtù della legittima rappresentanza sindacale (*contratti collettivi*) o mediante istruzioni particolari sancite coi *poteri disciplinari* attribuiti dalla supremazia gerarchica, sindacale o politica.

7. *Classificazione delle forme in cui si manifesta l'interesse pubblico nella disciplina dei beni.*

Schematizzando, potremmo classificare le forme di intervento diretto dell'interesse pubblico sui beni nelle forme che seguono:

1) attribuzione esclusiva dei beni allo Stato in ragione dell'interesse pubblico assoluto collegato ad essi (*demanio*);

2) *repressione penale dell'abuso dei beni in proprietà privata*;

3) *polizia delle cose*, allo scopo dell'impedire che esse cagionino danni socialmente rilevanti; sia in sé, sotto i vari aspetti dell'uso, della disposizione e della circolazione, sia nei loro rapporti reciproci;

4) *disciplina amministrativa dei beni* che può classificarsi per la *materia* in agraria, industriale e commerciale, suddividendosi per lo *scopo* in norme di amministrazione, di organizzazione e di coordinamento, e culminando nel sistema organico sindacale e corporativo;

5) *potere disciplinare delle gerarchie e contratti collettivi*.

8. *Il diritto di proprietà individuale sui beni così disciplinati: suo duplice profilo: interno ed esterno. L’aspetto esterno: a) privato.*

Sulle cose, già così disciplinate del diritto pubblico, incide la proprietà individuale quale è organizzata nel Codice Civile. Essa nel suo aspetto giuridico, come rapporto di diritto privato, non può dirsi sostanzialmente modificata.

La proprietà privata si profila infatti, giuridicamente, sotto due aspetti; esternamente pone dei rapporti tra il titolare del diritto e i terzi; internamente si atteggia come un diritto di libertà rispetto alle cose. Più precisamente l’aspetto esterno del diritto di proprietà si concreta in un rapporto giuridico del titolare del diritto con la generalità dei consociati, in forza del quale questi sono tenuti ad astenersi da ogni attività rispetto alla cosa, che è oggetto del dominio. Conseguentemente il proprietario ha diritto di rivendicare la cosa propria ovunque e presso chiunque la detenga, ed ha ugualmente diritto di respingere, con l’azione negatoria, qualunque ingerenza sulla cosa fosse pretesa od attuata da altri, alla pretesa stessa non particolarmente legittimato.

In forza del suo diritto esclusivo ed assoluto il proprietario appare libero, di fronte alla generalità dei consociati, di agire come vuole rispetto alla cosa, oggetto della proprietà; è investito, cioè, della facoltà di usarne, di goderne e di disporne nel modo più assoluto.

9. *Il diritto pubblico soggettivo alla libertà sulle cose. Sua obliterazione: il diritto di proprietà, come diritto subiettivo, è rientrato interamente nel campo del diritto privato.*

Se non che, accanto all’aspetto esterno di diritto privato della proprietà, ne va considerato quello, ugualmente esterno, di diritto pubblico.

Il potere di esclusione è posto dal diritto civile verso le generalità, cioè verso ciascuno dei consociati, *uti singuli*; ma esso è altresì sancito dallo statuto del Regno anche di fronte allo Stato; “tutte le proprietà senza alcuna eccezione, sono inviolabili”. Il diritto del secolo XIX poneva cioè, accanto al diritto privato di proprietà, un *diritto pubblico di libertà sulle cose*, rispetto alle quali lo Stato, per

riconoscere e garantire un'assoluta zona di iniziativa al cittadino, autolimitava i propri poteri, indicando singolarmente il modo e il presupposto — eccezionali — nei quali l'interesse pubblico poteva e doveva prelevare a quello privato rispetto alle cose. “Tuttavia, quando l'interesse pubblico, legalmente accertato lo esiga, si può esser tenuti a cedere la proprietà in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi”.

Ora chi ben consideri dovrà ritenere che mentre il diritto privato di proprietà è rimasto inalterato (o quasi) come vedremo; è scomparso, invece, o comunque tende a scomparire il diritto pubblico subiettivo di libertà rispetto ai beni.

L'interesse pubblico si afferma su questi assai spesso risolutamente, liberamente, fuori dei limiti, dei presupposti e delle forme che l'art. 29 dello Statuto esplicitamente ed implicitamente prevede.

Talché si profila al Congresso un altro tema interessante di discussione e di indagine; se cioè, *il diritto di proprietà, come diritto subiettivo, non sia stato dal progressivo affermarsi dell'interesse generale rispetto alle cose, rigettato interamente nel campo del diritto privato*, perdendo ogni carattere di diritto pubblico subiettivo, rimanendo soltanto un rapporto assoluto e negativo *da privato a privato*, rispetto a cose, le quali nella loro vita giuridica, sono esse, invece, tutte pervase dalla disciplina di diritto pubblico.

10. *Proprietà individuale e collettiva.*

La quale, giova ancora precisarlo, se vale ad affermare e tutelare *l'interesse sociale* al miglior godimento dei beni, non altera però in nulla l'essenza privata, *individuale* della proprietà come diritto.

Idea *sociale* non vuole dire idea *collettiva*. La proprietà è e rimane tipicamente *individuale*. Anzi il processo di individualizzazione può dirsi accentuato piuttosto che attenuato, con la dissoluzione, la *ripartizione* degli ultimi avanzi di proprietà collettiva vigente in Italia. È vero, e lo vedremo tra poco, che una certa tendenza si sta affermando anche fra noi verso una forma di proprietà collettiva, fondiaria, familiare; ma essa è ben delimitata e giustificata da ragioni politiche ed economiche, e si pone nettamente come una eccezione alla regola generale della individualità del dominio (se pur non si voglia ricondurre alla norma, personificando il gruppo familiare).

11. *L’aspetto interno del diritto di proprietà: poteri sulle cose. Limitazioni, obblighi ed oneri che sorgono dalla cosa e seguono la cosa.*

All’aspetto esterno del diritto di proprietà si contrappone il suo lato interno: quello che guarda verso le cose. È qui che il predominio del fattore sociale si afferma, come vedemmo, mediante quella disciplina giuridica delle cose, nell’interesse generale, che suole configurarsi come un sistema di *limitazioni della proprietà*.

È bene chiarire, però che *non sempre si tratta di semplici limitazioni*, e che *non sempre esse gravano la proprietà come tale*.

Non soltanto, infatti, la considerazione dell’interesse generale impone divieti al proprietario, pone argini alla sua libertà rispetto alle cose, ma assai spesso la spettanza, il godimento di una cosa costituisce la fonte di *obblighi*, precisi, positivi, a carico del soggetto cui la cosa aspetta, ovvero di *oneri* ai quali egli deve ottemperare se vuol conservare od esercitare il proprio diritto; e rispettivamente costituisce la fonte di speciali situazioni giuridiche *favorevoli*, sia verso la generalità, sia verso lo Stato.

Esiste una legittimazione passiva da cose, una responsabilità giuridica da cose, una serie numerosa e varia di *obbligazioni ambulatorie* che seguono la cosa e da essa si riverberano sul soggetto cui spetta, come esiste una *legittimazione attiva* in dipendenza della spettanza di beni determinati: si pensi ai vari diritti corporativi, al diritto di entrare in un consorzio o di promuoverlo, ecc., ecc.

Ecco qui, dunque, un altro tema interessante di indagini; i rapporti coi beni come *legittimazione attiva e passiva*, e rispettivamente le *situazioni giuridiche ambulatorie*, che seguono sempre e soltanto chi si trova in un determinato rapporto a rispetto a determinati beni.

12. *Ma non sempre il proprietario. Varie attività rilevanti sulla cosa e disciplina autonoma e concorrente di ciascuna.*

Giacché è bene rilevare che non sempre tali doveri e tali oneri gravano sul proprietario, né tali diritti gli spettano.

La cosa può costituire oggetto di varie specie di godimento o di disposizione, per opera di vari soggetti.

Il proprietario è colui che ha, di tutti, il potere astratto più vasto e generico, quello assoluto, in quanto la naturale elasticità del dominio tende ad estenderlo alla totalità dei poteri possibili rispetto all'oggetto; ma accanto al potere astratto del proprietario stanno altri poteri ugualmente astratti e soprattutto le varie forme concrete di godimento effettivo.

Ora non sempre la responsabilità da cosa grava chi ha il diritto assoluto e generale sulle cose stesse: talvolta, invece, destinatario delle norme onerose di diritto pubblico, è chi ha limitato potere di godimento o di disposizione, talvolta è perfino colui che solo di fatto lo esercita.

I doveri imposti dall'ordine giuridico in ragione della cosa — (e quel che si dice per i *doveri* vale altresì per i *diritti*) — hanno dunque tutti la loro base nella disciplina delle cose, ma si rivolgono a destinatari diversi: assai spesso è il *possessore* della cosa che ne è responsabile verso lo Stato, e non il *proprietario*, talvolta è l'*enfiteuta*, talvolta è l'*usufruttuario*, talvolta il *conduttore*, il *colono*, il *custode*.

La legittimazione passiva è sempre fondata sopra un rapporto con la cosa, ma, a seconda del mutare dell'interesse pubblico protetto, muta il rapporto cui è legato il dovere.

Non è un dovere che si cristallizzi nel *proprietario* e poi, eventualmente, si ripercuota su altri che, limitandone il dominio, se lo accollino derivatamente, ma è un dovere che grava direttamente su ciascun soggetto che si trovi con la cosa nel determinato rapporto, giuridico o di fatto, socialmente rilevante.

Rispettivamente i rapporti che legittimano passivamente ai doveri da cosa si presentano, di fronte al diritto pubblico, sullo stesso piano, (proprietà in senso generico) e non compresi e derivati tutti da uno solo, supremo: la proprietà.

13. *Rilevanza dogmatica: la proprietà romana e la gewere; il dominio eminente e il dominio utile. Il possesso nel sistema dei rapporti da cose.*

Oso richiamare l'attenzione del Congresso su quest'ultima osservazione perché può avere un grande rilievo per la costruzione dogmatica della proprietà, qualora questa, pur rimanendo essenzial-

mente privata, debba partire dalla considerazione pubblicistica dell’interesse generale sulle cose.

Il tradizionale concetto della proprietà tuttora dominante, muovendo dal soggetto e dal suo diritto, razionalmente culmina nella struttura romanistica. Ma chi muovesse dalla considerazione della cosa sarebbe portato piuttosto verso l’empirismo germanico che, nella *gewere* fondendo e confondendo in uno stesso concetto giuridico ogni potere sulla cosa ed ogni suo godimento, mal distingueva proprietà e diritto reale e possesso, e tutti poneva come omogenei, — pur graduandoli nella loro intensità relativa, — in virtù, appunto, del loro comune carattere e della comune attitudine a legittimare passivamente ed attivamente il *padrone*, ai diritti e ai doveri propri di chi gode determinati beni.

Così la visione che parte dall’oggetto potrebbe anche determinare la rinascita della dottrina — (implicita nella recente tendenza ad ammettere una prescrizione estintiva delle proprietà private) — che, vedendo concorrenti sulla cosa e conciliati e temperati in essa, interessi e diritti pubblici e privati, pone la stessa cosa come oggetto del *dominio eminente* dello Stato e del *dominio utile* del privato e concepisce come possibili diritti omogenei concorrenti su di essa, considerandoli sotto i diversi aspetti delle sue varie utilizzazioni.

Ecco, dunque, profilarsi un *altro tema* vasto e difficile di indagine e di discussione: l’importanza e la posizione dogmatica che il *possesso* tende ad assumere nei rapporti da cose, ponendosi come *primario il rapporto di fatto*, socialmente rilevante, qualificato e graduato in ragione del *titolo*, piuttosto che il titolo stesso, il quale, in astratto, tende a rendere possibile ed a proteggere la concreta utilizzazione dei beni.

14. *La disciplina corporativa dei beni non ha per destinatario il proprietario, ma il produttore, l'imprenditore.*

Un ulteriore rilievo, essenziale per il suo valore giuridico e politico, mi sembra utile sotto il profilo della non univoca corrispondenza fra disciplina di diritto pubblico dei beni o limitazioni della proprietà.

Abbiamo visto che taluni doveri e taluni diritti, che spesso si ritengono imposti ed attribuiti al *proprietario*, non lo riguardano

come tale: di qui il problema: chi sia il destinatario nelle norme giuridiche corrispondenti.

Chi ben guardi dovrà convenire che la *disciplina corporativa dei beni non è disciplina dei proprietari*, bensì invece e soltanto dei *produttori, degli imprenditori*.

Si è considerato universalmente — ed anche da ultimo il Vassalli ha tolto lo spunto per la sua ricerca da tale presupposto — come particolarmente rivolta a disciplinare la proprietà la dichiarazione VII della Carta del Lavoro.

Ora non vi ha dubbio che tale dichiarazione sia del massimo rilievo altresì per il diritto di proprietà, ma è altrettanto certo che non lo pone come immediato oggetto della sua disciplina. Se in un lungo periodo della storia il proprietario e l'imprenditore, il padrone del capitale e l'organizzatore privato della produzione quasi si identificano, nel periodo attuale le due posizioni si presentano concretamente assai spesso distinte e dissociate e comunque idealmente separate e quasi contrapposte.

Non sempre il proprietario si fa organizzatore della produzione della quale l'oggetto della sua proprietà può essere strumento, né sempre l'azienda produttiva è promossa, diretta, assunta a rischio di chi le fornisce il mezzo di produzione. *Le due posizioni, di capitalista e di imprenditore, si presentano economicamente e giuridicamente distinte.*

Ora è all'imprenditore, non al capitalista, che la Carta del Lavoro accorda prerogative e impone doveri, è la produzione e non la proprietà, la cosa in atto destinata a creare nuova ricchezza non il diritto astratto che sulla cosa il proprietario vanta e sfrutti altrimenti che producendo, che primariamente considera la moderna disciplina giuridica della produzione. La proprietà entra in gioco soltanto di riflesso, sia dal punto di vista giuridico che dal punto di vista economico e politico.

15. *Riflessi giuridici, economici e politici della disciplina indiretta della proprietà nell'azienda: l'azienda e la proprietà degli elementi che la compongono. La disciplina separata e concorrente dei beni nella loro statica e nella loro dinamica. La posizione del lavoro di fronte al capitale nell'azienda.*

E ciò è veramente felice e mirabile sotto i tre aspetti.

Giuridicamente porta a consegnare una cosa nuova — l'*azienda* — la quale spetta all'*imprenditore* e si atteggia diversa e distinta dagli elementi che la compongono, i quali rimangono, — o possono rimanere — in proprietà di altri che il titolare dell'*azienda* stessa.

I beni così vengono ad essere considerati sotto un duplice aspetto concorrente: statico (proprietà), e dinamico (*azienda*), con poteri e doveri diversi in ragione della diversa posizione attribuita al proprietario ed all'*imprenditore*.

Il che consente di dare all'*azienda*, che economicamente è *una*, — macchina organizzata per la produzione, sintesi dei fattori produttivi, cellula fondamentale della vita economica del Paese, — una disciplina giuridica unitaria, ponendo, appunto, questa cosa nuova come oggetto essa stessa di *proprietà* e rendendo possibile, accanto ed oltre alla disciplina dei singoli beni materiali, la ulteriore disciplina giuridica degli stessi beni non più singolarmente presi, ma tecnicamente e giuridicamente unificati dal materiale coordinamento e dallo scopo comune.

Infine, sotto l'aspetto politico la concezione dell'*impresa* distinta dalla *proprietà* è il mezzo tecnico che consente la elevazione dell'elemento *lavoro* come suol dirsi da *oggetto a soggetto* dell'economia.

Finché si confondeva la spettanza dei beni con la funzione produttiva, il proprietario, per il diritto e per l'idea sociale, era altresì l'*imprenditore*, e, come padrone dell'*azienda*, necessariamente affermava il suo predominio non solo tecnico ma altresì economico e politico sull'*azienda* stessa.

Oggi l'*azienda*, impersonata nell'*imprenditore*, non si identifica con la proprietà dei beni destinati alla produzione, ma col lavoro intellettuale che, coordinando questi beni, o meglio i poteri su questi beni, col lavoro in senso stretto, nel modo più vantaggioso, li porta alla produzione maggiore e migliore.

La funzione di *imprenditore* è diversa da quella di proprietario, ed il proprietario dei beni produttivi diventa elemento preponderante dell'*azienda* solo quando si faccia *imprenditore*, acquistando nuove prerogative, ma insieme assumendo nuovi doveri.

È un nuovo ingranaggio, giuridico economico e politico, che perfeziona l'assetto economico della Nazione e serve, anche, mirabilmente di stimolo al migliore volontario impiego dei beni.

16. *La pressione politica perché il proprietario assuma o mantenga la funzione di imprenditore, cioè di produttore in atto. La esigua posizione fatta al nudo proprietario nell'organizzazione sindacale e corporativa.*

La pressione politica pare, infatti, che agisca nel senso di *indurre i proprietari a farsi od a restare imprenditori, produttori*. La concezione nazionalista della morale del *possesso produttivo* diventa ormai la politica e la disciplina giuridica del dominio.

Chi ben consideri vedrà che se pure — ed è inevitabile — si consente al proprietario di non godere direttamente dei suoi beni produttivi impiegandoli a proprio rischio nella produzione, e sempre più si studia, allo scopo di favorire la produzione stessa, di affinare i mezzi giuridici mediante i quali il proprietario possa godere indirettamente delle cose proprie attribuendo ad altri la facoltà di sfruttarle come elemento di produzione — (si veda di fervore di ricerche sul perfezionamento dei contratti agrari e sulla costruzione giuridica di negozi che abbiano per oggetto le aziende) — la organizzazione corporativa tende a creare in ogni proprietario la coscienza di produttore, e vuole indurlo ad assumere i rischi e i doveri dell'imprenditore diretto.

Non altrimenti si spiega la estrema limitazione e quasi l'assenza di rappresentanza nei quadri corporativi della *proprietà pura*, quella cioè che dà una rendita non mediante la utilizzazione diretta dei beni che ne costituiscono l'oggetto, bensì invece e soltanto mediante la negoziazione del *diritto* costituito sui beni stessi.

Il proprietario che serve la produzione *mediatamente* con la sua cosa non ha né i diritti né i doveri dell'*imprenditore*; non ha voce sull'azienda e per l'azienda, sebbene, di fatto, sostanzialmente, possa risentire i danni di una organizzazione meno felice di essa; e le fornisca i beni, che il sudato risparmio gli ha assicurato.

Se vuole diventare un soggetto corporativamente efficiente occorre che dell'oggetto della sua proprietà si valga direttamente, creando una azienda nella quale, sotto la sua guida, coordinando i vari fattori all'uopo necessari, si attui un processo produttivo rilevante per la vita economica nazionale.

17. *Il proprietario come produttore in potenza.*

In altri termini: la disciplina della produzione non coincide con la disciplina della proprietà dei beni materiali; questa non attribuisce, in sé, legittimazione né attiva né passiva rispetto ai rapporti relativi alla produzione in atto.

La attribuisce, invece, rispetto ai rapporti relativi alla produzione in *potenza*.

Così le norme sulla bonifica si rivolgono al proprietario e non all'usufruttuario o al conduttore; così esiste una rappresentanza corporativa di proprietari di edifici affittati ed una organizzazione sindacale riconosciuta dai proprietari di fondi affittati, in quanto, potenzialmente, le cose loro servono alla produzione in modo assoluto ed essi sono tenuti ad approntarle e conservarle allo scopo, anche se direttamente non sono e non si fanno imprenditori, produttori.

Ma anche sotto questo aspetto non è la *proprietà* in senso stretto, come diritto astratto, ma piuttosto la spettanza dei beni, sotto il punto di vista concreto che particolarmente appare decisivo.

Si parla di proprietà, ma si pensa alla padronanza, al controllo in senso assai meno specificamente tecnico-giuridico.

Pare indubbio, ad esempio, che dove le leggi sulle bonifiche, sui consorzi, ecc. parlano di *proprietario* ed esista un rapporto di *enfiteusi* non al nudo proprietario, ma all'enfiteuta debba spettare la legittimazione *ex re* per assumere i rapporti attivi e passivi che la legge intende attribuire al così detto *proprietario*.

Se la qualifica giuridica ha nei rapporti di diritto privato rilevanza assoluta e decisiva, nei rapporti che si fondano sui beni sotto il profilo pubblicistico prevale, invece, la appartenenza economica, nei suoi vari gradi, con le sue varie responsabilità.

All'imprenditore spetteranno i rapporti col lavoro: egli, come tale e non come proprietario del fondo o dello stabilimento, o delle macchine o del bestiame, ecc. sarà tenuto all'osservanza dei contratti collettivi, all'imponibile di mano d'opera, alle assicurazioni sociali e così via; egli come tale non come proprietario godrà della rappresentanza di classe e delle prerogative che il suo rango di produttore gli assicurano.

La proprietà in sé, come puro rapporto di dominio e di

pertinenza di cose corporee appare, sotto il profilo della disciplina giuridica della produzione, soltanto in secondo piano, indirettamente, mediatamente; pur restando soggetta a tutte le norme che immediatamente la regolano nel diritto privato e nel diritto pubblico.

Per la stessa cosa la disciplina statica ha un destinatario (il *proprietario*) e quella dinamica ne ha un altro (il *produttore*): la coincidenza delle due posizioni rafforzando e l'una e l'altra tende a determinare — come socialmente utile — la figura del *proprietario-produttore*, che propongo al Congresso come oggetto di studio interessante ed urgente.

18. *La proprietà funzione sociale: duplice fondamento del diritto di proprietà individuale: la proprietà come integrazione della personalità umana e come fatto economico.*

È particolarmente rispetto a questa figura che si può parlare di proprietà *funzione sociale*.

La proprietà privata si afferma storicamente muovendo da due esigenze autonome, nettamente diverse, le quali si incontrano e si armonizzano non sempre, ma soltanto presso alcuni popoli ed in determinati gradi e specie di civiltà.

Da un lato la apprensione individuale ed esclusiva di alcune cose appare come una *integrazione della personalità umana*: proprietà individuale sotto questo aspetto, entro diversi limiti, può dirsi esista presso ogni popolo: anche i selvaggi, anche i nomadi hanno cose, come le vesti o le armi, che tengono in dominio esclusivo.

D'altro lato la formazione della proprietà privata si ricollega al *fatto economico*: lo sviluppo del gruppo, le necessità crescenti del consumo e quindi della produzione portano ad un progressivo individualizzarsi dell'originario sfruttamento collettivo dei beni: l'economia produttiva si consolida dapprima nei gruppi minori che si sono formati nel più ampio gruppo sociale, poi progressivamente si individualizza, sia perché l'individuo allarga sempre più la sua sfera d'azione estendendo la sua personalità anche alle cose che sono strumento di produzione, sia perché il singolo apparendo esponente dei gruppi minori può progressivamente spogliarsi dell'iniziale carattere rappresentativo ed affermarsi isolato, per sé.

La proprietà, così, appare ed è la risultante di due forze concorrenti: il fattore personale-sociale che afferma la signoria dell’uomo sulle cose che ne integrano la personalità, ed il fattore economico-sociale, che porta gradualmente allo sfruttamento individuale dei beni, concepito come il modo più conforme non solo all’interesse dei singoli proprietari, ma anche e più all’interesse collettivo del gruppo.

Anche oggi, anche secondo i principi fondamentali del diritto fascista, la proprietà come istituto giuridico si richiama a questo duplice fondamento; da un lato “*la proprietà privata completa la personalità umana*” — sono parole di Benito Mussolini — dall’altro “lo stato corporativo considera l’iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell’interesse della Nazione” (Dichiarazione VII della Carta del Lavoro). Vale a dire che i beni destinati alla produzione sono attribuiti in proprietà privata perché normalmente l’uso che il privato ne faccia appare conforme all’interesse della collettività.

19. *Differenziazione delle cose secondo le loro attitudini a soddisfare una od altra esigenza: la spettanza di beni produttivi rilevanti socialmente come legittimazione passiva a pubblici doveri.*

Se non che, ove si consideri il rapporto prevalentemente sotto il profilo dell’oggetto, si vedrà che i due elementi tendono a dissociarsi, determinando variazioni rilevanti nella disciplina della proprietà. Vi sono cose prevalentemente destinate alla integrazione della personalità umana, ed altre che sono più intensamente legate all’interesse generale come quelle destinate ad una produzione socialmente rilevante.

Rispetto alle prime i vincoli di interesse pubblico si ispirano quasi esclusivamente alle esigenze di polizia, e lasciano quindi al proprietario una libertà di azione che può dirsi, entro questo limite, assoluta.

Delle cose che servono quasi esclusivamente a me io sono ancora il padrone dispotico che può usarle o non usarle, goderne o distruggerle senza che l’ordine giuridico limiti in alcun modo la mia libertà.

Non così delle cose al cui uso o godimento è connesso un interesse generale rilevante. Spesso è questione di *quantità*. Ho già più volte accentuato questo criterio che può sembrare empirico, ma è scientifico: notevoli variazioni di quantità determinano variazioni di essenza.

Il Capo di Governo l'ha detto chiaramente nel suo discorso al Senato del 18 dicembre 1930: "Quando una impresa privata varca certi limiti, non è più una impresa privata, ma è una impresa pubblica".

È qui che la proprietà diventa *funzione sociale*. Non ogni proprietà, dunque, ma solo la proprietà delle aziende produttive di rilevanza sociale, o delle cose idonee ad essere economicamente sfruttate in aziende produttive di rilevanza sociale.

In questi casi il proprietario di fondi o l'imprenditore proprietario di aziende viene onerato da speciali doveri, *verso lo Stato*, i quali si trovano intimamente, indissolubilmente legati alla sua qualità di produttore-proprietario, e sono come l'altra faccia del suo diritto.

"L'organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale, l'organizzatore della impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione *di fronte allo Stato*", così la settima dichiarazione della Carta del Lavoro.

In altri termini: *al diritto subiettivo privato corrisponde intimamente, indissolubilmente legato un sistema di doveri pubblici: doveri ex re* (del tipo, per ricordare il più noto, dell'imposta fondiaria) dai quali non ci si libera che mediante l'abbandono o il trasferimento della cosa, la cui spettanza ne costituisce la legittimazione passiva.

20. *Il problema degli effetti riflessi dei doveri pubblici nel diritto privato: se e quando l'interesse dei singoli privati si concreti in diritti subiettivi.*

Ma non tutti i doveri derivanti dalle cose sono doveri verso lo Stato, o soltanto verso lo Stato.

È questo un aspetto della intima fusione dell'elemento pubblicistico con quello privatistico nell'istituto della proprietà che merita un indagine sistematica, analitica e diffusa alla quale potrà servire di avviamento la discussione del Congresso.

Vi sono imposizioni al proprietario — o, diciamo pure, genericamente ed empiricamente al padrone di dati beni o all’imprenditore di determinate aziende, — le quali, ispirate all’interesse generale, lo tutelano, però, particolarmente rispetto a persone e cose determinate.

Le gradazioni sono notevoli. Si va dai rapporti di vicinato e delle servitù legali ai doveri tipicamente ispirati da criteri di polizia — preservazione dalla diffusione della fillossera, dell’afta, ecc. — dai consorzi coattivi ai regolamenti edilizi e di igiene dalle norme per la tutela del risparmio alla disciplina delle aziende sociali, ecc.

Questi interessi particolari, concorrenti con quelli generali i quali hanno determinato le norme a carico di soggetti legittimati passivamente dal godimento di cose determinate, trovano una tutela immediata ed autonoma? Nel campo della giurisdizione amministrativa od in quella ordinaria, o in entrambe? E secondo quali criteri, nel silenzio delle singole norme, potremo e dovremo riconoscere il carattere di *doveri del diritto privato* agli obblighi derivanti da cose a carico del loro padrone, col conseguente riconoscimento di *diritti subbiettivi privati* a favore dei destinatari indiretti delle norme di generale interesse?

Il problema è di una vastità che supera l’indole della nostra relazione, che non può non essere sommaria e schematica.

Ritengo, comunque, che si debba distinguere e procedere per gradi.

Vi sono casi nei quali pure indubbia la costituzione di veri diritti subiettivi privati verso il proprietario, tenuto, quindi, ad un corrispondente dovere privato. La disciplina *reciproca* delle cose — norme sui rapporti di vicinato, regolamenti edilizi, regolamenti di igiene, ecc. — sebbene ispirata al generale interesse del miglior godimento delle cose, lo attua *concretamente per ciascuna cosa* imponendo a *ciascun proprietario* doveri corrispondenti al suo diritto verso gli altri proprietari, doveri e diritti che sostanzialmente e processualmente spettano al diritto civile o almeno anche al diritto civile.

Appare chiaro qui, che anche rispetto al diritto privato, la proprietà non è un rapporto soltanto unilaterale che pone da un lato il proprietario investito di tutti i diritti e dall’altro la generalità tenuta ai corrispondenti doveri; ma che esistono altresì dei *doveri del*

proprietario verso la generalità non già unificata nello Stato, esponente dell'interesse pubblico, ma *intesa collettivamente*, nelle persone dei singoli — come privati — che sono tenuti ai doveri verso il proprietario rispetto alla cosa. Ad alcune spettanze esclusive di una cosa rispondono doveri legittimati dalla spettanza stessa, che, imposti per un pubblico interesse, sono però di diritto privato.

D'altra parte, dove la norma che tende a regolare i rapporti reciproci tra le cose non li disciplini immediatamente e direttamente, ma solo mediatamente attribuendo alla pubblica amministrazione un potere discrezionale destinato a concretarsi volta a volta mediante atti amministrativi quando i presupposti se ne verificano, il rapporto tra i privati non si forma più immediatamente per opera della legge, investendo ciascuno di un diritto-dovere, bensì mediatamente per opera della pubblica amministrazione, e non può trovare, quindi, tutela che avanti la giurisdizione amministrativa.

Quando, poi, le norme che disciplinano i beni non tendano a coordinare tra loro le cose in proprietà, bensì invece a considerarle in sé e per sé, o come atte a minacciare un danno o come bisognose di un indirizzo amministrativo, per la loro migliore e più intensa utilizzazione, ivi, pur affermandosi un interesse indiretto del privato, è da ritenere che esso non si concreti né in un interesse legittimo ai fini della giustizia amministrativa, né, tanto meno, in un diritto subiettivo perfetto.

L'interesse di una determinata generalità è tutelato sinteticamente per opera dello Stato, il quale può venire sollecitato nella sua azione amministrativa, ma non costretto giurisdizionalmente a valersi dei mezzi in suo potere per assicurare la tutela dei singoli interessi.

Così il proprietario risponde solo verso lo Stato se non ha osservato le norme impostegli relative alla coltivazione dei fondi od alla produzione industriale, ed il privato che alla osservanza della disciplina pubblicistica sia interessato non ha alcun diritto soggettivo di pretenderla, né alcun mezzo giurisdizionale a servizio del suo interesse.

Così, anche, per certe discipline aziendali che pur essendo la consapevole espressione di un relevantissimo interesse privato, non valgono a convertirlo in diritto subiettivo privato: non esiste un diritto del depositante o del creditore di una banca alla limitazione

del fido ai terzi; non esiste un diritto dell’assicurato al controllo delle garanzie che *anche nel suo interesse* sono imposte dalla legge, non esiste un diritto del depositante alla osservanza dei doveri imposti ai magazzini generali e così via.

Il privato può sollecitare con una denuncia l’intervento dello Stato per tutelare insieme l’interesse generale e l’interesse particolare, ma questo non può farsi valere direttamente: ogni diritto spetta immediatamente ed esclusivamente agli organi dello Stato.

In altri termini: *l’asse della tutela giuridica di alcuni interessi privati di gruppo tende a spostarsi dal diritto privato al diritto pubblico*: si pensi al sindacato sui contratti di adesione e sui contratti tipo.

21. *La facoltà del proprietario come potere discrezionale: la figura dell’eccesso e dello sviamento di potere nel diritto privato.*

D’altra parte chi consideri sinteticamente la proprietà privata, e voglia, come si deve, fondere in un solo concetto l’aspetto pubblicistico e l’aspetto privatistico, costruendone organicamente l’unità, errerebbe se non tenesse il debito conto della risoluta penetrazione dello scopo di generale interesse nel singolo rapporto di interesse particolare.

La disciplina pubblicistica dei beni altera la sostanza stessa del diritto privato di proprietà, perché ne tempera l’assolutezza e la converte in relatività. Sicché è da chiedersi se il processo di trasformazione del dominio, che si svolge e si attua come abbiamo visto specialmente mediante la prevalente considerazione del suo oggetto, si concreti, come è tuttora sostenuto dalla dottrina dominante, soltanto in un sistema di *limiti*, che restringono i poteri del proprietario o l’estensione oggettiva del dominio, o non sia invece penetrato nella stessa struttura *tecnica* del diritto subiettivo del proprietario.

Si suole insegnare che “il solo sindacato giuridico di cui sia passibile l’attività individuale è — per usare un termine prevalentemente pubblicistico — quella di legittimità, cioè di conformità o meno al diritto obbiettivo” (LEVI A., *Attività lecita e attività giurisdizionale*, pag. 6), e che “il diritto obiettivo ... non può prefissare scopi alla attività lecita individuale ... il suo esercizio discrezionale è, come tale, giuridicamente insindacabile” (LEVI, *ivi* pag. 7).

Orbene: la tendenza del diritto nuovo, e la norma politico-giuridica della Carta del Lavoro, si affermano in senso contrario al principio liberale finora pacificamente accolto: l'imprenditore è libero nella sua iniziativa, ma risponde verso lo Stato dell'indirizzo che imprime alla produzione (Dichiarazione VII) il titolare di un diritto può esercitarlo a suo piacimento, ma purché di buona fede (cod. civ. svizzero) se lo esercita contro *lo scopo* per cui gli fu accordato è responsabile dei danni che tale esercizio possa cagionare (Progetto cod. civ. italo-francese).

Non più l'*arbitrio* del privato, ma la sua *discrezione*.

Il potere del proprietario può considerarsi come *discrezionale*; cioè, insieme, *libero e vincolato*. Libero: in quanto rispetto al miglior impiego della sua cosa è decisiva pur sempre la volontà del proprietario che ha larghissimo campo di iniziativa e di scelta; *vincolato* in quanto il proprietario non può servirsi del potere che l'ordine giuridico gli garantisce per insorgere contro l'interesse dello Stato e della generalità, impiegando i beni contro la loro naturale destinazione in modo da ledere interessi economici rilevanti.

Si delineano, così, rispetto alla potestà del proprietario, come possibili le figure giuridiche dell'*eccesso* e dello *sviamento di potere*.

Contro di esse non esiste, allo stato della legislazione, un organico rimedio specifico di diritto pubblico; né forse è il caso — fuori dell'ordinamento gerarchico sindacale e corporativo — di istituirlo; e quindi, sotto questo profilo, la portata del rilievo può sembrare puramente dogmatica e sterile.

22. *La tutela degli interessi legittimi nel diritto privato e la funzione dell'articolo 1151 c.c.*

Se non che, riconosciuta l'esistenza nel diritto privato da una norma tacita e generale — (che d'altronde tende a divenire espressa) — la quale riprendendo il principio delle Istituzioni giustinianee: “*expedit rei publicae ne quis re sua male utatur*” (Ist. l. 8 parag. 2) ed essendo accolta ormai in vari paesi che ispirano il diritto privato a criteri di più intensa socialità o statalità, dimostra di rispondere ad una esigenza generale del nostro grado di civiltà —; riconosciuta — dico — una norma generale che, pur lasciando al soggetto la discrezionalità del suo diritto, ne condizioni la tutela alla concreta

socialità e reprima e condanni l’esercizio del diritto stesso rivolto a scopi che risultino contrari a quelli per i quali venne e viene al suo titolare riconosciuto, — ammessa, dico, questa norma che condanni, come abusivo, l’esercizio del diritto — per eccesso o sviamento di potere — anche nei vari casi della antica *aemulatio*, la cui disciplina verrebbe finalmente a posare sopra una costruzione congrua e tecnicamente razionale; — può ritenersi che non manchino ulteriori effetti rilevanti nel campo del diritto privato.

Se l’eccesso o lo sviamento rendono illegittimo l’esercizio del diritto subiettivo, il danno che tale esercizio abusivo abbia cagionato — direttamente ed immediatamente — dovrebbe essere risarcito.

L’introduzione nel diritto privato dell’istituto dello *sviamento di potere* elaborato dal diritto pubblico porta logicamente alla parallela introduzione nello stesso diritto privato della tutela degli *interessi legittimi*.

Colposo, è, infatti, l’esercizio abusivo del diritto, ed il danno che ne deriva ad altri, può rientrare tra quelli che l’art. 1151 impone di risarcire.

Tale disposizione di legge, infatti, non dovrebbe considerarsi come un inutile doppione, che aggiunga una difesa generica alla difesa specifica di ciascun diritto.

I *diritti soggettivi* hanno già nelle norme che li riconoscono, la loro sanzione, e non vi sarebbe, per essi, alcun bisogno dell’art. 1151 del c.c.. Che se taluno danneggia la cosa che si trova in mia proprietà egli sia tenuto a risarcire il danno che mi ha cagionato, è un effetto inerente alla natura del diritto di proprietà, e non alle disposizioni dell’art. 1151 c.c.: la fonte della pretesa al risarcimento sta nel diritto soggettivo leso dal fatto dell’uomo.

All’art. 1151 può invece attribuirsi più giustamente una funzione di *integrazione*: esso tende a riempire una lacuna che il diritto pubblico ha per primo sentito e colmato, ma che nello stesso diritto privato esiste e deve consapevolmente sentirsi e colmarsi.

Esso deve tutelare gli *interessi* privati, che vengano direttamente lesi dall’atto illecito altrui. La *iniuria*, la *colpa* sta nell’intrinseca antiggiuridicità del fatto dell’agente, nella violazione del diritto oggettivo, non nella violazione di un *diritto subiettivo* del danneggiato.

Anche dove manchi una pretesa di questi, anzi proprio dove manchi una pretesa di questi ad un determinato comportamento del

danneggiante, la sanzione dell'art. 1151 deve applicarsi se il danno concreto fu recato con *colpa*, cioè *iniuria*, cioè contro l'ordine giuridico, anche eccedendo nell'esercizio di un potere, deviandolo dallo scopo sociale che lo legittima.

In altri termini parrebbe giusto — riconosciuta la categoria dogmatica dell'eccesso di potere nel diritto privato — farvi corrispondere univocamente la *tutela degli interessi legittimi di diritto privato*, mediante una razionale interpretazione delle norme vigenti in materia nel diritto civile.

In tal modo troverebbero tutela infiniti rapporti rilevanti eticamente e socialmente, che si trovano tra il diritto e il non diritto.

La absolutezza del diritto subiettivo ne uscirebbe trasformata da un sano criterio sociale e sarebbe congegnato il congruo mezzo giuridico per contenere e reprimere gli abusi, gli eccessi, le malizie e le *chicanes*.

In specie la penetrazione dell'elemento sociale nel diritto privato di proprietà sarebbe finalmente colta e fermata in una modificazione essenziale di questa: il diritto di proprietà non dovrebbe più considerarsi come *libero* nel suo esercizio; ma bensì *discrezionale*: dato ad uno scopo sociale, al quale nel suo godimento deve uniformarsi.

Così concepito importerebbe che l'azione del proprietario dovrebbe reputarsi *colposa* per sviamento di potere ove non si ispiri ai criteri sociali fondamentali, propri dell'uso di ciascun oggetto di proprietà. Conseguentemente — oltre alle sanzioni di diritto pubblico volta a volta previste, specificamente per i singoli abusi — dovrebbe riconoscersi una generica sanzione di diritto privato a tutela degli *interessi* direttamente ed immediatamente lesi dall'esercizio abusivo della proprietà.

23. *L'organizzazione giuridica delle cose, come mezzo per la penetrazione dell'elemento sociale nel diritto privato.*

La osservazione della proprietà sotto il profilo dei beni, mette in luce un'altra funzione caratteristica del diritto oggettivo: esso non solo provvede a disciplinare l'attività sulle cose, ma altresì in taluni casi, a delimitare, ad organizzare, ad apprestare cose nuove, beni

congegnati dallo stesso ordine giuridico, come oggetto al diritto di proprietà, in vista, appunto, della utilità sociale che rappresentano.

Vi è una *politica delle cose* che si attua mediante un processo giuridico di organizzazione — talvolta addirittura di creazione — di esse.

È questa una via non secondaria per la penetrazione dell’elemento sociale nel diritto privato, via nella quale i progressi della tecnica sono notevoli e più tendono ad essere, ponendo, mano a mano che alcuno dei suoi vecchi oggetti le sono tolti, nuovi oggetti alla proprietà privata, la quale, così, è costretta a plasmarsi secondo le esigenze degli oggetti stessi.

I *titoli di credito* ad esempio, non sono che cose organizzate dall’ordine giuridico per essere, poi, oggetto di diritti reali, e di scambio.

Così, prima di essere oggetto di proprietà, i brevetti di invenzione ed i marchi di fabbrica sono *creati*, come cosa, mediante un *procedimento amministrativo*, il quale ha appunto il compito di costituire giuridicamente un oggetto nuovo al diritto privato, che ne disciplina il godimento e lo scambio. Ma tale disciplina — che è in fondo, quella delle proprietà —, non potrà non sentire i riflessi della particolarità intima del suo oggetto, destinato a perire entro un termine certo. Si è parlato di proprietà temporanea — ed io stesso tra i primi ho richiamato l’attenzione su questo aspetto nuovo della socialità del dominio — ma forse il fenomeno si identifica meglio quando venga considerato sotto il profilo della cosa. È il brevetto, è il diritto di autore che periscono, la *precarietà è nell’oggetto non nella proprietà*, e soltanto si riflette sopra di essa.

È in questo campo — nel quale l’indirizzo politico fu sempre vivo, fin da quando vi si batterono Proculeiani e Sabiniani per la prevalenza del lavoro o della materia — che le esperienze sociali possono trovare un efficace mezzo tecnico, dal quale difficilmente potrebbero prescindere. È dall’organizzazione giuridica dell’*azienda* come cosa che verrà il nuovo diritto commerciale, è dalla organizzazione giuridica del *fondo che verrà il nuovo diritto agrario*, è nella *nozione obiettiva di nave* la chiave del diritto marittimo.

Di queste cose, la proprietà negli aspetti esterni essenzialmente non muta: il diritto esclusivo di fronte ai privati permane, come ne permane la elasticità. Ma i riflessi sociali, in ragione dell’oggetto

mutano profondamente il regime di ciascun diritto di proprietà sia sotto l'aspetto dell'uso delle cose, come sotto quello della circolazione giuridica.

Le modificazioni alla proprietà diventano così *mediate*, attraverso la disciplina dell'oggetto.

È nell'*officina delle cose* che si preparano i nuovi progressi del diritto patrimoniale. Non è difficile intravedere il momento nel quale la complessità, che è sempre maggiore nel mondo esterno, penetrerà anche in quello giuridico. Noi siamo ancora nella nostra scienza ad uno stato incredibile di semplicità: leve ed ingranaggio sono ancora considerati ciascuno separatamente nella sua azione: le macchine complesse sono quasi ignote, e non ancora espressamente organizzate dalla legge.

La strada è lunga per dare ai congegni giuridici la rispondenza ai congegni tecnico-meccanici e economici. Ma la via per giungervi è proprio quella della *organizzazione delle cose*, come oggetto di diritti. La pratica avanza la dottrina. Nelle società anonime noi abbiamo già dei complessi di beni, assunti a personalità giuridica con la loro organizzazione, con il loro patrimonio, con il loro capitale rappresentato in azioni ecc., i quali possono essere — attraverso il controllo della maggioranza azionaria — trattati giuridicamente e materialmente come cose, come beni in dominio, ed anche, a volte, con le operazioni sul pacchetto di maggioranza, in pegno, in anticresi, in locazione.

Forse da questo Congresso uscirà la linea definitiva del *bene di famiglia*, cosa nuova, per noi, in sé e nella sua funzione politica ed economica, sintesi equilibrata del doppio scopo della proprietà; l'integrazione della personalità umana e l'incremento della produzione.

E così abbiamo le "*unità fabbricabili*" dei piani regolatori, le "unità fondiarie" della legge sulla bonifica integrale ecc. e domani avremo — e bisognerà che l'ordine giuridico le organizzi prima di farle vivere e circolare — altre ed altre cose: i *contratti*, ad esempio, cominciano ad essere considerati come una cosa idonea ad essere oggetto di proprietà e di scambio, spostandosi l'elemento sinallagmatico dal momento genetico a quello funzionale; vi sono ormai, largamente diffuse, ma poco note alla dottrina e quasi ignote alla legge di diritto privato, le *cose assicurate*; delle quali è garantita la

conversione in un equivalente economico in ogni evento; vi sono le *cose onerate*, i diritti sulle quali sono, per così dire, *modali*, gravati, cioè, da doveri corrispondenti, quali ad esempio la fede di deposito staccata dalla nota di pegno, o le *migliorie* soggette a ritenzione o a privilegio. Se il Congresso vorrà considerare attentamente anche questo aspetto del regime giuridico dei beni, vedrà che forse anche la dottrina dalla dinamica delle proprietà può dar luogo a qualche fecondo dubbio sistematico.

24. *Il potere di disporre sotto il profilo della disciplina dei beni. Suoi aspetti subiettivi ed obiettivi.*

Sul *potere di disporre* dei beni, e dei diritti sui beni, si è molto discusso in questi ultimi anni. Il disagio dottrinale è evidente se pure non sempre consapevole. A superarlo forse non sarebbe inutile un più attento esame del rapporto sotto il profilo dell’oggetto. L’espropriazione per pubblica utilità opera proprio sul soggetto togliendogli il potere di disporre? O non meglio sopra l’oggetto?

Il soggetto e la sua capacità non sembrano in giuoco. È come se io svitassi una lampadina: l’elettricità non cessa di esistere e di circolare nel filo, ma non giunge alla *cosa*.

È la disciplina delle cose che funziona, è sulle cose che va fondato il processo di espropriazione, non sul potere del soggetto.

Tanto ciò è vero che il diritto nuovo (ed il fondo anche l’antico nei casi in cui “*praetium succedit in loco rei*”) giunge ad una specie di *fungibilità dell’oggetto, rimanendo costante il diritto di proprietà*. Quando, secondo l’art. 22 del R.D. 13 febbraio 1933 XI sulla Bonifica integrale, ad un proprietario di vari appezzamenti non contigui e non costituenti singolarmente convenienti unità fondiari, tali appezzamenti vengono tolti sostituendoli con un appezzamento unico, e, se convenga, più d’uno, meglio rispondenti ai fini della bonifica — il diritto di proprietà non si tocca, neppure nei suoi limiti di diritto privato. Soltanto ad un oggetto si sostituisce un altro oggetto *della stessa proprietà*. Così si spiega come i diritti reali siano trasferiti sui terreni assegnati in cambio (art. 23).

25. *La circolazione giuridica sotto il profilo dei singoli beni: principi generali diversi.*

Del resto tutta la disciplina dei trasferimenti della proprietà è fondata sulla struttura e la funzione economica dell'oggetto. Non solo la proprietà si trasferisce volta a volta in modo diverso a seconda del suo oggetto, ma altresì e massime la disciplina dei trasferimenti si coordina secondo *principi generali diversi*, (come ho altra volta dimostrato in un mio vecchio scritto sul *Conflitto tra principi generali del diritto*) con forza espansiva contraddittoria, a seconda del gruppo cui la cosa appartiene.

Certamente influiscono anche ragioni storiche, ma non meno certamente queste hanno potuto influire perché favorite dalla natura delle cose. La circolazione delle cose mobili è sopra tutto fondata sul principio della tutela delle aspettative legittime, e tende a considerare piuttosto il valore di scambio che il valore di uso delle cose in proprietà; laddove invece la circolazione delle cose immobili si ispira al principio conservatore e protegge meglio il godimento che lo scambio dei beni.

È a questa situazione ormai secolare che risponde lo sforzo tecnico della dottrina e della prassi per convertire, ove giovi, cose sottoposte al regime immobiliare, in cose sottoposte al regime mobiliare, sia con artifici indiretti, quale il conferimento degli immobili in società e la successiva negoziazione delle azioni, sia con apposite riforme giuridiche quale il catasto particellare a sistema Torrens.

D'altra parte, se ben si consideri, il sistema della pubblicità è tutto fondato sopra un attributo della cosa: la sua attitudine ad essere *immatricolata*, ed è da questo profilo che si deve partire per tracciarne i limiti di attuabilità che già, forse, stanno per venire superati.

Infine, è dall'oggetto che partono i legami che volta a volta lo rendono totalmente o parzialmente indisponibile. Vi sono cose che non si possono esportare, cose sulle quali esiste la prelazione dello Stato in caso di vendita, cose indivisibili, cose inseparabili da altre cose cui siano venute ad aggiungersi e così via. Il regime del *tignum iunctum*, che annulla temporaneamente una cosa, oggetto di proprietà, pur conservando la proprietà come quiescente sull'oggetto

stesso per quando esso riacquisterà un’esistenza giuridica autonoma, è idoneo ad una larga espansione per favorire la funzione sociale delle aziende produttive: quando si affronterà definitivamente la organizzazione giuridica dell’azienda sarà necessario vedere se e quali elementi di essa vengano assolutamente o relativamente assorbiti nella sua unità funzionale, a detrimento della precedente loro singola individualità giuridica; riprendendo ancora una volta e definitivamente risolvendo, a seconda dei tipi di azienda, l’antico e sempre attraente problema dei rapporti fra il tutto e la parte, fra il principale e l’accessorio.

26. *Conclusioni: la ricerca del punto di equilibrio tra attività sociale e potere individuale. La funzione integratrice della disciplina corporativa.*

Ma non voglio eccedere nell’additare la folla di problemi che l’esame del diritto di proprietà e della disciplina della produzione sotto il profilo dei beni che ne costituiscono l’oggetto può sollevare. Altri, e non pochi potrebbero venire posti, che volutamente pretermetto ritenendo come sufficiente base per una feconda discussione il programma di studio che ho esposto, cui potrà essere coronamento una indagine sintetica, che tenda a precisare il *punto di equilibrio* tra attività sociale e potere individuale sulle cose, che meglio sia conveniente al benessere ed alla potenza della Nazione.

È al raggiungimento di tale equilibrio concreto, volta a volta, che tende colla sua graduale penetrazione dai gruppi di rapporti omogenei ai casi più capillarmente specifici, la *organizzazione sindacale e corporativa*.

Accanto alla disciplina *generale* dei beni, la quale pone come essenziale e costante la penetrazione dell’elemento sociale nell’esercizio del dominio privato; — accanto alla disciplina *speciale* dei singoli beni, la quale volta a volta, per generi e per specie, determina in modo costante i limiti e i doveri comuni a tutte le corrispondenti proprietà, — il *regime corporativo* interviene per avvicinare anche di più la normazione alle esigenze della pratica, e, con la *ordinanza corporativa*, coi *contratti collettivi*, con l’esercizio vigile del *potere disciplinare* — completando l’equilibrio raggiunto tra capitale e lavoro, finalmente posti sullo stesso piano nell’azienda, che culmina

nell'imprenditore responsabile — sulla trama dei singoli rapporti di proprietà privata, tende l'ordito degli infiniti *raccordi* che li legano, che li equilibrano, che li fondono nel tessuto omogeneo e compatto della società fascista.

VERSO UN NUOVO DIRITTO DEL COMMERCIO

1. Formazione storica del diritto positivo e della dogmatica giuridica. Reazione di questa su quello. Il “sistema” e la sua funzione reativa. Il giurista, la formazione e la formulazione del nuovo diritto. — 2. Necessità di rinnovamento nel diritto privato. I “progetti” ed il loro spirito “riformista”. Insufficienza di una semplice riforma. — 3. Il diritto commerciale nei suoi rapporti storici col diritto civile: la dogmatica privatistica tende a riassorbire gli istituti commerciali. — 4. Il nuovo *diritto commerciale vivente* in contrasto con le leggi scritte e col sistema. Il diritto positivo è “fuori fase” rispetto al commercio che vuol regolare. — 5. Analoga sconcordanza in tutto il sistema del diritto privato. Moderno spostamento della base giuridica dalla libertà del cittadino all’economia dello Stato. Disgregamento del sistema del diritto patrimoniale e formazione di nuovi ordinamenti autonomi patrimoniali a base obiettiva. — 6. La crisi dottrinale della teoria generale del diritto come sintomo della impossibilità per il sistema tradizionale di costruire e contenere il *diritto vivente*. — 7. Il commercio moderno come fenomeno di *organizzazione*. Il supercapitalismo: inettitudine a regolarlo del codice di commercio a base atomistica (atti di commercio). — 8. Il problema specifico della riforma del diritto commerciale. *a)* Codice unico delle obbligazioni? *b)* Diritto sindacale a base subiettiva? Le corporazioni medioevali ed il sindacalismo fascista. — 9. *c)* Diritto del commercio, cioè della organizzazione economica a base aziendale. Le pluralità collegate oggetto del diritto commerciale. L’azienda. La clientela. I contratti. Il soggetto giuridico (commerciale) in funzione dell’azienda. — 10. I contratti collettivi: originalità del contratto collettivo fascista. Disgiunzione tra il potere vincolante, che spetta alla persona giuridica, e la sfera d’azione del vincolo che riguarda i singoli componenti la collettività vincolata. — 11. Conseguentemente: postulati della nuova legislazione commerciale: 1) coordinamento coll’ordinamento corporativo; 2) palingenesi e non riforma; 3) totalitaria ed organica per l’intero diritto privato patrimoniale; 4) su base oggettiva, ma non atomistica (azienda, non atti di commercio); 5) innovando anche il sistema e la tecnica. — 12. Sotto quest’ultimo aspetto: *a)* necessità di regolare le pluralità collegate come tali, superando il sistema tradizionale che le unifica sempre o dividendole, o moltiplicandole, o personificandole. — 13. *b)* Necessità di tener conto che nel diritto, come nell’economia, le differenze quantitative determinano spesso differenze qualitative. Interesse sociale immediato nella disciplina delle grandi imprese. — 14. Posizione che il nuovo diritto commerciale verrà ad assumere nel sistema generale del diritto patrimoniale. Il nuovo diritto corporativo come punto di partenza per la nuova dottrina.

1. *Formazione storica del diritto positivo e della dogmatica giuridica. Reazione di questa su quello. Il “sistema” e la sua funzione reativa. Il giurista, la formazione e la formulazione del nuovo diritto.*

La riforma delle leggi esige una profonda, sicura conoscenza del nostro tempo ed un sagace intuito dell’avvenire. Ma se ardua è già la conoscenza di sé, tal che fu indicata come meta suprema dell’intelletto umano — *nosce te ipsum* — anche più difficile appare la conoscenza del mezzo sociale nel quale viviamo.

Immersi nella storia, inconsapevolmente ci muoviamo con essa; e come non avvertiamo il moto della terra che ci ospita, così ci sfugge, spesso la percezione delle trasformazioni lente, ma profonde e radicali, del mezzo sociale, economico, morale entro il quale la nostra vita si svolge. E come solo un’osservazione attenta, uno sforzo consapevole di rilevazione scientifica può fornirci i mezzi per una esatta valutazione del moto della terra, così il rilievo del divenire storico dei fatti sociali esige insieme non comune facoltà di osservazione e potenza di astrazione.

Se poi a considerare il problema della riforma non è il *politico*, tutto intento, per le necessità del suo scopo, a scrutare l’avvenire, a percepire e cogliere le esigenze nuove della società che dirige ed ordina, ma il giurista, le difficoltà si aggravano anche di più.

Lo studio del diritto è prevalentemente storico e dogmatico: guarda al passato ed inquadra l’avvenire.

Le leggi, già vecchie al nascere, che cristallizzano ed irrigidiscono le norme, che, pure, sono essenzialmente destinate a vivere, a trasformarsi, cioè, ed a morire, contrastano anche più tenacemente lo sviluppo del nuovo diritto, quando sono costruite a sistema.

Tra lo sviluppo dei fatti e dei rapporti sociali, che domandano *norme*, la formazione e la vita delle leggi che li regolano, e la dogmatica, che a sua volta si ripiega sui fatti e sulle leggi, esiste un giuoco profondo e continuo di interferenze, che da un lato rallenta ed intralcia la formazione materiale del diritto e dall’altro rende fatalmente reativo l’insieme dei dogmi che la scienza giuridica ha elaborato ed accetta.

Ex facto oritur ius. Il diritto è una formazione storica, spontanea, nativa, essenziale ad ogni gruppo sociale; risultante dei bisogni

consapevoli ed inconsapevoli del gruppo, ne regola la struttura, e disciplina i rapporti fra coloro che vi partecipano.

Ma accanto ed oltre la formazione storica delle leggi, sta la formazione ideale dei dogmi giuridici.

La società non ha solo una vita di azione, ma altresì una vita di pensiero: gli uomini sono o vogliono essere consapevoli delle forze operose che reggono il mondo; ed il loro pensiero diventa esso stesso una forza, cooperante con le altre al divenire sociale.

Sulla formazione spontanea del diritto si ripiega, dunque, l'attività critica dei giuristi, che ne coglie i momenti essenziali, cioè lo spirito che anima le leggi, le forme in cui queste si concretano, il tecnicismo col quale esse si attuano.

Mercè la coscienza sistematica dell'ordine giuridico questo appare più chiaro, più organico, più coerente ai suoi scopi: l'interpretazione ne diventa più certa, le lacune ne vengono colmate: nessuna guida è più salda e sicura per l'interprete e per il giudice.

Senonché il sistema si forma sul diritto già fatto; è una attività tarda, riflessa, feconda di sicura utilità rispetto a norme statiche od assai lentamente evolventesi, ma non senza pericoli e danni nei momenti di rapida trasformazione del diritto.

Il secolo decimonono segna il trionfo del dogmatismo nel diritto privato. Il nuovo diritto, emerso dal crollo del feudalesimo, viene ricondotto nei quadri che la dottrina germanica aveva costruito per l'insegnamento del diritto romano comune, a ciascun elemento è raccordato ad un principio generale, ed astratto.

La scienza del diritto, formatasi col metodo induttivo, raccogliendo, criticando, classificando, conoscendo e riconducendo ad unità le manifestazioni storiche del diritto, determina una giurisprudenza aprioristica, deduttiva, che procede dialetticamente sulla base dei principi, e spesso dimentica l'osservazione immediata, la conoscenza necessaria dei fatti.

Non solo: ma, come si disse, reagisce ad essi e contrasta la formazione spontanea, necessaria del diritto nuovo.

Ciò che esce dai quadri del sistema è, spesso, ignoto o negato dai giuristi; i quali si sforzano a piegare, a deformare i rapporti nuovi ed il nuovo diritto perché rientrano negli schemi tradizionali, nei *dogmi* che sembrano inattaccabili; ed ignorano volutamente o inconsapevolmente tutto ciò che non può rientrare nel loro sistema.

In tal modo essi tendono a conservare le leggi vecchie ed ostacolano la formazione e la formulazione del nuovo diritto. Il quale si forza, sì, la via, per la irrefrenabile necessità della sua formazione come risultante delle mutate forze sociali, ma ne esce deformato e spesso monco per la resistenza che al suo concretarsi oppongono coloro stessi che lo assistono al nascere.

Quando si pensi che nel quadro del sistema del nostro codice civile vigente il diritto del lavoro è ancora una sottospecie della *locazione*, perché così i Romani duemila anni or sono lo concepirono; e che nell’istituto della locazione rientrano anche, accanto al fitto dei terreni e delle case, il contratto di trasporto e quello di appalto; e che la proprietà è ancora definita dal nostro codice come il potere di usare e di godere delle cose nel modo più assoluto, e che infinite sono le dissonanze tra ciò che imparammo come dogma nel secolo scorso e tuttora leggiamo in leggi vecchie di tanti lustri, ma ancora in vigore, e ciò che avviene sotto i nostri occhi, non parrà strano se affermo che la conoscenza dogmatica del diritto opera in qualche senso negativamente rispetto alla riforma delle leggi ed alla rilevazione e formulazione del diritto nuovo.

D’altra parte il giurista è un collaboratore necessario nella formulazione di nuove leggi.

Se il politico ne percepisce la necessità, ed ha chiari gli scopi cui tende, il giurista è chiamato a sua volta a fornirgli il mezzo tecnico, lo strumento esatto che adegui la norma allo scopo cui mira. Ma occorre che, consapevole della sua innata miopia, la combatta e la vinca, sforzandosi a prospettare fuori di sé e del suo sistema il tempo in cui vive, per rilevare ciò che è vivo e ciò che è morto del diritto tradizionale, ciò che è mutato e ciò che sta formandosi, per poter favorire con la sua abilità tecnica la formulazione delle nuove norme, plasmandole con esatta aderenza ai nuovi rapporti che esse vogliono regolare e proteggere, e rendendole perfettamente idonee a garantire le nuove esigenze sociali e politiche.

È con questa consapevolezza e con questi criteri che mi propongo di esaminare il problema della riforma delle leggi commerciali.

2. *Necessità di rinnovamento nel diritto privato. I “progetti” ed il loro spirito “riformista”. Insufficienza di una semplice riforma.*

Che le leggi fondamentali del nostro diritto privato esigano di essere rinnovate è universalmente riconosciuto: basti pensare che il Codice Civile fu promulgato nel 1865 ed è larghissimamente ispirato dal Codice Napoleone del 1804, che il Codice di Commercio è entrato in vigore il 1° gennaio 1883, che la legge sui brevetti d'invenzione è del 1859 e quella sui marchi di fabbrica del 1868; e così via.

Ma discordanze profonde esistono sul criterio per procedere a questa riforma. Vari progetti sono maturati già dopo l'avvento del Fascismo: ricordo il progetto di Codice di Commercio compilato nel 1925 dalla Commissione Reale presieduta da S.E. d'Amelio; il progetto di Codice delle Obbligazioni e dei Contratti comune all'Italia e alla Francia, approvato a Parigi nell'ottobre 1927 e proposto dalla apposita sotto-commissione della Commissione Reale per la Riforma dei Codici; ed infine i Progetti per il Primo Libro del Codice Civile, e quello per il Codice Marittimo presentati dalle rispettive sotto-commissioni.

Tra i vari progetti manca una organica coesione: essi sono opera autonoma di singoli gruppi di compilatori; talché fra taluni di essi furono già rilevate discordanze notevoli.

Lo spirito che li anima tutti, però, e specialmente i maggiori e più prossimi al nostro argomento, cioè i progetti di Codice di Commercio e di Codice delle Obbligazioni e dei Contratti Italo-Francesi, è uniforme, cioè essenzialmente *riformista*.

Essi seguono, come tendenza, la falsariga della precedente legislazione, evitano i problemi fondamentali e pregiudiziali, emendano i dettati controversi, aggiungono istituti già diffusi nella pratica e spesso disciplinati da leggi speciali. Ma il *sistema* resta immutato: le commissioni non hanno inteso di dare un nuovo regime al diritto privato italiano, bensì e soltanto di riformare ed integrare le leggi vigenti: le riforme — ci dicono i relatori del progetto Italo-Francese — che si propongono al codice vigente non ne intaccano i principi fondamentali (pag. 36); “il nuovo codice di commercio — si dà cura di enunciare la Commissione Reale — resta, come il Codice attuale,

la legge speciale del commercio, distinta dalla legge civile, per quanto a questa gerarchicamente subordinata".

Evoluzione, dunque, e non rivoluzione; riforma, senza immutazione; migliorie, non rinnovamento.

Risponde questo spirito dei compilatori alle esigenze del tempo presente?

Il tessuto economico, etico, politico del mondo intero in generale, e dell'Italia in ispecie, è proprio sempre lo stesso cui rise l'alba del secolo decimonono; o si è così radicalmente trasformato da domandare regole nuove? Possiamo procedere ancora per emendamenti ovvero è giunto il tempo di riedificare dalle fondamenta, sia pure utilizzando in gran parte il materiale antico?

E se occorre riedificare, quale sarà la struttura fondamentale del nuovo edificio?

3. *Il diritto commerciale nei suoi rapporti storici col diritto civile: la dogmatica privatistica tende a riassorbire gli istituti commerciali.*

A mio avviso la bipartizione del diritto privato in diritto civile e diritto commerciale, iniziata nell'èvo medio, ha ultimato il suo primo ciclo: ma non deve scomparire, bensì rinascere con scopi rinnovati e su basi diverse.

Il diritto commerciale si è formato come un gran fiume, dalla confluenza di varie correnti.

Da un lato fu diritto di classe: ordine che i mercanti si diedero spontaneamente sfuggendo al generale disordine, espressione della forza della corporazione, che si fa le sue leggi, che predispone i suoi magistrati, che regola da sé i rapporti dei suoi accoliti: diritto dei commercianti.

D'altro lato fu diritto speciale di singoli commerci: tipico, quello marittimo.

Infine, sorse per regolare e favorire i grandi mercati, le fiere periodiche. In entrambi questi ultimi casi, di tendenza internazionale, oggettivo più che soggettivo, del commercio più che dei commercianti.

Suoi scopi essenzialmente due: 1) sottrarre il commercio al diritto comune, creando un privilegio di classe ai commercianti; 2)

favorire la formazione dei nuovi istituti giuridici particolarmente adatti allo scambio organizzato.

L'uso come fonte, il console come giudice, la libertà delle forme, la supremazia della volontà creatrice: questi i mezzi essenziali a tali scopi.

Se non che la codificazione lo ha cristallizzato, e la sistematica lo ha ricondotto verso la grande corrente del diritto civile, nella quale sta già per confluire.

Esso ha effettivamente elaborato nuovi istituti di enorme importanza: i titoli di credito, le società con i soci a responsabilità limitata, le assicurazioni, i trasporti, la mediazione sono relitti superbi della sua elaborazione secolare.

Ma molti dei suoi istituti appartengono ormai al diritto privato generale: la cambiale serve ai commercianti e al commercio come ai rapporti meramente civili.

Il ciclo di sviluppo di quegli istituti, come speciali, può dirsi ultimato, o quasi.

Ora occorre che il diritto commerciale sia idoneo a crearne, a raccoglierne e definirne di nuovi; ma così come è oggi organizzato esso viene a trovarsi — come vedremo tra poco — in troppo stridente dissonanza col mezzo in cui si formano i nuovi rapporti che dovrebbe regolare, per rispondere al suo scopo.

La codificazione, il sistema, la diffusione degli scambi anche non mercantili, lo stanno riconducendo, infatti, là donde è partito; ed esso tende a riconfondersi col diritto civile.

Codificato, integrato da leggi speciali, ha soffocato la funzione degli usi e la tendenza alla unificazione internazionale: non solo per il diritto marittimo “la codificazione, — come rilevò il Rocco — infranse la sostanziale unità durata per tanti secoli”.

Mutilato della giurisdizione speciale, ardita, libera, progressiva, empirica, ha perduto il mezzo di formarsi e di trasformarsi duttilmente coi giudizi di equità.

La dogmatica, poi, riconducendolo al sistema del diritto civile, ne ha precluso ogni forza di espansione dottrinale. È contraddittorio affermare l'autonomia del diritto commerciale, e porlo, invece, come un doppione accanto al diritto civile; ed è assurdo, se si vuole favorirne lo sviluppo originale, ricondurlo col sistema, agli schemi

caratteristici del diritto civile, esponendolo e costruendolo in modo del tutto simile a questo.

Giusto è il lamento del VIVANTE che “il diritto commerciale senti a lungo il disagio scientifico di una disciplina, condannata a vivere a mezza costa tra l’empirismo della pratica e le dottrine tradizionali del diritto civile, baloccandosi nell’impotenza giuridica dei contratti *sui generis*”.

Ma è anche vero che da questo disagio uscì con un sistema peggiore del deplorato empirismo, perché destinato a misconoscere l’originalità degli istituti e ad inaridire la fonte che voleva, invece, allargare e proteggere.

Se si vuole dare vita autonoma e rigogliosa al diritto commerciale occorre riconoscergli una base *diversa* da quella propria del diritto civile; ed atteggiarlo secondo un suo proprio sistema, secondo cioè un profilo particolare, per modo che i due diritti, generale e speciale, si muovano su piani diversi, che si intersecano, ma che non sono univocamente corrispondenti. I giuristi, invece, incapaci di costruire originalmente il diritto nuovo degli scambi, non hanno saputo fare di meglio che comporlo ordinatamente nel sistema del diritto civile; quasi in una tomba.

Personae, res, actiones: come disegnò Gaio e come Napoleone risigillò; annullando così con l’omogeneità del dogma l’originalità nativa, soffocando la spinta vitale della sorgente sempre viva del diritto che si forma da sé, *rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*; e riconducendo, dopo secoli di fecondo sviluppo, la grande fiumana del diritto speciale del commercio, al tronco del diritto comune, dal quale, non senza enormi vantaggi per la civiltà, si era staccata.

4. *Il nuovo diritto commerciale vivente in contrasto con le leggi scritte e col sistema. Il diritto positivo è “fuori fase” rispetto al commercio che vuol regolare.*

Così, com’è oggi, il diritto commerciale da gran tempo appare matura per reincorparsi nel diritto civile: già in alcuni paesi, infatti, è in vigore un codice unico delle obbligazioni che raccoglie ad unità gli istituti elaborati dalle due correnti del diritto privato; e anche tra

noi molti studiosi pensarono e pensano che intrinsecamente la fusione dei due codici è perfettamente matura.

Chi si oppone, giustifica la sua opposizione con rilievi di evidente opportunità: un diritto autonomo dei commerci, che sia più duttile del diritto civile, più facile alla unificazione internazionale, poggiato sull'equità, semplice di forme, deve esistere accanto ed oltre il diritto privato generale.

Giustissimo. Ma si dimentica che queste ottime ragioni non servono per mantenere il diritto commerciale attuale, come è organizzato nel nostro codice, perché esso non ha più le qualità per le quali dovrebbe venire conservato.

Quello che sarebbe utile, anzi che è necessario è una nuova legislazione commerciale, rivolta a raccogliere ed idonea a favorire la formazione di quel più vero diritto che effettivamente palpita nella vita sociale, che è pronto a nascere, che già, anzi, vive; ma occulto, fuori e spesso contro le leggi e lo stesso codice di commercio.

Or è un anno, l'insigne collega che legge di tecnica del commercio nell'Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze, inaugurando l'anno accademico ha parlato della "Politica delle Grandi Banche" ed ha esposto i sottili congegni, dei quali i grandi istituti finanziari si valgono per controllare le aziende industriali e commerciali che si muovono nella loro orbita. Orbene: quasi tutti quei mezzi, che la fantasia creatrice dei gruppi interessati ha concepito sotto la pressione delle necessità contingenti, sono ignoti al nostro ordinamento giuridico positivo; e taluno può ritenersi, anche, contrario ad esso, almeno secondo la prevalente prassi giurisdizionale: tipici alcuni sindacati azionari.

Vastissime zone, nelle quali si formano e si intrecciano rapporti di enorme importanza economica, e quindi sociale, sono ignorate, o quasi, dal nostro diritto positivo; (ad esempio: dei consorzi volontari fra esercenti lo stesso ramo di industria, tanto diffusi e di così decisivo valore nell'economia industriale odierna, si parla per la prima volta timidamente nella legge del 16 giugno 1932, n. 834, e non per disciplinarli, ancora, ma soltanto per averne, almeno, notizia); e perché più incontrollata si svolga l'attività libera delle parti, queste, normalmente, affidano la decisione delle controversie eventuali, non già alla magistratura dello Stato, bensì invece a privati, arbitri od arbitratori, i quali giudicano secondo equità, spesso

creando la norma del momento stesso nel quale credono di applicarla.

Che ciò avvenga è noto a tutti; ed i giuristi stessi se ne rendono conto, tanto che da più parti, e da qualche decennio ormai, ricercano con criterio positivo e scientifico il *diritto vivente*. Anche e soprattutto fuori delle norme codificate: dal *seminario per il diritto vivente* di HERLICH, agli “Studi e rilevazioni sull’applicazione del diritto nella pratica” promossi testè dal GALGANO, attraverso l’opera di molti studiosi è tutto un fermento di ricerche feconde, espressione “di un unico pensiero, quello cioè, — come disse appunto l’illustre studioso testè ricordato, il GALGANO — che per l’accertamento del diritto vigente, oltre alla conoscenza dei precetti e degli intenti del legislatore, occorrono anche un esame vigilante degli atteggiamenti concreti che quei precetti assumono al contatto della realtà della vita giuridica, ed una completa individuazione delle norme di produzione spontanea da parte dei consociati”.

Ora queste ricerche — a mio avviso — hanno rivelato e rivelano ormai abbastanza dove sia il nodo della dissonanza tra il diritto commerciale *codificato*, ed il diritto commerciale *vivente*; quale sia cioè la causa profonda, irrimediabile senza una radicale immutazione del sistema ed in parte della stessa tecnica giuridica, che determina l’impotenza della legge codificata a regolare una moltitudine di rapporti, nei quali si estrinseca oggi, entro una forma caratteristica, la attività mercantile.

Il diritto commerciale codificato è ormai *fuori fase*, come dicono i fisici, rispetto al *commercio* che esso vuole disciplinare: mentre per il commercio si è verificato uno spostamento progressivo dell’asse su cui gravita, per il diritto commerciale non si è verificato un analogo spostamento: occorre attuarlo, perché ancora i rapporti e le norme, il fatto e il diritto, armonizzino tra loro.

5. *Analoga sconcordanza in tutto il sistema del diritto privato. Moderno spostamento della base giuridica dalla libertà del cittadino all’economia dello Stato. Disgregamento del sistema del diritto patrimoniale e formazione di nuovi ordinamenti autonomi patrimoniali a base obiettiva.*

Fuori fase, anzitutto, è già l’insieme del diritto privato patrimo-

niale codificato. Questo, come già nel diritto romano, è concepito essenzialmente in funzione del soggetto: « *hominum causa constitutum est ius* ».

Si tutela ed insieme si limita la libertà del cittadino per l'armonia della vita sociale. I beni sono considerati come *oggetto* dell'attività del singolo: in quanto questi può usarne, goderne, disporne, e non più, né diversamente.

Fuori dei codici, invece, gradualmente, nei tempi recenti, le cose mutano.

Emerge la forza dell'economia, come base dell'organizzazione sociale; i beni, la loro utilizzazione, la loro destinazione, la loro organizzazione diventano sempre più oggetto *immediato* di disciplina giuridica: i fondi come le case, le acque come lo spazio aereo, le aziende come le merci sono considerate in sé, più che in funzione del soggetto cui spettano: ma il *sistema* del diritto positivo sta fermo: i nostri codici, quello civile come quello di commercio, nel regolare i rapporti patrimoniali hanno presente sempre, immediatamente, dominanti, i soggetti: la proprietà è un *potere* del cittadino; il commercio è l'espressione del suo diritto di disporre delle cose proprie; l'obbligazione, della forza creatrice della sua volontà.

Orbene: socialmente le cose non sono più così. I beni sono ormai per la Nazione, e quindi per lo Stato, un *prius* rispetto al cittadino: scultoriamente lo afferma, rivelando una verità che era nel subcosciente di tutti, la Carta del Lavoro nella settima dichiarazione "l'organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale della produzione di fronte allo Stato".

L'ordinamento giuridico privato patrimoniale, incardinato sulla base essenziale del diritto soggettivo è oggi un anacronismo: perciò è visibilmente minato da manifeste forze disgregatrici.

Da ogni parte si tende a creare nuovi ordinamenti autonomi patrimoniali strappandoli dai codici. Non più solo il diritto commerciale, ma il diritto marittimo, il diritto agrario, il diritto industriale, il diritto aereo, il diritto minerario, e molte altre discipline reclamano l'autonomia, vogliono il proprio codice.

Il sistema del diritto privato tende a dissolversi; ma soltanto per ricomporsi sopra un'altra base. Infatti tutte le discipline nuove intendono sfuggire alla legge generale del diritto privato, che affermano la loro repugnanza a mantenersi sotto quel sistema che

reclamano la loro autonoma ragione di vita, hanno una base essenzialmente *oggettiva*: non si occupano tanto 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 primariamente vuole la sua regola: il diritto privato 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: poiché “l’iniziativa privata nel campo della produzione è lo strumento più efficace e più utile nell’interesse della Nazione” — (così mirabilmente sempre la Carta del Lavoro) — la proprietà rimane come fondamento del regime patrimoniale. Ma una proprietà trasformata, come già 10 anni or sono ebbero a dimostrare; una proprietà non più espressione di egoismo individuale, bensì, invece, alta e benefica funzione sociale.

6. *La crisi dottrinale della teoria generale del diritto come sintomo della impossibilità per il sistema tradizionale di costruire e contenere il diritto vivente.*

La impossibilità, per il sistema dominante nel secolo decimonono, di costruire e contenere le correnti nuove dei rapporti economici ed etici cui dovrebbe corrispondere, è denunciata altresì dalla profonda crisi dottrinale che ha sconvolto in gran parte la teoria generale del diritto.

Nelle nuove dottrine che fermentarono e fermentano tra noi e che ci vengono da tutta Europa un tratto caratteristico appare comune: il tentativo di evasione dal sistema tradizionale; la volontà di allargarne o addirittura di sovvertirne i termini, affinché la materia nuova possa non solo venirvi compresa, ma altresì armonicamente collocata.

Tutte le costruzioni dogmatiche che vogliono superare le contraddizioni fondamentali dello stesso diritto romano, che tendono a sopprimere il dualismo fra diritto pubblico e diritto privato, tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, tra ordinamento giuridico e ordinamento morale, che vogliono superare la statalità del diritto, o dare all’interprete l’ufficio di legislatore, da DUGUIT a BIRLING, da KELSEN a MERKL sono l’espressione di un solo bisogno, il sintomo univoco di una sola crisi profonda.

L'ordinamento giuridico, che è forma del fatto sociale, non lo raccoglie più con quella precisione, con quella plasticità che è necessaria: occorre adattarlo al suo contenuto. È, diciamolo francamente, non solo una crisi che propone al legislatore nuovi problemi e nuova materia, ma che denuncia la insufficienza della stessa tecnica del diritto, che reclama la riforma dei mezzi strumentali, i quali più non sembrano idonei al loro scopo. Roma era tanto convinta che la fortuna del suo ordinamento stesse nella distinzione assoluta tra sacro e profano, tra pubblico e privato, che perfino il poeta considera tali differenziazioni come titolo di gloria imperitura: « fuit haec sapientia quondam, publica privatis secernere, sacra profanis ».

Oggi la materia, che ribolle nel crogiolo del rinnovato mezzo sociale economico e politico tende invece a fondersi ed a confondersi: certamente per ridiversi e ricomporsi secondo nuove direttive, in gruppi più felicemente idonei a sistamarla in modo fecondo.

Negarlo, è chiudere volontariamente gli occhi davanti alla realtà.

Tutto il sistema del diritto privato deve dunque ricostruirsi sopra una base nuova, secondo nuovi principi, come il diritto dei beni e dell'economia, e non più come la "riserva" concessa alla libertà civile dei cittadini: a base obiettiva, cioè, e non più, secondo la tradizione, romanisticamente subiettiva.

Solo così tra i rapporti, quali sono effettivamente, e le norme, vi sarà la necessaria armonia, e la evoluzione, nei fatti in gran parte compiuta, troverà il suo suggello nel nuovo sistema legislativo e nella nuova dottrina: la formazione ideale risponderà alla formazione storica del diritto materiale.

7. *Il commercio moderno come fenomeno di organizzazione. Il supercapitalismo: inettitudine a regolarlo del codice di commercio a base atomistica (atti di commercio).*

Ma il diritto commerciale positivo è doppiamente *fuori fase*. Non solo già come ramo del diritto privato, per le ragioni che abbiamo visto, ma anche e più in sé e per sé, in quanto non corrisponde univocamente al commercio, quale fenomeno della società contemporanea.

Tendenzialmente, infatti, esso vorrebbe disciplinare il commer-

cio, ma sostanzialmente, invece, disciplina singoli *atti*, che considera in sé, atomisticamente.

Secondo la nostra legge è commercio l'atto di chi compra con l'intenzione di rivendere, di chi vende avendo comprato con l'intenzione di rivendere, di chi partecipa alla costituzione di una società commerciale, o comunque ne possiede un'azione, di chi stipula un riporto o firma una cambiale, e così via.

Ora tutto ciò che non ha molto a che fare col commercio moderno.

Il commercio è nella sua essenza, oggi, qualcosa di ben diverso dalla interposizione individuale occasionale, nello scambio; è un fenomeno di *organizzazione*, e spesso di *massa*.

Regolando l'atto individuale, al nostro codice sfugge l'aspetto economico e giuridico più caratteristico del commercio moderno: l'ordinamento che vale per i singoli atti, non serve, non può servire per il grandioso movimento economico che si vuol regolare.

L'atto di commercio è una base inadatta a questo scopo. Viviamo in un'epoca nella quale, come il Capo del Governo ha recentemente rilevato, "si è delineata una trasformazione del capitalismo in supercapitalismo". Quel supercapitalismo il quale, (così sempre BENITO MUSSOLINI) "tende al monopolismo, che si afferma nei consorzi, nei *trust*, nei cartelli..."; quel supercapitalismo che costituendo la più evoluta forma di organizzazione, si pone in netto contrasto con la nozione frammentaria che la nostra legislazione positiva ha assunto per base ed intenderebbe di conservare.

Il nostro codice di commercio e lo stesso progetto della Commissione reale, sembra ancor ritenere che non vi sia differenza sostanziale tra un atto isolato, manifestazione semplice e contingente di interposizione per lo scambio, e l'atto che è invece la espressione di una vasta e complessa organizzazione; tra l'atto che ha per oggetto un bene modesto e trascurabile per l'economia nazionale, e l'atto che appare elemento indifferenziabile di un vasto e complesso gruppo uniforme di negozi identici, tutti confluenti ad una stessa impresa, di rilevanza notevole per la formazione e la distribuzione della ricchezza nazionale. Ora questo è un errore. Le differenze quantitative nei fatti sociali si risolvono in differenze qualitative.

Altro è un gruppo, altro è la folla; altro è un negozio, altra è una

grande impresa; altro è un contratto di assicurazione, altro è il portafoglio di una compagnia assicuratrice.

Si tratta di mutamenti profondi nel valore e nella stessa essenza dei rapporti che la quantità di essi determina.

Ma soprattutto l'odierno diritto commerciale, regolando semplicemente i così detti atti di commercio, non ha la percezione esatta di quello che il commercio è effettivamente.

Commercio non è soltanto lo scambio; è, invece, la *organizzazione* per lo scambio. Non si ha vero commercio dove manchi l'impresa e rispettivamente l'azienda. Comprare per rivendere non è commercio, in senso economico e sociale: commercio è organizzare i fattori produttivi in modo da potere organicamente provvedere allo scambio comprando e rivendendo.

Quello che è rilevante, essenziale, che deve essere disciplinato in sé, regolato e protetto nella sua esterna manifestazione è la organizzazione per lo scambio, sia immediato (commercio) che mediato mercé la trasformazione industriale. Finché rimarrà come base della legislazione mercantile l'atto di commercio, isolatamente considerato, indifferenziato quantitativamente, astratto dalla organizzazione aziendale, il diritto commerciale non regolerà il vero commercio, e funzionerà fatalmente a vuoto, là dove appunto più urgente sarebbe la sua efficacia.

8. *Il problema specifico della riforma del diritto commerciale. a) Codice unico delle obbligazioni? b) Diritto sindacale a base subiettiva? Le corporazioni medioevali ed il sindacalismo fascista.*

Quando si tengano presenti questi rilievi, apparirà chiaro come la impostazione tradizionale del problema della riforma del diritto commerciale sia eccessivamente semplicistica e destinata a poco fecondi risultati.

Infatti, il problema della riforma è stato posto, finora, come se offrisse solo tre alternative, tra le quali il legislatore necessariamente dovrebbe scegliere: o l'annullamento della dicotomia tra diritto commerciale e civile, *unificando il diritto delle obbligazioni*; o il ritorno alla base subiettiva nel senso medioevale: *diritto dei commercianti* — o il mantenimento dell'attuale base obiettiva: *diritto degli atti di commercio*.

Ora abbiamo già detto che il trasporto in un codice unico delle obbligazioni di molti istituti ormai quasi completamente elaborati e maturati nella prassi e nella legislazione commerciale è possibile e dovrebbe attuarsi; ma che esso non elimina affatto la necessità di una separazione tra il diritto patrimoniale generale e un nuovo diritto speciale del commercio.

Il problema relativo a quest'ultimo rimane dunque aperto; e può riproporsi tradizionalmente e giustamente col dilemma: a base subiettiva ovvero a base obiettiva?

Se non che bisogna mutare il significato così dell'una che dell'altra espressione.

La scelta deve farsi tra una soggettività ed una oggettività, diverse da quelle tradizionali: non si tratta, a mio avviso, di optare tra un diritto sindacale a base subiettiva ed un diritto dell'economia, a base obiettiva, aziendale.

Parlare di un diritto dei commercianti, come un sistema di privilegi, di potestà particolari attribuite a singole persone che si qualificano commercianti iscrivendosi nei pubblici appositi registri, pare evidentemente un anacronismo.

Ma è lecito invece domandarsi se non vi possa essere un diritto di *classe*, essenzialmente corporativo, per coloro che professionalmente esercitano l'industria e la mercatura.

Questo e questo solo potrebbe essere il diritto commerciale a base subiettiva di domani.

Ma non mi sembra da favorirsi, per le ragioni che ho già rapidamente accennato rispetto al complesso del diritto privato. Poiché l'economia tende a prevalere sull'individuo, poiché i diritti subiettivi devono concepirsi in funzioni dell'utilità generale e quasi come un *munus* piuttosto che come un *ius*, parrebbe già antistorica e non idonea ad un progressivo fecondo sviluppo una base subiettiva.

E parrebbe, altresì, pericolosa ed equivoca rispetto al sistema del sindacalismo fascista. Un diritto dei commercianti e degli industriali, in quanto iscritti nei rispettivi sindacati, ricorderebbe troppo le origini classiste del diritto commerciale ed accentuerebbe il parallelismo, giustamente condannato, tra la corporazione medioevale e l'odierno stato corporativo.

Tra i due istituti esiste, invece, profondo radicale contrasto, sotto il profilo politico e giuridico. La Corporazione medioevale è il frutto della debolezza dello Stato e l'affermazione egoistica di un gruppo di individui per la tutela dei propri interessi; il sindacato fascista è invece l'affermazione della supremazia dello Stato, e la coordinazione e la subordinazione degli interessi particolari agli interessi generali. Sarebbe tradire lo spirito del nuovo ordinamento accostarlo all'antico.

9. c) *Diritto del commercio, cioè della organizzazione economica a base aziendale. Le pluralità collegate oggetto del diritto commerciale. L'azienda. La clientela. I contratti. Il soggetto giuridico (commerciante) in funzione dell'azienda.*

Il diritto commerciale vuol essere, dunque, piuttosto il diritto del commercio che non quello dei commercianti.

Ma del commercio moderno, vivo, vero, reale, quale si svolge nella società temporanea, e non quale potè apparire, con visione già allora antiquata, al legislatore della seconda metà del secolo diciannovesimo; — del commercio cioè dei contratti-tipo, dei contratti collettivi, delle grandi compagnie anonime, dei *trust* e dei cartelli, del commercio, insomma, a base prevalentemente collettiva, corporativa.

L'individualismo atomistico economico e giuridico, già contrastato nel puro diritto civile (nel quale, anche, il gruppo tende a prevalere, almeno nei rapporti non esclusivamente patrimoniali, sull'interesse frammentario dei singoli: così appunto nei rapporti di famiglia e di successione) appare uno stridente anacronismo nei rapporti commerciali. Questi sono oggi dominati da pluralità di soggetti o di cose, le quali devono concepirsi organicamente unite nella loro funzione economica.

Questa organicità del fenomeno economico, che ha già trovato la sua geniale espressione giuridica nel diritto pubblico, con la costituzione corporativa dello Stato Fascista, deve riflettersi altresì nel campo del diritto privato.

I beni non si presentano nella organizzazione mercantile frammentariamente, ciascun per sé, come spesso nel diritto civile, bensì invece coordinati gli uni agli altri nella *azienda*, unità economica che

deve costruirsi unitariamente anche nel diritto, se è vero che questo è la regola dei rapporti *come sono*, e non una arbitraria finzione.

Lo stabilimento, le materie prime, le merci nei magazzini, la ditta, i brevetti che servono all’industria, i marchi che ne differenziano i prodotti, pur essendo ciascuno un bene che ha la sua funzione economica e la sua struttura giuridica, devono però venir considerati altresì, e più, sotto il profilo del commercio, come parte di un tutto, come elemento di un organismo complesso che socialmente ed economicamente li coordina, li unifica e li fonde.

Ugualmente si dica degli stessi rapporti giuridici. Non si vuol negare l’esistenza autonoma del singolo contratto, della singola obbligazione; ma bisogna d’altra parte riconoscere che il Commercio tende ad organizzare, a comporre unitariamente, perché unitaria è la loro funzione economica, così l’insieme dei contratti di una azienda, come l’insieme dei rapporti giuridici che da essi promanano.

Si delinea, per tal modo, il concetto di clientela, ignoto al nostro codice, ma essenziale al nostro commercio. E clientela non solo nel senso, già appreso ed elaborato dalla recente dottrina, di avviamento, di accorsatura, cioè nella sua totalità; ma anche sotto un profilo, pur *collettivo*, ma più modesto e limitato; come rapporto cioè, *continuato* di scambi fra azienda e azienda, tra azienda e singolo.

Il commerciante ha già percepito che vi ha certo una differenza tra un contraente occasionale ed un cliente abituale; ma questa differenza sfugge ancora alla dottrina giuridica.

Il commerciante trova strano ed assurdo di dover continuare la fornitura in base ad un altro contratto concluso precedentemente e tuttora in corso di esecuzione; perché, per lui, esiste un *cliente inadempiente* il quale, logicamente, non può pretendere che il suo fornitore gli rimanga vincolato. Ma la nostra Magistratura, secondo il nostro diritto, non può non costringerlo ad eseguire il nuovo contratto, rispetto al quale il cliente è adempiente, perché ciascun negozio appare, per l’ordinamento giuridico vigente, separato ed autonomo.

Non solo; ma il nostro diritto non concepisce neppure la coesione organica di tutti gli effetti derivanti da un contratto; e, d’altra parte, il commercio moderno ne sente il bisogno, e, creandosi un suo diritto fuori dell’ordinamento statale, intreccia rapporti che hanno per oggetto, appunto, — così si suol dire — i contratti.

Vendita di contratti, cessione di contratti, pegno di contratti: tutte cose che il commercio conosce, ed il codice ignora.

Per il giurista si cedono solo i singoli rapporti giuridici: non si cede la compra-vendita; ma il diritto del compratore, o il diritto del venditore, così come si succede o nel dovere del venditore o in quello del compratore. Ma diritti e doveri, sia pur sorti da un unico atto, vivono e circolano separati, e devono trasmettersi con negozi e presupposti diversi, e si estinguono per differenti cause. Invece il commercio reclama un negozio il quale sia idoneo a collocare una nuova persona nella stessa identica condizione complessiva in cui si trovava il contraente immediato; cioè investita, insieme, in forza di un solo negozio traslativo, di tutti i diritti e di tutti i doveri che sono sorti da un contrasto rispetto ad un soggetto.

Cedere il contratto di acquisto vuol dire, per il commercio, mettere il così detto cessionario nella stessa condizione del compratore, cioè da un lato attribuirgli il diritto alla merce, dall'altro imporgli il dovere di pagare il prezzo. Mantenere, insomma, collegati, in un sistema rigido, i diritti e i doveri che sono sorti collegati; unificare organicamente ciò che il diritto vigente non sa compiere che frammentariamente.

Ed anche sotto il profilo del soggetto il momento oggettivo e collettivo tende a prevalere: il commercio moderno coordina sempre più l'individuo all'azienda, e vuol sottoporre gli imprenditori di commerci omogenei a speciali disposizioni uniformi.

Il sigillo dell'unità economica non viene più dal soggetto, rispetto al quale i beni si raccolgono nel *patrimonio*; bensì, invece, dallo scopo, che coordinandoli nell'*azienda*, costituisce organismi oggettivi, la cui spettanza ad uno o ad altro soggetto è spesso, per il commercio, di secondario rilievo.

È il soggetto in funzione dell'azienda; non l'azienda nel patrimonio del soggetto, che il nuovo diritto deve considerare, se vuole uniformarsi al rapporto economico, perché ciò appunto la ditta, i brevetti che servono all'industria, i marchi che ne differenziano i prodotti, pur essendo ciascuno un bene che ha la sua funzione economica e la sua struttura giuridica, devono però venir considerati altresì, e più, sotto il profilo del commercio, come parte di un tutto, come elemento di un organismo complesso che socialmente ed economicamente li coordina, li unifica e li fonde.

Ugualmente si dica degli stessi rapporti giuridici. Non si vuol negare l’esistenza autonoma del singolo contratto, della singola obbligazione: ma bisogna d’altra parte riconoscere che il Commercio tende ad organizzare, a comporre unitariamente, perché unitaria è la loro funzione economica, così l’insieme dei contratti di una azienda, come l’insieme dei rapporti giuridici che da essi promanano.

Si delinea, per tal modo, il concetto di clientela, ignoto al nostro codice, ma essenziale al nostro commercio. E clientela non solo nel senso, già appreso ed elaborato dalla recente dottrina, di avviamento, di accorsatura, cioè nella sua totalità; ma anche sotto un profilo, pur *collettivo*, ma più modesto e limitato; come rapporto cioè, *continuato* di scambi fra azienda e azienda, tra azienda e singolo.

Il commerciante ha già percepito che vi ha certo una differenza tra un contraente occasionale ed un cliente abituale; ma questa differenza sfugge ancora alla dottrina giuridica.

Il commerciante trova strano e assurdo di dover continuare la fornitura in base ad un recente contratto a colui che frattanto si è reso inadempiente ad un altro contratto concluso precedentemente e tuttora in corso di esecuzione; perché, per lui, esiste un *cliente inadempiente* il quale, logicamente, non può pretendere che il suo fornitore gli rimanga vincolato. Ma la nostra Magistratura, secondo il nostro diritto, non può non costringerlo ad eseguire il nuovo contratto, rispetto al quale il cliente è adempiente, perché ciascun negozio appare, per l’ordinamento giuridico vigente, separato ed autonomo.

Non solo; ma il nostro diritto non concepisce neppure la coesione organica di tutti gli effetti derivanti da un contratto; e, d’altra parte, il commercio moderno ne sente il bisogno, e, creandosi un suo diritto fuori dell’ordinamento statale, intreccia rapporti che hanno per oggetto, appunto, — così si suol dire — i contratti.

Vendita di contratti, cessione di contratti, pegno di contratti: tutte cose che il commercio conosce, ed il codice ignora.

Per il giurista si cedono solo i singoli rapporti giuridici: non si cede la compra-vendita; ma il diritto del compratore, o il diritto del venditore, così come si succede o nel dovere del venditore o in quello del compratore. Ma diritti e doveri, sia pur sorti da un unico atto, vivono e circolano separati, e devono trasmettersi con negozi e presupposti diversi, e si estinguono per differenti cause. Invece il

commercio reclama un negozio il quale sia idoneo a collocare una nuova persona nella stessa identica condizione complessiva in cui si trovava il contraente immediato; cioè investita, insieme, in forza di un solo negozio traslativo, di tutti i diritti e di tutti i doveri che sono sorti da un contratto rispetto ad un soggetto.

Cedere il contratto di acquisto vuol dire, per il commercio, mettere il così detto cessionario nella stessa condizione del compratore, cioè da un lato attribuirgli il diritto alla merce, dall'altro imporgli il dovere di pagare il prezzo. Mantenere, insomma, collegati, in un sistema rigido, i diritti e i doveri che sono sorti collegati; unificare organicamente ciò che il diritto vigente non sa compiere che frammentariamente.

Ed anche sotto il profilo del soggetto il momento oggettivo e collettivo tende a prevalere: il commercio moderno coordina sempre più l'individuo all'azienda, e vuol sottoporre gli imprenditori di commerci omogenei a speciali disposizioni uniformi.

Il sigillo dell'unità economica non viene più dal soggetto, rispetto al quale i beni si raccolgono nel *patrimonio*; bensì, invece, dallo scopo, che coordinandoli nell'*azienda*, costituisce organismi oggettivi, la cui spettanza ad uno o ad altro soggetto è spesso, per il commercio, di secondario rilievo.

È il soggetto in funzione dell'azienda; non l'azienda nel patrimonio del soggetto, che il nuovo diritto deve considerare, se vuole uniformarsi al rapporto economico, perché ciò appunto è nella essenza dell'economia corporativa: l'imprenditore non è tanto il *padrone* quanto l'*esponente* responsabile dell'azienda: è come tale che, nel commercio, come nello Stato, esercitando una funzione, viene sottoposto a doveri particolari ed investito di particolari diritti.

10. *I contratti collettivi: originalità del contratto collettivo fascista. Disgiunzione tra il potere vincolante, che spetta alla persona giuridica, e la sfera d'azione del vincolo che riguarda i singoli componenti la collettività vincolata.*

Su questa base giuoca la funzione economica e dovrà essere costruita la figura giuridica di diritto privato del *contratto collettivo*, di quel contratto collettivo che invano la dottrina si affanna a far rientrare nei quadri del sistema classico.

Il contratto collettivo è cosa nuova rispetto al sistema del secolo decimonono; se pur non sia nuovo rispetto alla storia del diritto; e deve, appunto, alla sua novità la energia vitale, la sua forza di “principio di trasformazione”, come lo definì il BOTTAI, la sua attitudine ad estendersi assai oltre i confini dei rapporti di lavoro, invadendo tutto il campo del diritto dell’economia.

Esso è l’espressione di un concetto intermedio che va posto tra i due estremi dell’individualismo e del collettivismo, i quali, giuridicamente, si toccano e si confondono e sono i soli accolti dal diritto classico.

Non risponde né al concetto che le sole persone fisiche sieno soggetto di diritto; né a quello che vuole unificate le pluralità in una persona *giuridica*, la quale assorbe ed annulla, giuridicamente, i singoli da cui risulta.

Risponde invece, al vero concetto di *collettività*, insieme di persone o di cose, che non perdono la loro individualità, ma sono però collegate per modo da agire ed esistere come un complesso unitario.

I rapporti giuridici collettivi vincolano tutti i singoli soggetti e non solo la persona giuridica che li accoglie ed unifica: ma non sono creati da essi, né essi hanno, come singoli, la facoltà di disporne o il potere di scioglierli.

Il potere di costituire, di modificare, di sciogliere i rapporti collettivi spetta ad un ente diverso dai singoli che dai rapporti sono vincolati; cioè al Sindacato, alla Corporazione, alla Magistratura del lavoro.

Ed il *vincolo* non li afferra ad uno come singoli, ma solo, invece, come elementi di una collettività, per modo che entrandovi lo accettano, ed uscendone se ne liberano.

Struttura mirabile, duttile, feconda di pace e di ordine sociale, destinata ad allargare sempre più il suo campo d’azione; struttura d’altra parte difficile a costruirsi giuridicamente ed a riconnettersi a forme già note, se non fosse avvicinandola alla comunione a mani intrecciate del diritto germanico, di cui qualche traccia è tuttora nel nostro diritto, od alla “istituzione” del diritto canonico, prima che Sinibaldo dei Fieschi riconducesse anche la dottrina di questo al concetto classico di persona giuridica.

11. *Conseguentemente: postulati della nuova legislazione commerciale: 1) coordinamento coll'ordinamento corporativo; 2) palinogenesi e non riforma; 3) totalitaria ed organica per l'intero diritto privato patrimoniale; 4) su base oggettiva, ma non atomistica (azienda, non atti di commercio); 5) innovando anche il sistema e la tecnica.*

Ma non è qui il luogo di tentare la costruzione giuridica dei nuovi istituti, che con saggio ardimento sono stati introdotti dalle leggi recenti. Qui oggi preme e basta affermare:

1) che la nuova codificazione è urgente, appunto per coordinare il diritto privato all'ordinamento corporativo dello Stato il quale ha creato nuove fonti di diritto, che in gran parte tendono a sostituire, con più moderna struttura e maggiore utilità, la feconda funzione degli usi, come strumento per la formazione del nuovo diritto;

2) che la nuova codificazione del diritto commerciale non dovrà tendere soltanto a *riformare* quella oggi in vigore; bensì invece ad *innovarla*;

3) che la riforma dovrà essere *organica e totalitaria* per l'intero diritto privato patrimoniale non senza tener presenti i più prossimi campi di confine del diritto pubblico.

Occorre ridistribuire la materia con nuovi criteri tra il diritto civile ed il diritto commerciale, dando a questo quei caratteri che un giorno ebbe e che ancora oggi giustificano la sua autonomia; limitandone l'estensione all'industria ed al commercio organizzati; accentuandone i principi generali dinamici e facilitandone la formazione e trasformazione progressiva mediante una speciale magistratura di equità, con autorizzata interpretazione evolutiva, ed un favorevole regime fiscale;

4) che base idonea al riordinamento della materia commerciale ed al suo coordinamento al sistema corporativo deve ritenersi quella *oggettiva*, ma non col criterio atomistico degli *atti di commercio*, bensì con quello concreto, reale, vivo ed organico dell'*azienda*;

5) che la riforma deve estendersi oltre la legislazione e la stessa sistematica per innovare altresì la tecnica tradizionale.

12. *Sotto quest'ultimo aspetto: a) necessità di regolare le pluralità collegate come tali, superando il sistema tradizionale che le unifica sempre o dividendole, o moltiplicandole, o personificandole.*

Il nuovo diritto, dovrà, infatti, considerare e regolare il fenomeno delle pluralità collegate, e la nuova dottrina dovrà costruirlo sistematicamente.

Sarà questo un compito estremamente arduo e tipicamente rivoluzionario.

Da Roma in poi, il diritto classico si è svolto su base atomistica: un soggetto, un oggetto, un rapporto, costituiscono l'unità elementare e costante che le nostre leggi considerano: i numeri interi della nostra aritmetica.

Dove la realtà smentisca il diritto, questo la supera con l'istituto della *finzione giuridica*.

Se vi è un solo oggetto attribuito in proprietà a più persone, l'oggetto si divide, o di fatto, o per quote ideali, per modo che ciascun soggetto abbia la *sua proprietà*, sopra la *sua* cosa.

Alle volte si unificano i soggetti, facendo dei più cittadini investiti di un solo diritto una sola persona (finta) titolare di una sola proprietà sopra una sola cosa.

Se vi sono più oggetti, vi sono altrettanto diritti di proprietà quanti sono gli oggetti: se si vuole creare una sola proprietà rispetto a più oggetti, questi si fingono formare una sola cosa; secondo il concetto di *universitas*.

Se più soggetti sono obbligati per un solo rapporto, ad una data prestazione, o si divide la prestazione per modo che ciascuno sia gravato da una sua propria obbligazione rateale, o si moltiplicano le obbligazioni in modo che ciascuno sia tenuto per l'intero (solidarietà).

Sempre e comunque il diritto classico respinge le collettività come tali dal suo campo e le ignora come immediato oggetto della sua norma: le collettività si risolvono sempre od unificandosi o dividendosi o moltiplicandosi per modo da risultare, giuridicamente, in ogni caso a base *unitaria*.

Questo, che — si ripete — è nella essenza più o meno consapevole del diritto classico, deve superarsi nel diritto nuovo.

Occorre spingere innanzi la nostra dogmatica per modo che conosca da un lato le *frazioni*, dall'altro i *monomi* e i *polinomi*.

Dovrà conoscere enti collettivi subiettivi *immediatamente* (cioè indipendentemente dalla loro personificazione) e saper risolvere il gruppo nei suoi elementi e ricomporlo ad unità; dovrà conoscere le collettività di cose, nella loro pluralità e nella loro unità, così, appunto, come economicamente si presentano.

13. b) *Necessità di tener conto che nel diritto, come nell'economia, le differenze quantitative determinano spesso differenze qualitative. Interesse sociale immediato nella disciplina delle grandi imprese.*

E dovrà infine avere il senso della *quantità*. Distinguere la piccola dalla grande azienda, la modesta società dalla grande compagnia, i rapporti occasionali dai rapporti di massa, in serie, su vasta scala; e considerare con speciale attenzione non solo i quadri collettivi già predisposti dalle leggi nel sistema dell'ordinamento corporativo, ma altresì tutti quegli aggregati economici, uniformi o complementari, che, sotto forma di sindacati volontari, di cartelli, di *trusts*, o di altre figure monopolistiche tanto peso esercitano sullo sviluppo economico del paese.

È assurdo regolare con le stesse norme, sottoporre allo stesso controllo, congegnare nello stesso modo la piccola società e la vasta impresa di una grande anonima, considerare come essenzialmente identici un contratto di assicurazione sporadico e ciascun contratto che concorra a formare il portafoglio di una compagnia che controlla centinaia di milioni di lire.

L'elemento quantitativo, come si disse, opera in questo campo delle differenze *qualitative*: vi è, economicamente e giuridicamente, una differenza intrinseca di sostanza, tra un vasto sistema di ricchezza vincolata ad uno scopo, e singoli atti che isolatamente perseguano uno scopo analogo.

Nel primo caso è in gioco un interesse pubblico immediato, che nel secondo non è sentito, e quasi non esiste.

Nel primo caso, uno Stato, il quale risolutamente intenda di integrare, proteggere, e comunque sorvegliare l'economia della Nazione deve essere presente coi suoi organi, perché l'interesse sociale

venga immediatamente protetto; nel secondo l’iniziativa privata può essere lasciata libera da controlli o concorsi, salva la repressione di ciò che fosse per compiere contro la legge.

“Quando un’impresa privata — ha detto il Capo del Governo in quel suo discorso al Senato del 18 dicembre 1930 che ebbe tanta risonanza nel Paese — varca certi limiti, non è più un’impresa privata, ma è un’impresa pubblica”.

Sicché il diritto della produzione e degli scambi organizzati, pur rimanendo in concreto diritto dei privati, dovrà risultare (come è già fatto), largamente permeato da criteri pubblicistici, come quello che regola vaste collettività di beni e di persone che esercitano funzioni rilevanti per la pubblica economia.

Per tal modo il diritto commerciale, rappresentando come un punto di intersezione tra il diritto pubblico ed il diritto privato, da un lato dimostrerà anche una volta l’unità sostanziale dell’ordinamento giuridico, e dall’altro accentuerà la propria intima differenza col diritto civile patrimoniale: questo essenzialmente libero, derogabile per volontà dei privati, plasmabile nel modo più vario ed arbitrario; quello legato ad una disciplina più stretta, in ragione dell’interesse pubblico immanente nei rapporti di massa, tale da lasciar libero il singolo di aderire o meno ad un rapporto, ma non di costruirlo a suo piacimento, in dissonanza od in contrasto con la volontà collettiva della sua classe.

14. *Posizione che il nuovo diritto commerciale verrà ad assumere nel sistema generale del diritto patrimoniale. Il nuovo diritto corporativo come punto di partenza per la nuova dottrina.*

Queste, per sommi tratti, le direttive fondamentali che auspico per la nuova legislazione.

Che se il nuovo codice si ispirerà a tali principi e si uniformerà a questi criteri esso potrà, assai più agevolmente che il nostro, assolvere i compiti storici del diritto speciale ai commerci. Tenendo presente, infatti, anzi tutto l’organizzazione economica, che è la sua ragione d’essere, disciplinando internamente la struttura giuridica ed esternamente i rapporti dell’azienda, ed in funzione di questa considerando l’attività dell’impresa, coordinando così originalmente il fattore soggettivo a quello oggettivo, il nuovo codice avrà per

oggetto una materia effettivamente omogenea, differenziata dalla massa dei rapporti di diritto privato, da requisiti non equivoci e rilevanti.

Così organizzato, esso da un lato offrirà al diritto patrimoniale in formazione un *humus* perfettamente predisposto, favorendone il sorgere, disciplinandone rapidamente le manifestazioni, integrando e garantendo il movimento economico della produzione e degli scambi; e dall'altro costituirà un ordinamento sussidiario al diritto civile, ma fundamentalmente, per spirito e per tecnica, da esso diverso; idoneo a servire come mezzo di recupero sotto la disciplina giuridica di quei rapporti patrimoniali che per difetto di forma o novità di sostanza il diritto classico respinga, e che pur meritino di essere regolati e protetti dallo Stato, e, nello stesso tempo, dotato di una sua propria dinamica — che ne garantisca l'originalità, l'autonomia, la tendenza ad un sano sviluppo organico.

Non mai, forse, se non quando, caduti gli ultimi resti del regime feudale e sbollito il fervore rivoluzionario, Napoleone diede opera al rinnovamento del diritto europeo, — non mai come oggi fu consapevole il bisogno di una palingenesi degli ordinamenti giuridici.

La grande guerra non ha determinato, essa, da sola, il profondo mutamento del tessuto sociale, della organizzazione economica, delle aspirazioni politiche dei popoli, ma l'ha rivelato ai popoli stessi, li ha resi consapevoli della dissonanza stridente tra i tempi nuovi e l'ordine superato.

Il momento di edificare par giunto.

Occorrono nuove leggi organiche per regolare rapporti nuovi e soddisfare nuove esigenze e nuove tendenze; occorrono nuove dottrine per inquadrare le nuove norme, e preservarne e rafforzarne il dinamismo.

Il riformismo giuridico è finito: bisogna, ormai, ricostruire dalle fondamenta.

Il nuovo diritto è in atto: vano è lo sforzo di ricondurlo agli schemi antichi; occorre partirsi da esso ponendolo “come punto di partenza e non come punto di arrivo” (MAGGIORE).

Quella organicità, che il Regime ha già dato alle sue norme per ciò che attiene alla Costituzione dello Stato, conviene ora dare al diritto privato, se vogliamo obbedire alla nuovissima parola d'ordine: camminare, costruire.

Compito audace, certamente, ma appunto perciò degno dei nostri tempi: l’immagine di Roma che col suo diritto dà forma e forza all’Impero, il ricordo dei Comuni che schiudono la via alla civiltà mercantile coi nuovi strumenti giuridici del commercio, dalla cambiale alla società con garanzia limitata, ci siano di esempio e di sprone. Ancora una volta il soffio di rinnovamento, la rinascita feconda venga dalla nostra terra, perennemente giovane, foggiando, per la pace sociale del mondo, un nuovo diritto, faro luminoso che splenda nei secoli.

CONFLITTO TRA PRINCIPII GENERALI DEL DIRITTO

1. Segnaliamo ai lettori la grande importanza della massima accolta dalle Sezioni Unite con la sentenza annotata.

Tale decisione, ed anche più esplicitamente altre che la seguirono come la sentenza dell'Appello Bologna 27 luglio 1926 (*Giurisprudenza della Toscana* ecc., 371), e della Cassazione del Regno 3 maggio 1926 (*Settimana della Cassazione*, 1926, 493) riconosce quale principio generale del nostro diritto positivo quella "tutela delle aspettative" (come felicemente si espresse il VENEZIAN nella sua ormai storica *Prolusione*) che vari scrittori e giudicati avevano rivelato in numerose disposizioni di legge, raccogliendole ad unità.

L'attribuita natura di *principio generale* allo spirito che collega le varie norme in forza delle quali taluno, privo in sé di ogni diritto, trasferisce ad altri, di buona fede, con efficacia riconosciuta, diritti altrui, mira a consentire la estensione analogica di quelle norme, le quali, volta a volta, si presentano, nelle singole leggi, con carattere di *eccezione* e limitazione al principio: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Sotto questo profilo, la massima, mentre appare innovazione particolarmente ardita — posto che anche il più reciso assertore del carattere generale del principio che vuol tutelata la buona fede che si fonda su apparenze legittime ritiene non potersi tale principio, nel nostro diritto positivo, estendere per analogia (cfr. FERRARA, *Simulazione*, III ed., pag. 288) — propone ed impone problemi assai ardui alla critica sistematica.

Viene fatto anzi tutto di chiedersi se possano sussistere, in uno stesso ordinamento giuridico positivo, due principi antitetici, col carattere di *principi generali* di quell'ordinamento.

Che indirizzi contrari si trovino a conflitto nei rapporti sociali sottoposti alla regola giuridica, e che questa tenda appunto a comporre i contrastanti interessi, attribuendo volta a volta a l'uno od

all’altro la prevalenza, garantita dalla sua sanzione, è fuori di contrasto.

Ma un principio diventa *generale* solo quando appunto esso è accolto *di regola* come criterio per la soluzione di un conflitto di interessi. Ora è lecito osservare che in un sistema vengano accolti ed applicati costantemente o solo prevalentemente come regola, cui si ispirano le norme positive, due principi che sieno in netto contrasto fra di loro. Infatti: o prevale l’uno o prevale l’altro, ed allora all’uno od all’altro deve riconoscersi il carattere di *principio generale*, o nessuno dei due domina sull’altro, ed allora a nessuno può riconoscersi il carattere di *principio generale*.

Il rilievo è ovvio se il diritto positivo venga considerato nella totalità delle sue norme. Ma quando si tenga presente che ampie distinzioni possono e devono farsi nella materia sottoposta alla regola del diritto, e che queste distinzioni sono appunto sovente giustificate dalle finalità diverse che l’ordinamento giuridico si propone regolando i diversi rapporti, non sembrerà più logicamente impossibile la coesistenza nello stesso ordinamento, ma in parti diverse di esso, di principi *generali* tra sé contrastanti.

E si potrà ritenere che, mentre in una parte del diritto privato domina, o almeno predomina, la vecchia tendenza conservatrice che nega ogni efficacia agli acquisti *a non domino*, in altra parte la resistenza passiva di tale principio venga vinta dalla necessità sociale di tutelare gli acquisti fatti di buona fede da un terzo in base ad una legale apparenza di diritto.

Si impone pertanto una indagine rivolta a differenziare il campo nel quale ciascuno dei principi in conflitto può ritenersi *generale* secondo l’ordinamento positivo vigente.

2. È noto che nel nostro diritto privato un criterio di profonda discriminazione tra le norme vien dato dell’*oggetto* del rapporto giuridico.

L’antitesi tra rapporti mobiliari e rapporti immobiliari è tanto fondamentale che la legge la vuole *completa* (art. 406 c.c.) per modo che tutti i rapporti giuridici abbiano per oggetto una cosa mobile ovvero una cosa immobile.

Tertium non datur (se si prescindia dalle universalità di mobili di cui non sarebbe forse fuor di luogo parlare a questo punto).

Orbene: parmi che a questa contrapposizione possa e debba ricondursi la delimitazione del campo in cui predominano rispettivamente i due principi generali. Nella sfera dei diritti mobiliari, la tutela dell'aspettativa trova la sua affermazione tipica nell'art. 707 del c.c.; in quella invece del diritto immobiliare l'art. 2137 del c.c. sta a denotare che la buona fede, anche fondata sopra elementi oggettivi, non vince la regola conservatrice che vuole mantenuto nel precedente proprietario il diritto di proprietà.

E che così sia, tende a dimostrare anche la genesi storica degli istituti.

Il regime dei beni mobili, infatti, si riannoda al ceppo germanico, e si ispira alla tutela della *Gewere*; quello immobiliare, invece, discende direttamente dal diritto classico e ne mantiene il tradizionale principio.

Se si aggiunga che la tutela delle aspettative si basa essenzialmente sul principio germanico di *pubblicità* e presuppone, appunto, la esistenza di una exteriorità rilevante ed univoca, la quale manca, od almeno è estremamente imperfetta, nel nostro ordinamento positivo, per i diritti immobiliari, e più particolarmente per il diritto di proprietà, si avrà un altro argomento per ammettere la prevalenza nel campo immobiliare del principio conservatore.

3. Ciò stante la norma dell'art. 933 c.c. dovrebbe ritenersi *eccezionale* nell'ambito dei diritti immobiliari. Nelle alienazioni immobiliari, infatti, di regola la buona fede fondata sopra un titolo apparentemente perfetto, ma sostanzialmente viziato non dà luogo all'acquisto del diritto a favore del terzo acquirente, ma soltanto abbrevia il decorso del tempo necessario a prescrivere. Solo in via eccezionale, quando l'alienazione provenga da un particolarissimo proprietario apparente: l'“*erede apparente*” solo allora, derogandosi alla norma generale che vuole *resoluto iure dantis* risolto il diritto dell'acquirente, questo rimane salvo e nel conflitto degli interessi prevale su quelli dell'erede vero.

Parrebbe pertanto che la interpretazione accolta dalla Corte Suprema urtasse contro la regola posta dall'art. 4 delle disposizioni preliminari al c.c.

4. Se non che, sebbene le osservazioni fin qui svolte, ci sembrano inoppugnabili, la estensione — ammessa dalla sentenza anno-

tata — della norma di cui all’art. 933 c.c. anche al caso di acquisto immobiliare stipulato in buona fede con amministratori apparenti di una eredità giacente, pare del tutto regolare e conforme ai principi della ermeneutica legale.

Chi ben guardi, infatti, rileverà che la Corte Suprema, nel decidere la fattispecie sottoposta, a torto dichiarò di ricorrere all’*analogia*, mentre sostanzialmente si limitò ad interpretare estensivamente l’art. 933 c.c.

Essa non colmò una lacuna della legge scritta, risalendo ai principi di essa e deducendone la regola che, se avesse disposto, il legislatore avrebbe formulata per il caso non preveduto; ma si limitò ad interpretare direttamente ed immediatamente una precisa disposizione di legge, estendendo il significato di una determinata espressione un po’ oltre, forse, al suo valore letterale, ma entro i limiti del suo spirito.

Infatti, nella motivazione, la sentenza espressamente rileva, che “l’organo di amministrazione della eredità giacente *prende il posto dell’erede* e al pari di questo è in rapporto immediato (da subbietto ad obbietto) sulle cose e i diritti facenti parte della eredità”, ed in base a ciò riconosce in esso un “erede apparente”.

Ma questa non è *analogia*, bensì semplice *interpretazione estensiva*: la Corte in sostanza ritenne che con la menzione “erede apparente” il legislatore abbia alluso a qualsiasi esponente di una eredità delata, il quale apparisse legittimamente investito della titolarità del patrimonio ereditario.

Ora, tale processo logico è perfettamente ammissibile anche rispetto alle norme di diritto singolare. Come ben nota il WINDSCHEID (*Pandette*, I, § 29, pag. 84) il divieto di estendere il diritto singolare “vuol dire che esso non deve essere portato al di là dell’intendimento vero della disposizione”: quindi, anche rispetto alle norme singolari, la *voluntas legis* deve essere ricercata e tutta intera osservata. Si deve ricercare ciò che effettivamente vuole la legge nel caso concreto. Epperò, come per una disposizione di diritto normale, così anche qua, l’interprete può trovare necessaria una estensione o una restrizione della materiale disposizione legislativa (FADDA e BENSA, a WINDSCHEID, I, pag. 144 n. 2 cfr. anche PESCATORE, *Logica del diritto* pag. 43, SIMONCELLI, *Istituzioni*, pag. 86 ecc.).

Deve pertanto ritenersi che, sebbene le norme relative alla interpretazione delle leggi, applicate al caso specifico, escludano la

estensione *analogica* dell'art. 933, perché questo ha carattere di diritto *singolare* rispetto al principio generale vigente in materia di alienazioni immobiliari; la massima annotata è sostanzialmente esatta, perché frutto di semplice interpretazione logica estensiva, sempre lecita anche rispetto alle norme di diritto singolare.

5. Nella nota presente si è voluto soltanto accennare al singolare problema di ermeneutica legale determinato dalla assunzione, in uno stesso ordinamento giuridico positivo, di due principî generali antitetici.

Ma la sentenza che si annota propone problemi di ben altra vastità e complessità che attendono tuttora la loro soluzione definitiva.

Ammesso infatti che la tutela delle aspettative assurga, sia pure in un campo limitato, a principio generale del diritto vigente, limitando ed annullando il contrario principio *nemo plus iuris* ecc., si impone alla dottrina un compito grave che essa non ha ancora — malgrado i numerosi tentativi — del tutto affrontato ed assolto.

Essa deve:

1) precisare oggettivamente quali sieno i casi nei quali il principio è applicato, e determinarne i caratteri comuni essenziali, sopra tutto indagando in quali ipotesi si abbia una *apparenza di diritto* tale da giustificare *materialmente* la buona fede del terzo;

2) determinare il fondamento etico ed economico dell'istituto e considerarlo *politicamente*, allo scopo di accertare se un interesse sociale prevalente spinga ad una più ampia ed organica esplicazione dell'istituto stesso;

3) costruire infine giuridicamente l'istituto sulla base dell'accertamento oggettivo e della valutazione teleologica: spiegare cioè come avvenga tecnicamente l'acquisto del diritto per opera di chi diritto non ha ed a danno di colui cui invece il diritto spettava: e quali rapporti il fenomeno determini tra alienante, acquirente e titolare del diritto sacrificato.

Problemi ardui ed interessanti quanto altri mai, i quali imponendo la revisione di tradizionali concetti fondamentali e l'esame di molti e vari istituti, non possono certo affrontarsi nel breve giro di una nota a sentenza, ma che pur giova, forse, aver posto, con qualche precisione, non fosse altro per richiamare su di essi l'attenta indagine dei giovani volenterosi.

LE DISPOSIZIONI PRELIMINARI DEL CODICE
DI COMMERCIO NEL PROGETTO
DELLA COMMISSIONE REALE

1 - LE FONTI

1. Premesse. — 2. Il problema relativo alla estensione analogica delle singole fonti enunciate nel primo articolo. — 3. Sua soluzione “de iure lato”: discordanza tra l'intento dei compilatori e la formula proposta. — 4. Posizione e soluzione del problema “de iure condendo”. — 5. La nuova formula proposta: sua esegesi. — 6. Gli “immobili” ed il Progetto. Posizione di vari problemi. — 7. Quale sia l'intento reale del compilatore. — 8. La formula proposta non corrisponde all'intento. — 9. Pluralità delle disposizioni contenute nel capoverso del primo articolo del Progetto e loro sede nel sistema. — 10. Si propone la soppressione del capoverso e la formulazione di tre norme distinte in tre distinte sedi. — 11. Gli “usi mercantili”: opportunità di delinearne legislativamente la figura giuridica. — 12. La prova degli usi e la formula proposta per disciplinarla. — 13. Sua critica. — 14. Si propone il nuovo testo dell'art. 2.

1. *Premesse.*

La presente revisione critica si propone scopi modesti e precisi. Essa non vuole affatto affrontare i problemi relativi alla codificazione in generale, ed a quella commerciale in ispecie, né si propone alcuna delle classiche questioni di *principio* — tanto largamente dibattute e tanto difficilmente solubili, — che costituiscono il *presupposto* della riforma del codice di commercio.

Al contrario essa le dà per risolte ed accetta — come punto di partenza — i presupposti che la commissione ha fatto suoi: conservazione del sistema vigente essenzialmente *oggettivo* per la determinazione della materia di commercio, rinuncia ad un codice unico delle obbligazioni, ecc.

Ciò che si propone è semplicemente di seguire i compilatori nell'opera loro, spigolando — per così dire — i problemi che essi

abbiano lasciato insoluti e proponendone la soluzione, e soprattutto, di considerare la rispondenza tra la formula impiegata e l’intento del compilatore del Progetto rilevando le eventuali discordanze e proponendo le opportune varianti.

2. *Il problema relativo alla estensione analogica delle singole fonti enunciate nel primo articolo.*

Una lacuna che mi par grave, e dovrebbe essere coraggiosamente colmata dal legislatore, senza affidarne il compito all’interprete, si palesa subito nel primo articolo.

Esso riproduce testualmente, nella prima parte, la disposizione del codice vigente relativa alle fonti del diritto commerciale.

Ora è noto come sia sorta e tuttora venga discussa e variamente risolta una questione assai grave, sia sotto il profilo teorico che sotto l’aspetto pratico, sul modo di intendere e di applicare la così detta gerarchia delle fonti ⁽¹⁾.

AmMESSO da ogni interprete che la *specialità*, o *eccezionalità* o *singolarità* del diritto commerciale non ne esclude la estensione analogica ⁽²⁾, ove di tale estensione si verificano i presupposti, non per ciò è risolto l’altro problema: se all’analogia si debba ricorrere prima di attingere alle fonti sussidiarie indicate dall’art. 1 cod. comm. ⁽³⁾ o solo quando sia riuscita vana la ricerca in ciascuna di esse, di una norma precisa atta a decidere la controversia ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Cfr. DE SEMO, *L’applicazione analogica nel diritto commerciale e la gerarchia delle fonti indicate nell’art. 1 Cod. Comm.*, in *Diritto Commerciale*, 1925, I, 1; SCIALOJA ANTONIO, *Le fonti e l’interpretazione del diritto commerciale*, in *Saggi di vario diritto* (Roma “Foro it.”, 1927), vol. I, pag. 253 e segg.: più precisamente pag. 308 e segg.; GHINI, *Brevi osservazioni sull’interpretazione analogica nel diritto commerciale*, in *Filangeri*, 1906, pag. 192; VIVANTE, *Trattato*, I, n. 16; BOLAFFIO, *Commentario*, I, n. 7; D’AMELIO, *Codice di commercio annotato* (Vallardi) all’art. 1, n. 57; ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Utet., Torino, 1928, n. 40, pag. 160 e segg.; SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato*, Roma, “Athenaeum”, n. 39, pag. 90; NAVARRINI, *Trattato*, I, n. 59; DEGNI, *Interpretazione delle leggi*, Napoli, 1909, n. 15; FRANCHI, *Comm. al cod. di comm.*, art. 1, n. 12 ecc. ecc.

⁽²⁾ Cfr. per tutti ROCCO, loc. cit. n. 13, pag. 54 e segg. e n. 40, pag. 160 e segg.

⁽³⁾ In questo senso VIVANTE, loc. cit.; BOLAFFIO, loc. cit.; D’AMELIO, loc. cit.; ROCCO, loc. cit.; DEGNI, loc. cit.

⁽⁴⁾ In questo senso: DE SEMO, loc. cit.; A. SCIALOJA, loc. cit.; GHINI, loc. cit.; NAVARRINI, loc. cit.; SIMONCELLI, loc. cit.

Il *progetto* col suo silenzio, non turbato neppure da cenno alcuno nella “Relazione” e confortato da analoga assenza di ogni norma nel Progetto Ministeriale e di ogni discussione nei lavori preparatori di questo ⁽⁵⁾, sembra adagiarsi in un comodo agnosticismismo.

Se non che al problema non può e non deve sfuggire né l'interprete né il legislatore: come giustamente scrisse Antonio Scialoja: “la varietà dei casi non porta senz'altro l'impossibilità di fissare almeno i criteri generali d'una materia così essenziale, come questa in cui si tratta nientemeno che di sapere quale diritto si applica alla materia commerciale” ⁽⁶⁾.

La norma così isolata non conduce alla libera creazione del diritto per opera del giudice, (sistema che il nostro diritto privato risolutamente respinge), ma semplicemente impone la necessità di interpretarla secondo i comuni criteri della ermeneutica legale.

3. *Sua soluzione “de iure lato”: discordanza tra l'intento dei compilatori e la formula proposta.*

Ora questa interpretazione, porta — tecnicamente — ad un risultato diverso, e forse opposto, da quello cui tendevano i compilatori dei due progetti.

Essa infatti conduce, o quanto meno può condurre ad escludere l'applicazione analogica del diritto commerciale scritto quando siavi un uso mercantile il quale regoli immediatamente e direttamente la materia controversa e similmente, ad escludere la estensione analogica del diritto commerciale, sia esso scritto o consuetudinario, quando nel diritto civile sia scritta una precisa disposizione atta a risolvere la controversia.

L'art. 3 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, particolarmente invocato dai sostenitori della opposta tesi ⁽⁷⁾ può sembrare, al contrario, utile per la interpretazione difesa dallo Scialoja: l'interprete deve ricercare

⁽⁵⁾ Cfr. *Verbali delle adunanze plenarie ministeriali per la riforma della legislazione commerciale*, in *Riv. di dir. comm.*, 1920, I, pag. 100 e segg.

⁽⁶⁾ A. SCIALOJA, *Le fonti ecc.*, n. 45, pag. 317.

⁽⁷⁾ Cfr. specialmente VIVANTE e ROCCO, ai luoghi citati.

anzi tutto una “precisa disposizione”, e, secondo l’art. 1 del codice di commercio deve ricercarla successivamente nelle tre fonti ivi indicate: quando la precisa disposizione manchi, si potrà e si dovrà ricorrere all’analogia ricercando successivamente nelle leggi commerciali, negli usi e nel diritto civile le disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe ⁽⁸⁾.

Mantenendo, dunque, la formula del codice oggi in vigore, può ritenersi che l’estensione analogica delle norme di diritto commerciale segua e non preceda l’applicazione delle precise disposizioni contenute nelle leggi civili.

D’altra parte non pare che questo sia stato l’intento della Commissione che compilò il progetto che esaminiamo.

Il suo Presidente — non altrimenti che il Vivante, Presidente della Commissione ministeriale — fu strenuo difensore della forza espansiva del diritto commerciale, ed anche *de iure lato* sostenne la possibilità di interpretare il primo articolo del codice di commercio in modo tale che esso consenta di ricorrere al diritto civile soltanto dopo che sia fallita la ricerca di estendere analogicamente le norme di diritto commerciale.

È ovvio, pertanto, pensare che intento dei compilatori del Progetto fu — come par giusto tenendo conto delle esigenze della pratica ⁽⁹⁾ e della sempre maggiore autonomia sistematica del Diritto

⁽⁸⁾ Ulteriori argomenti e più vasta dimostrazione offrono specialmente DE SEMO e SCIALOJA nelle monografie citate.

⁽⁹⁾ La questione ha praticamente grande rilevanza, specie per quegli “istituti speciali non regolati in alcun modo dalle leggi commerciali” rispetto ai quali sembra ovvio ad ANTONIO SCIALOJA (loc. cit., pag. 320) che debbano regolarsi con le espresse disposizioni del c.c. e non già con norme tolte per analogia dal diritto commerciale.

Tutto ciò, in linea di opportunità, sarebbe da dimostrarsi.

Lo Scialoja parla dell’*anticresi*.

L’anticresi commerciale è un contratto abbastanza frequente, seppure non ravvisato ed identificato né dai contraenti né dalla prassi giudiziale, né dalla dottrina che non ne colgono i tratti caratteristici. Ma a che cosa dà luogo se non ad un anticresi il caso tutt’altro che raro nel quale il debitore consegna un proprio stabilimento industriale ad un creditore affinché, gerendolo da sé, se ne approprii i redditi in pagamento del suo credito? L’anticresi commerciale assume le forme più disparate che la coprono e la dissimulano, specie quando debitore sia una società per azioni che affida l’azienda al creditore nominando amministratori i suoi fiduciari o consegnando le azioni perché esso stesso li nomini. Ma è pur sempre anticresi, perché ha scopo di garanzia e di pagamento,

Commerciale — di applicare integralmente, in tutti i suoi possibili sviluppi, il diritto commerciale, prima di far ricorso al diritto civile, ed è doveroso, quindi, rilevare che la formulazione del loro intento non corrisponde esattamente ad esso, ma deve essere migliorata e precisata.

4. *Posizione e soluzione del problema “de iure condendo”.*

Tanto più ciò appare necessario quando si tenga conto che, pur tra i molti ed autorevolissimi fautori della prevalente tendenza, manca ogni uniformità di vedute sopra una questione che non può dirsi di semplice dettaglio. Vi ha chi sostiene, infatti, — come il VIVANTE ed il ROCCO ⁽¹⁰⁾ — che prima di scendere ad una fonte sussidiaria occorre esaurire interamente per la fonte che precede il

e si differenzia in modo reciso dal pegno, — col quale pure ha in comune lo *ius retentionis* — mancando al creditore lo speciale diritto di far vendere e, sopra tutto, il privilegio sul prezzo.

Ora questa anticresi dovrà essere regolata senz'altro dal diritto civile — usi, forse, non se ne sono ancora formati — o dovrà invece, essere costruita tenendo conto dei principi generali del diritto commerciale?

Ancora. Tra gli istituti non regolati in alcun modo dalle leggi commerciali devono annoverarsi i quasi-contratti. Ora non è certo raro che si verifichi una *negotiorum gestio* commerciale (BOLAFFIO, *Commentario*, I, pag. 478 e segg.).

Dovrà applicarsi il c.c. o dovranno estendersi per analogia le norme del mandato commerciale? *De jure lato* può ritenersi fondata l'interpretazione difesa dallo SCIALOJA, ma *de jure condendo* pare al contrario opportuno consentire l'estensione analogica del diritto commerciale. Nella gestione di negozio, come nel mandato, la presunzione di gratuità deve essere esclusa, per modo che colui, il quale con la propria attività ha reso un servizio ad altri, venga non soltanto rimborsato delle spese che abbia anticipato o dei danni subiti, ma altresì compensato per l'opera prestata.

⁽¹⁰⁾ ROCCO, loc. cit., pag. 160, n. 40: “Mediante analogia non si creano norme nuove, ma si mettono in luce norme già esistenti nel sistema, con un processo, che consiste nel desumere dalla norma espressa per il caso regolato, una norma più generale, da quella presupposta e quindi tacitamente voluta dal legislatore, che comprende il caso regolato e quello non regolato. Questa norma generale implicita nella norma speciale espressa, è bene una disposizione, ed una disposizione la quale, desunta dalle norme di diritto commerciale scritto, *impedisce l'applicazione sia degli usi, sia del diritto civile e desunta dagli usi, vieta pur sempre che si passi al diritto civile*”.

Alquanto diversamente, è più prossimo al D'AMELIO, il ROCCO stesso, precedentemente: cfr. negli *Studi in onore di V. Scialoja*, (Milano, Hoepli, 1905): *Intorno al carattere dei diritto comm. obiettivo ed i suoi rapporti col diritto civile*, pagg. 556-557.

processo interpretativo delineato dall’art. 3 delle disposizioni preliminari al c.c.; sicché, per tal modo, la estensione analogica della legge scritta dovrebbe procedere l’applicazione diretta della precisa disposizione contenuta in una consuetudine mercantile; vi ha invece chi, come il D’AMELIO ed il BOLAFFIO considera unitariamente le norme di diritto commerciale, come contrapposte a quelle del diritto civile; e sembra desumere da ciò che la graduatoria delle fonti debba considerarsi non triplice, ma duplice. In un primo tempo dovrebbe applicarsi il diritto commerciale — legge e consuetudine — nell’interno del quale dovrebbe ricercarsi prima una norma precisa ricorrendo poi all’analogia ed ai principi generali; in un secondo tempo, “spremuta, come immaginosamente si esprime il Bolaffio, la fonte immediata del diritto commerciale costituita dalla legge commerciale e dagli usi” ⁽¹¹⁾, si dovrebbe ricorrere alla legge sussidiaria: il diritto civile.

A questa incertezza, possono aggiungersi due altri problemi poco considerati, ma pur rilevanti: *a)* se sia conveniente consentire la estensione analogica degli usi mercantili: *b)* se sia conveniente anteporre i principi generali del diritto commerciale al diritto civile, riducendo grandemente la pratica applicazione di questo nella materia commerciale.

5. *La nuova formula proposta: sua esegesi.*

La prima parte del primo articolo deve, quindi, essere integrata per modo che ne risulti più chiaro l’intento del legislatore.

All’uopo proporrei la seguente formula:

“In materia di commercio si applicano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano si osservano gli usi mercantili.

“Qualora manchi una disposizione precisa del diritto commerciale scritto o consuetudinario, si avrà riguardo alle disposizioni delle leggi commerciali che regolano casi simili o materie analoghe.

“Ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principi generali del diritto commerciale.

“In difetto si applicherà il diritto civile”.

⁽¹¹⁾ BOLAFFIO, loc. cit., pag. 38.

Con essa tenderei: 1) a consentire la prevalenza degli usi sulla estensione analogica della legge commerciale scritta. Una diversa disposizione attenuerebbe troppo — mi sembra — la forza viva dell'uso mercantile, che *rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*, completa e vivifica la regola del diritto scritto. L'estensione analogica della legge commerciale assorbirebbe, infatti, gran parte della funzione normativa oggi assolta dagli usi.

2) a dare la prevalenza sul diritto civile ai principi generali del diritto commerciale;

3) ad escludere la estensione analogica dell'uso mercantile.

Rispetto a quest'ultimo punto, non voglio indugiarmi sul problema teorico: a mio avviso, sebbene di analogia dagli usi si parli come di cosa non discutibile ⁽¹²⁾, qualche serio dubbio, già pure in astratto, potrebbe formularsi.

Ma qui, dove mi propongo il problema *de iure condendo*, un solo criterio deve essere predominante: la opportunità.

Ora io riterrei inopportuna e pericolosa la estensione analogica degli usi mercantili, per un duplice ordine di ragioni.

L'uno attiene alla natura stessa insieme della analogia e degli usi.

L'uso è produzione spontanea che deriva da una necessità contingente: dove si forma, esso è indice del bisogno di una regola nuova, e per ciò vale.

L'analogia, a sua volta, esige e presuppone una identica *ratio* nelle due fattispecie: l'una espressamente regolata, l'altra cui la regola dovrebbe essere estesa.

Ma negli usi questa identità di *ratio* ragionevolmente deve escludersi quando, in un luogo o per una materia si sieno formati ed in altro o per altra tuttora non esistano. Se vi fosse la stessa ragione d'essere della norma, la norma si sarebbe ugualmente formata nei due casi. Se ugualmente non si è formata, segno è che non esiste la stessa ragione di essere, dato che nel diritto causa finale e causa efficiente si confondono.

E quindi manca il presupposto per l'estensione analogica dell'uso.

Il secondo motivo è di ordine pratico.

(12) Cfr. VIVANTE e ROCCO nei luoghi citati, e, più in generale per la consuetudine, OSTI, *Cod. Civ. Commentato*, pag. 123; ed autori ivi citati.

Gli usi costituiscono una fonte incerta, spesso occulta; ignota, comunque, a quasi tutti i non commercianti, i quali pure, nei loro rapporti con commercianti, vi sono sottoposti. È questo già un inconveniente ed un pericolo che riserva spesso dolorose sorprese (13).

Non bisogna aggravarlo oltre lo stretto necessario. Un diligentissimo contraente, potrà, forse raggiungere sufficiente conoscenza degli usi del commercio cui l’atto che compie si riferisce, ma pretendere che egli conosca anche gli usi di commerci affini, è forse esigere troppo, e, d’altro lato, esporlo ad ingiusto pericolo.

Si aggiunga che allo stato attuale della formazione storica del diritto commerciale i nuovi usi sono quasi tutti *speciali* e tendono a derogare ad usi *generali*: pertanto per essi, giusta il principio posto dall’art. 4 delle disposizioni preliminari, l’analogia anche più espressamente dovrebbe essere esclusa.

Comunque, quale sia per essere la soluzione più vantaggiosa per il nostro problema, questo è certo: che una volontà su questi punti il legislatore deve maturare ed esprimere; perché l’incertezza attuale è inopportuna e dannosa.

6. *Gli “immobili” ed il Progetto. Posizione di vari problemi.*

La seconda parte del primo articolo giusta il concetto della

(13) Cfr. VIVANTE, *Trattato*, V ed., vol. I, pag. 14. “Fra questi usi ve n’ha molti introdotti d’accordo fra commercianti al minuto e commercianti all’ingrosso per gabbare i consumatori, così questi son costretti a farsi gabbare in forza della legge che consacra la consuetudine. In tal modo si è elaborata, con una serie di secolari soperchierie, la consuetudine commerciale di dare alle merci, anche scadenti, i titoli più pomposi, il finissimo e il sopraffino sono titoli che si danno a qualità mediocri, perché per le migliori c’è il *non plus ultra* o l’*excelsior*. Così in molti rami di commercio si dà la tara per merce, come il barile per vino o per zucchero, a Venezia, per consuetudine commerciale, si dà per olio di oliva un olio, che è mescolato con quello di cotone, a Messina si dà col nome di olio giallo e chiaro un olio che non è né chiaro, né giallo; in Lombardia si dà per formaggio parmigiano quello più scadente che si fabbrica a Lodi, offuscando il credito che la provincia di Parma seppe acquistare a’ suoi prodotti colla probità del lavoro. Se vi lagnaste di veder calcolato il peso del barile per vino; di ricevere un olio mediocre per un olio finissimo, i giudici che devono applicare la legge vi chiuderebbero la bocca dicendovi che il Codice vi obbliga a subire le consuetudini commerciali”.

Commissione reale “mette al suo posto e completa la norma contenuta nell’art. 44 ult. al. del codice vigente” ⁽¹⁴⁾.

Dubito forte dell’una e dell’altra cosa.

Che il posto più acconcio per una norma particolare ad un singolo gruppo di fatti e di rapporti giuridici si trovi tra le “disposizioni preliminari” parrebbe, a priori, da escludere.

Che, poi, essa *completi* le disposizioni del vigente art. 44, altresì escluderei, sebbene indubbiamente le migliori e le allarghi.

Giova considerare partitamente, per giungere ad una utile conclusione, tre distinti problemi:

1) che cosa ha voluto e dovrebbe volere il compilatore con la formula impiegata;

2) se la formula è adeguata alla volontà che tende ad esprimere;

3) se e dove sia opportuno collocare nel nuovo codice la norma — o le norme — espresse nel capoverso del primo articolo del progetto.

7. *Quale sia l'intento reale del compilatore.*

L’intento del compilatore è espresso nella Relazione, secondo la quale si vorrebbe codificare il seguente principio: “i beni immobili possono bensì essere oggetto di rapporti commerciali regolati dalla legge commerciale sotto l’aspetto obbligatorio, ma il regime delle forme (e quindi della pubblicità) relative agli atti che trasferiscono i diritti reali sugli immobili resta sempre regolato dalle leggi civili, perché questo regime risponde ad una esigenza di sicurezza che non è diversa qualunque sia la natura, civile o commerciale, dei rapporti cui i beni immobili sono oggetto” ⁽¹⁵⁾.

Tutto ciò sembra alquanto impreciso. Si vuole parlare in generale di ogni atto e rapporto giuridico che abbia per oggetto beni immobili, o soltanto degli “atti che trasferiscono i diritti reali immobiliari”?

Il regime immobiliare è più vasto che non sia il campo dei diritti reali immobiliari.

⁽¹⁴⁾ *Relazione sul progetto della Commissione Reale per la riforma dei codici*, Roma, 1925, pag. 15.

⁽¹⁵⁾ *Loc. cit.*, pag. 16.

Vi sono atti i quali costituiscono — o trasferiscono od estinguono — diritti reali immobiliari; e vi sono atti che costituiscono rapporti semplicemente *obbligatorii* relativi a beni immobili: così, per es. la locazione, o la cessione di fitti.

Rispetto al duplice gruppo il diritto civile considera:

- a) forme costitutive tra le parti;
- b) forme costitutive rispetto ai terzi.

Tenuto conto di questo ampio quadro di rapporti e di atti, quali ha particolarmente avuto presenti e doveva tener presenti il compilatore?

Egli ha considerato indubbiamente i *diritti reali immobiliari* come *rapporti giuridici*, nel loro aspetto statico, ed ha voluto che essi fossero sottoposti al diritto civile.

Volizione, in fondo, superflua, se non forse per la prescrizione, perché, come la stessa relazione rileva, “del regime dei diritti reali sui beni immobili il codice di commercio non si occupa” ⁽¹⁶⁾ e quindi, poiché usi mercantili in materia non esistono, conviene ricorrere, in forza della disposizione che precede, al diritto civile, come legge regolatrice del rapporto reale immobiliare.

Inoltre ha voluto considerare od estinguere *diritti reali immobiliari*, e prescrivere che per essi, anche se rientrano in operazioni commerciali, è necessaria l’osservanza delle forme costitutive, rispetto alle parti ed ai terzi, imposte dal diritto civile.

Non risulta, invece, chiaro se abbia voluto altresì rendere obbligatorie le forme che il diritto civile esige per gli atti che, pur non essendo costitutivi di diritti reali immobiliari si riferiscono ad immobili.

Tutto lascia ritenere che anche rispetto a questi atti, cui corrisponde la stessa esigenza posta in luce dalla relazione, siansi volute estendere le norme del diritto civile per ciò che si riferisce alla trascrizione, come *forma costitutiva rispetto ai terzi*: l’istituto della *trascrizione* risponde troppo allo spirito del diritto commerciale, ispirato sopra tutto alla tutela della circolazione dei beni e quindi alla difesa delle aspettative dei terzi di buona fede, perché si possa

⁽¹⁶⁾ Loc. cit., pag. 16.

dubitare che ogni norma ad essa relativa sia estesa altresì alla materia di commercio.

Pertanto pare certo che siasi voluto — e comunque dovrebbe volersi — estendere alla materia commerciale, con efficacia primaria, non derogabile dagli usi, ogni norma relativa alla trascrizione: la locazione ultranovennale di un immobile, anche se commerciale, dovrà, quindi, essere trascritta per opporsi ad ogni terzo; e così la cessione o liberazione dei fitti per un termine maggiore di tre anni, e sopra tutto, per gli effetti speciali stabiliti dalla legge, dovranno essere trascritte le domande di revocazione, di rescissione e di risoluzione (art. 1933 c.c.) se mirino all'annullamento di negozi giuridici commerciali aventi per oggetto beni immobili.

Incerto è invece se, rispetto agli atti che non costituiscono diritti reali immobiliari, ma hanno per oggetto beni immobili, il compilatore del Progetto abbia voluto rendere obbligatorie:

- a) la *registrazione*;
- b) la *forma costitutiva fra le parti*.

Data certa di una locazione immobiliare commerciale, ai fini della efficacia dell'art. 1597 c.c. dovrà ritenersi quella indicata dall'art. 1327 c.c. o quella dell'art. 55 cod. comm. (art. 315 del progetto) ⁽¹⁷⁾?

Una locazione immobiliare commerciale ultranovennale per essere efficace *tra le parti*, dovrà farsi per atto pubblico o scrittura privata sotto pena di nullità?

Le due questioni, già discusse *de jure lato* meritano di essere esaminate *de iure condendo*.

Una impossibilità teorica di tener ferme le norme sulla trascrizione abrogando quelle sulla forma scritta *ad substantiam*, come bene rilevò il ROCCO ⁽¹⁸⁾, non esiste: possono trascriversi anche negozi non fatti per iscritto, sia attraverso la documentazione successiva, sia previa canonizzazione del rapporto per opera di un giudicato.

E quanto alla data, la certezza può raggiungersi tanto in base a prove precostituite che a prove successivamente raccolte.

⁽¹⁷⁾ Cfr. sulla questione ROCCO, *Principii di diritto commerciale*, pag. 309 e le decisioni delle Corti ivi ricordate.

⁽¹⁸⁾ ROCCO, loc. cit., pag. 308.

Si tratta, quindi, per il compilatore, di un semplice apprezzamento di *opportunità*: e forse miglior cosa parrebbe mantenere in materia di commercio la più ampia libertà.

8. *La formula proposta non corrisponde all'intento.*

Chiarito così il contenuto ipotetico della norma, consideriamo brevemente se e come ad essa risponda la formula adottata dal progetto ⁽¹⁹⁾.

Essa appare eccessivamente ristretta: anzi tutto menziona soltanto i *diritti reali* sui beni immobili, mentre intento palese del compilatore è di riservare al diritto civile non soltanto la regola dei diritti reali immobiliari ma altresì quella del *possesso immobiliare*.

E come giustamente osservò il ROCCO, in seno alla commissione ministeriale Vivante, nell'espressione “*diritti reali*” non può considerarsi compreso anche il *possesso* ⁽²⁰⁾.

In secondo luogo, indicando gli atti o negozi giuridici relativi agli immobili che vuole regolati dal diritto civile per la forma e la pubblicità, considera soltanto quelli che mirano a costituire modificare od estinguere *diritti reali*.

Ora indubbiamente, per ciò che si riferisce alla *pubblicità*, è universalmente sentita la esigenza — che certo neppure i compilatori del progetto negano — di applicare integralmente alla materia commerciale le norme del diritto civile relative alla *trascrizione*, imponendo quindi che con tale mezzo sieno resi pubblici, per avere efficacia rispetto ai terzi, altresì taluni rapporti meramente *obbligatori* relativi a beni immobili e talune azioni giudiziali che non si fondano sopra un *diritto reale*.

È questa, quindi, senza dubbio una incompletezza della formula rispetto all'intento del compilatore.

Altra lacuna, — non può sapersi se dell'intento o della sua manifestazione — deve vedersi nella mancanza di ogni norma

⁽¹⁹⁾ La formula del progetto si rannoda all'ampia discussione svoltasi in seno alla Commissione Ministeriale, o riproduce la formula proposta dell'avvocato Medina ed approvata da quella commissione, integrandola con l'inciso “anche in materia commerciale”. Cfr. *Verbali citati*, *Riv. di dir. comm.*, 1920, I, pag. 104.

⁽²⁰⁾ Loc. cit., pag. 104.

relativa alla forma costitutiva tra le parti degli atti che si riferiscono ad immobili senza costituire diritti reali, contemplati dall'art. 1314 del c.c.

Se voglia organicamente ordinarsi la materia indirettamente e sommariamente regolata dall'ultimo capoverso del vigente articolo 44 cod. comm. una norma in proposito non deve mancare.

9. *Pluralità delle disposizioni contenute nel capoverso del primo articolo del Progetto e loro sede nel sistema.*

A questo punto giova proporci il problema relativo alla *sede-materiae*: le varie norme che abbiamo sceverate fuse e confuse nell'intento del compilatore e nella formula che egli propone, trovano la loro sede opportuna nel primo articolo del codice?

Non ci sembra. La regola generale che ai diritti reali immobiliari ed al possesso immobiliare non si applica il diritto commerciale, ma il diritto civile, appare, come si disse, anzitutto superflua, e può essere soppressa senz'altro: non sembra, infatti, sia da temersi in questa materia la forza derogatrice degli usi.

Che se, *ad abundantiam*, si volesse conservarla, essa troverebbe la sua sede più naturale — ci sembra — tra le norme relative alla *prescrizione*. Come la stessa relazione della Commissione Reale avverte, la ragione d'essere della norma deve ricercarsi nel dubbio sulla applicazione della legge commerciale in materia di prescrizione acquisitiva ⁽²¹⁾. Per chiarire tale dubbio il progetto Vivante dettò un capoverso all'art. 644 che diceva appunto: “La prescrizione acquisitiva per i beni immobili è regolata dal diritto civile”.

Il nuovo progetto, con un criterio che non ci sembra commendevole, ha soppresso, nella ripartizione della materia, il libro IV del codice vigente e del progetto Vivante, distribuendo le norme relative alla prescrizione “nel contesto dei singoli istituti per maggiore

⁽²¹⁾ “L'enumerazione molto lata non è superflua perché, se è vero che del regime dei diritti reali sui beni immobili il codice di commercio non si occupa, potrebbe tuttavia sorgere il dubbio sulla applicazione della legge commerciale in materia di prescrizione acquisitiva, quantunque l'art. 322 del progetto ponga in evidenza, meglio dell'art. 917 del codice vigente, che esso si riferisce solo alla prescrizione estintiva” (loc. cit., pag. 16).

comodità dei pratici” (22), e quindi mal si troverebbe ora ove collocare, sistematicamente, nel Progetto, la nostra norma.

Ma forse miglior consiglio sarebbe ricostituire quel libro IV che, regolando l’esercizio delle azioni e la loro durata, particolarmente si presta a raccogliere le norme che determinano i confini tra le varie branche del diritto.

Quanto alle norme relative agli *atti giuridici*, la loro sede è evidentemente nel libro II: “delle obbligazioni e dei contratti commerciali”.

In quel libro, che sarà oggetto autonomo di apposito esame, è facile rilevare una assenza di organicità che non può non lamentarsi.

Obbligazioni e fonti delle obbligazioni, forma e sostanza, cause ed effetti vi sono fusi e confusi senza che emerga un criterio sistematico rivolto a distribuire ed ordinare la materia.

Ma è certo che norme relative alla forma di alcuni contratti — tra le parti o rispetto ai terzi — trovano ivi la loro naturale collocazione, e non possono, invece, essere utilmente poste tra le “disposizioni preliminari” al codice di commercio.

10. *Si propone la soppressione del capoverso e la formulazione di tre norme distinte in tre distinte sedi.*

Pertanto, concludendo su questo punto, riterrei che dovesse essere senz’altro soppresso il capoverso del primo articolo del progetto, e sostituito:

a) con una menzione espressa, nel capo che deve regolare le azioni e la prescrizione, rivolta a riservare al diritto civile e processuale civile ogni norma relativa alla prescrizione immobiliare, alle azioni possessorie immobiliari, alle azioni reali immobiliari, ed al loro esercizio;

b) con una norma precisa, da collocare nel libro secondo, che, dichiarata la libertà di forma, in generale, per ciò che attiene ai negozi commerciali, determini rispetto a quali negozi si esige la forma scritta costitutiva tra le parti;

c) con altra norma precisa, da collocarsi essa pure nel libro

(22) *Relazione*, cit., pag. 132.

secondo, la quale determini che anche nella materia di commercio hanno vigore le disposizioni di diritto civile relative alla trascrizione.

11. *Gli “usi mercantili”: opportunità di delinearne legislativamente la figura giuridica.*

L'articolo secondo del progetto tratta degli *usi mercantili*.

Che cosa sieno non ci dice: e può essere bene, perché *omnis definitio in iure periculosa*.

Ma forse non sarebbe inopportuna una determinazione *negativa*: la indicazione, cioè di quei requisiti che, mancando, escludono la efficacia normativa di un'usanza.

Affidare completamente alla dottrina ed alla prassi la determinazione formale della figura giuridica di una fonte del diritto, poteva forse essere necessario in un primo momento, in attesa che l'istituto giungesse ad una completa elaborazione scientifica. Ma oggi, che la dottrina ha, con rara concordia, delineato il nostro istituto, differenziandolo sia dai così detti usi interpretativi o pratiche individuali, sia dalla vera consuetudine giuridica, una formulazione legislativa dei risultati della elaborazione dogmatica, rafforzata dalla pratica giudiziale, parrebbe in verità opportuna.

12. *La prova degli usi e la formula proposta per disciplinarla.*

Non opportuna invece, mi sembra la norma, nuova, che il Progetto introduce relativa alla *prova* degli usi. Anche qui è dato di rilevare una certa discordanza tra il motivo, plausibilissimo, che ha indotto il compilatore a dettare la disposizione, e la formulazione di essa.

L'uso mercantile se non è, in sé, come ritenne il VIVANTE, una fonte di diritto immediata come la legge ⁽²³⁾ — perché, secondo l'insegnamento del ROCCO ⁽²⁴⁾, esso trova invece il fondamento ed i limiti della sua forza obbligatoria nel richiamo della legge rispetto alla prova si presenta, però, in una posizione del tutto identica. È un fatto sociale, complesso, risultante da una quantità di fatti singoli

⁽²³⁾ VIVANTE, *Trattato*, I, n. 17.

⁽²⁴⁾ ROCCO, *Principii*, pag. 132.

individuali ⁽²⁵⁾ che può essere provato senza limitazione alcuna — come si provano le leggi — sia rispetto ai *mezzi* sia rispetto alle *fonti di prova* ⁽²⁶⁾.

Può, cioè, il magistrato accertarlo ricercandone direttamente la sussistenza, o valendosi di qualsivoglia fatto (fonte di prova) idoneo a consentirgli di *dedurne* la sussistenza stessa.

Ora, tra le fonti di prova degli usi ve ne ha una che ha assunto notevolissima importanza nella pratica e che la giurisprudenza tende a sopravvalutare.

Essa è costituita dalle “raccolte ufficiali delle Camere di commercio pubblicate in conformità delle relative leggi”. Queste raccolte, sia per la oggettività e competenza della fonte da cui emanano, sia per l’autorità che ad essa conferisce la attribuzione ufficiale della facoltà e del dovere di compilarle ⁽²⁷⁾, sono state apprezzate oltre il giusto, forse, dalla Magistratura, la quale giunse ad attribuire ad esse il valore di piena prova, contro la quale non fosse ammissibile la prova contraria a mezzo testimoni ⁽²⁸⁾.

Per resistere a questo indirizzo, — che pare ormai superato ⁽²⁹⁾ — il Progetto ha formulato la seguente disposizione: “Gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali delle Camere di Commercio, in conformità delle relative leggi, si presumono in vigore fino a prova contraria”.

⁽²⁵⁾ ROCCO, loc. cit., pag. 154.

⁽²⁶⁾ Sulla distinzione tra *mezzi di prova* e *fonti di prova* cfr. CARNELUTTI, *Prova Civile*, Venezia, 1914, pag. 58 e segg.

⁽²⁷⁾ Cfr. da ultimo il R.D.L. 16 giugno 1927, n. 1071, che impone ai Consigli provinciali dell’Economia (i quali hanno assorbito le vecchie Camere di Commercio), in relazione ai compiti loro affidati dalla legge 18 aprile 1926, n. 731, l’ufficio di compilare e rivedere “periodicamente le raccolte degli usi e delle consuetudini commerciali ed agrarie della provincia” (art. 3, n. 7).

⁽²⁸⁾ Cfr. Cassazione Torino, 2 marzo 1918, (*Mon. Trib.*, 1918, 567); 4 marzo 1918, (*Riv. dir. comm.*, 1918, II, 512) e 8 marzo 1921, (*Riv. dir. comm.*, 1922, II, 164); Appello Bologna 28 dicembre 1894 (*Foro it.*, 1895, I, 328) ed ivi la nota critica del VIVANTE.

⁽²⁹⁾ La Corte di Cassazione del Regno con sentenza 28 aprile 1925 (*Rep. del Foro it.*, 1925, v. Consuetudine, n. 4) ha aderito alla tesi intermedia — fatta sua dal progetto — che la certificazione degli usi da parte della Camera di Commercio determini una presunzione semplice contro la quale può ammettersi la prova contraria per testimoni. Per la giurisprudenza conforme cfr. A. SCIALOJA, pag. 299, n. 4.

13. *Sua critica.*

È chiaro, a mio avviso, che questa disposizione supera lo scopo che aveva di mira. Volendo ridare elasticità e libertà al sistema di prova degli usi, essa, al contrario, pone una restrizione che non pare accettabile e che ricostituisce senza alcun bisogno, dove meno sembra opportuno, il deprecato sistema della *prova legale*, sostituendola alla libera convinzione del giudice.

Non solo, infatti, si deve escludere che le raccolte degli usi facciano piena prova, ma altresì deve escludersi che il Magistrato sia tenuto a prestar loro fede sino a prova contraria.

Anche la semplice presunzione legale di verità è inopportuna. Bisogna lasciare la più ampia libertà al magistrato nel raccogliere e valutare le prove dell'uso mercantile. Alle volte, infatti, come nota Antonio Scialoja, “basta leggere talune di queste raccolte per dover riconoscere che meritano una fiducia assai limitata...”.

È legittimo inoltre il dubbio che le Camere non osservino i limiti loro imposti dalla natura dell'ufficio che si assumono, e che invece di *constatare* usi, si lascino andare a formulare in pretese norme consuetudinarie; l'espressione dei loro desideri e dei loro interessi di classe”⁽³⁰⁾.

Ciò stante perché non deve potere il Giudice, con la propria attività critica, negare senz'altro l'esistenza di un uso, sebbene raccolto dalla Camera di Commercio, quando la sua scienza privata od altre fonti di prova gli dimostrino che non esiste?

Non solo, pertanto, deve escludersi ogni delegazione legislativa in materia di usi a favore della Camera di Commercio, ma deve confermarsi la facoltà del giudice di valutare liberamente tutte le prove dell'uso, senza graduatoria legale, e di decidere soltanto in base alla propria libera convinzione⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ A. SCIALOJA, loc. cit., pag. 297, n. 1.

⁽³¹⁾ In proposito si nota qualche incertezza negli scrittori, perché non viene differenziata bene la *praesumptio iuris tantum* dalla *praesumptio hominis*.

Il valore da attribuirsi alle raccolte della Camera di Commercio è quest'ultimo, non il primo. Esse non determinano una inversione dell'onere della prova, ma sono semplicemente un mezzo di prova, da valutarsi (o svalutarsi) come ogni altro.

Perciò mentre concordiamo con gli argomenti addotti dal ROCCO, il quale giustamente ammonisce il giudice ad “andare molto cauto nell'accettare i risultati” dei vari

14. *Si propone il nuovo testo dell’art. 2.*

Inoltre, se pur volesse accogliersi il concetto avvalorato dall’autorità della Corte di Cassazione del Regno e del parere di numerosi scrittori, che alle raccolte di usi debba attribuirsi il carattere di presunzione *iuris tantum*, non sembra che la formula del Progetto possa accettarsi.

Essa non tanto consentirebbe una prova contraria, quanto semplicemente la prova di un *fatto estintivo* dell’uso.

La formula “si presumono in vigore fino a prova contraria” lascia ritenere infatti, che oggetto della “prova contraria” sia la dimostrazione che “non sono più in vigore”. Laddove invece può e deve lasciarsi la libertà alla parte di provare che l’uso, sebbene contenuto nelle raccolte, non esiste e non è mai esistito.

Ciò posto, sarei d’avviso di sopprimere senz’altro la prima parte dell’art. 2, ritenendo inutile una formulazione legislativa di libertà di prova, che è implicita nel sistema del nostro diritto positivo e nella natura giuridica degli usi mercantili. Comunque volendo contrastare la corrente giurisprudenziale, potrebbe affermarsi che le prove degli usi possono essere desunte dal Magistrato ed offerte dalle parti con ogni mezzo.

Sicché l’articolo 2 del progetto potrebbe sostituirsi col seguente:
gli usi mercantili hanno forza di legge solo quando sieno stati osservati in modo uniforme e durevole con la coscienza della loro obbligatorietà. La prova degli usi può essere desunta e offerta con ogni mezzo. Gli usi speciali o locali prevalgono agli usi generali.

mezzi di accertamento indiretto degli usi (loc. cit., pag. 155), non concordiamo con la conclusione che da essi viene tratta: che “la certificazione degli usi da parte della Camera di Commercio è *sorretta da presunzione*, contro della quale può ammettersi la prova testimoniale” (pag. 156, n. 1). Con ciò a tale certificazione si dà valore di presunzione legale, il che non è coerente con il dovere ricordato al giudice di sottoporla a critica attenta, perché esclude la possibilità legale di esercitarlo.

Analogamente fluttuante è il concetto del BOLAFFIO il quale, dopo aver rilevato che le collezioni porgono un semplice *indizio* della esistenza di un uso (*Commento al codice*, I, pag. 45) afferma tutt’altro, ammettendo che “la parte che fonda il proprio assunto sopra un uso enunciato nella collezione ha per sé la *presunzione* della sua esistenza” (loc. cit., pag. 103).

LE DISPOSIZIONI PRELIMINARI DEL CODICE
DI COMMERCIO NEL PROGETTO
DELLA COMMISSIONE REALE

2 - LA MATERIA DI COMMERCIO

1. Oggetto della ricerca. — 2. Nomenclatura e sistema. — 3 Sistema e Progetto. — 4. Triplice aspetto della « materia di commercio ». — 5. Improperità della espressione « atti di commercio » per indicare la « materia di commercio ». — 6. Anche rispetto ai così detti « atti soggettivi ». — 7. Altre controversie relative ai così detti « atti soggettivi » che il progetto non risolve. — 8. Il commerciante e la legge commerciale « de jure condendo ». — 9. Si condanna la formula « si presume » dell'art. 5 del Progetto. — 10. Affinità delle « operazioni dei commercianti » con talune operazioni comprese nell'art. 3. Proposta della nuova formula e sua collocazione nell'art. 3. — 11. Accessorietà in astratto e in concreto. — 12. La mediazione « de iure condendo ».

1. *Oggetto della ricerca.*

Non intendo discutere — come dissi — i criteri fondamentali accolti dal Progetto: quindi esula dal campo della mia revisione critica ogni indagine circa la opportunità di mantenere il sistema oggettivo, ed altresì ogni considerazione relativa ai confini posti a ciascuna categoria delle operazioni commerciali.

È soltanto sotto il duplice profilo *formale* della idoneità della *formula* a regolare felicemente la materia, e della completezza delle disposizioni, che in questo studio viene considerato il Progetto.

2. *Nomenclatura e sistema.*

Sotto questo aspetto, il terzo articolo ci propone anzi tutto un problema terminologico e, coerentemente, sistematico.

La nomenclatura non è che un corollario del sistema. Veder chiaro è il presupposto per esprimersi bene. La diversità di concetti impone la differenziazione dei termini.

Ora è da rilevare che nella sistemazione logica della *materia di commercio* il Progetto rispecchia certamente il notevole progresso raggiunto già da tempo dalla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale svoltasi intorno alle norme del codice vigente, che tale progresso è in parte altresì espresso in termini idonei, ma che la formula non può dirsi ancora in tutto conforme all’intento sistematico del Compilatore.

3. *Sistema e Progetto.*

Dico subito che non divido l’autorevole parere del prof. Lordi, secondo il quale “la discussione meramente teoretica è da farsi *de iure condito*: sarebbe forse uno sforzo inutile *de iure condendo* ⁽¹⁾. Specie per la nomenclatura e l’ordine della materia il compilatore di un codice deve proporsi un sistema e seguirlo con tenace *iuris ratio*: è questa necessità — anzi — che rende estremamente difficile e pericolosa la pratica adottata dalle commissioni cui fu affidata la preparazione dei codici, di suddividere il lavoro tra varie sottocommissioni, salvo a coordinarlo in un secondo momento.

Il codice nuovo deve essere, invece, la cristallizzazione di un pensiero organico: allora costituirà un sistema, e ne sarà agevole la interpretazione integrando *vicissim* le singole norme.

Comunque: che la terminologia sia sistematicamente esatta, che cioè si cerchi di esprimere in ogni parte del codice un concetto determinato sempre con la stessa formula verbale, e si eviti di accomunare più concetti sotto la stessa formula, rendendola ambigua fonte di inutili controversie, è una esigenza che non può contrastarsi.

Ora questo problema della terminologia è più facile additarlo, che risolverlo. La povertà del linguaggio giuridico è nota da gran tempo ed universalmente lamentata. La creazione di nuove formule è poco simpatica e forse inopportuna, disgiungendo dall’uso comune la norma scritta. E la rinuncia ad espressioni tradizionali può sembrare innovazione più profonda che non sia.

⁽¹⁾ L. LORDI, *Sul progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, I, pag. 270.

Comunque io non dubiterei, nel nostro campo, di abbandonare definitivamente la formula “*atti di commercio*” per designare la “*materia di commercio*”.

4. *Triplice aspetto della « materia di commercio ».*

Quando il legislatore dispone che “in materia di commercio si osservano le leggi commerciali” vuol dire che le leggi commerciali da un lato determinano quali fatti hanno virtù di fare sorgere rapporti di diritto commerciale, dall’altro dettano la regola che a tali rapporti l’ordinamento giuridico impone.

Per “materia commerciale” si intende, cioè, un *istituto giuridico* in senso lato ⁽²⁾: un complesso di fatti ed un complesso di rapporti tenuti insieme dal diritto commerciale.

Tre diversi oggetti ha quindi (o può avere) lo studio — o la codificazione — di un istituto giuridico: 1) l’insieme dei fatti giuridici e dei rapporti giuridici univocamente corrispondenti, perché rispettivamente causa ed effetto per virtù della norma giuridica; 2) il gruppo dei *fatti* condizionanti i rapporti giuridici; 3) i rapporti giuridici condizionati dai fatti.

Uno dei vizi fondamentali delle teoriche giuridiche — come ebbi a rilevare in un mio vecchio lavoro giovanile ⁽³⁾ — è la designazione dei tre oggetti con lo stesso nome. Ciò che dovrebbe distinguersi e contrapporsi si fonde e si confonde per l’infelice terminologia.

Ricerca che ciò non accada, designare con nomi diversi l’insieme degli elementi e ciascuno di essi, parrebbe opera degna del legislatore, e non impossibile.

Ciò posto, giova considerare che cosa abbia voluto il Compilatore, e se la formula risponda al suo pensiero ed al rigore sistematico.

⁽²⁾ Cfr. E. FINZI, *La teoria degli istituti giuridici*, in *Riv. Critica di Scienze Sociali*, Firenze, 1914, n. 2.

⁽³⁾ Cfr. la nota che precede.

5. *Improprietà della espressione « atti di commercio » per indicare la « materia di commercio ».*

Che cosa abbia voluto il Compilatore ci dice chiaramente la sua relazione: egli ha voluto “la sistemazione generale della materia di commercio” (4); ha voluto determinare complessivamente quali rapporti sieno regolati dalla legge commerciale, e da quali fonti essi abbiano vita.

Ora se questo è lo scopo, perché non usare una espressione ad esso più aderente? Se l’articolo tre vuole indicare che le *operazioni* ivi enunciate costituiscono materia di commercio, perché non esprimersi più esattamente così: “*Costituiscono materia di commercio*”:

“1) le operazioni ecc.”?

L’abbandono della formula “atto di commercio” parrebbe in verità opportuno per cedere il posto all’altra: “materia di commercio”.

“*Atto*” nella terminologia sistematica del diritto vuol dire cosa ben diversa e più precisa che non quella indicata con l’espressione: “*operazione*”. Le operazioni commerciali possono comprendere degli *atti giuridici*, ma esse stesse non sono atti, bensì genericamente “materia di commercio”.

“*Operazione*” è tutto il sistema di fatti giuridici e di conseguenti rapporti che gravita intorno ad una determinata attività *economica*: “atto” è invece, nel significato tecnico che la parola ha assunto nel diritto privato, un *fatto giuridico* isolato e caratterizzato tipicamente dalla volontà umana che lo determina.

Con una formulazione erronea il codice vigente parla di *atti* ed enumera *atti*: vendita, cambiale, assicurazioni ecc.; ma la dottrina e la giurisprudenza unanime, superando la lettera, hanno sempre ripudiato il concetto, ed hanno letto “operazione” dove era scritto “atto”, considerando come materia commerciale tutte le attività e tutti i rapporti che si formano e si svolgono intorno al nucleo designato dal legislatore, contemplato nel suo aspetto materiale, economico e non giuridico (5).

(4) *Relazione*, cit., pag. 16.

(5) D’altronde ciò è perfettamente conforme anche ai lavori preparatori del Codice vigente: secondo la Relazione Mancini “si volle attribuire natura di atto di commercio a

Ora se il Compilatore del Progetto ha voluto, coerentemente all'universale insegnamento, eliminare le incertezze terminologiche tradizionali ed ha giustamente qualificato come *operazioni* ciò che il codice vigente designava coll'espressione impropria di *atti*, parrà giusto che l'opera sua venga completata cancellando la formula *atti* altresì della designazione generica posta nel principio dell'articolo, e sostituendola con la più esatta espressione: "materia di commercio" (6).

tutte quelle *operazioni che per la loro essenza nell'ordine economico e nella opinione generale costituiscono una manifestazione dell'attività commerciale* (pag. 30)". Per la dottrina cfr. ROCCO, *Principii*, pag. 169; VIVANTE, *Trattato*, I, (5^a ed.) n. 29 e 31; FRANCHI, *Comm.*, n. 22, ecc. ecc.

(6) Con ciò non intendo di eliminare né la formula né il concetto di "atto di commercio", ma soltanto di rilevare che l'una e l'altro non corrispondono all'intento del compilatore dell'art. 3 del Progetto. *Atti* di commercio nel significato tecnico-legale assunto dalla espressione *atto* nella parte generale del diritto privato, esistono, certo: e sono le *manifestazioni di volontà* che si riferiscono ad operazioni di commercio. Essi vanno, però, particolarmente considerati, studiati e regolati fra le fonti delle obbligazioni commerciali.

Ed un altro rilievo mi pare opportuno per rispondere ad una eventuale critica. Se è giusto — si dirà — abbandonare la espressione *atti* per indicare complessivamente le operazioni commerciali, può sembrare non altrettanto giusto sostituirla con l'altra espressione "materia di commercio". E ciò perché, enumerando le operazioni commerciali, il compilatore non tanto vuole indicare insieme i fatti giuridici ed i rapporti giuridici di diritto commerciale, quanto solamente i primi. Qualche serio dubbio che così sia non può non nutrirsi. Tradizionalmente il concetto è appunto quello: indicare quali avvenimenti, e, tra questi, sopra tutto, quali negozi costituiscono, modificano od estinguono rapporti giuridici di diritto commerciale. (Cfr. ROCCO, *Principii*, pag. 168 e gli autori ivi citati).

Ma dopo la breccia aperta dalla dottrina, ormai accolta altresì dalla prassi giudiziale, introducendo nel contenuto dell'art. 3 altresì i rapporti *ex lege*, tale dubbio deve attenuarsi.

E dovrà infine scomparire quando si tenga presente che la norma è posta tra le *disposizioni preliminari*, colle quali si intende differenziare *esternamente*, per così dire, la materia commerciale, e non regolarne *i rapporti interni*, e che pertanto ivi la materia è considerata globalmente, sotto tutti i suoi aspetti, in tutta la sua estensione per contrapporla alla materia che commerciale non è (fatti e rapporti giuridici).

In altri termini, quando *in seno al diritto commerciale* si parlerà delle obbligazioni commerciali, ad esse si contrapporrà, come corrispondente, la nozione di fatto giuridico commerciale, e si scevererà un negozio da un quasi contratto commerciale, un delitto da un quasi delitto.

Ma nelle disposizioni generali, dove si vuol tracciare il solco che delinea la zona economica e giuridica affidata, per la sua regola, al diritto commerciale, ivi si vuol

6. *Anche rispetto ai così detti « atti soggettivi ».*

Analogo rilievo deve farsi rispetto all’art. 5 del progetto: non è soltanto agli *atti* dei commercianti che si vuole attribuire carattere commerciale, bensì è all’insieme delle loro operazioni ed obbligazioni.

Gli obblighi imposti dalla legge, i rapporti derivanti da delitto, da quasi delitto e da quasi contratto sono commerciali se riguardano un commerciante e non hanno natura essenzialmente civile (7). E questo concetto è male espresso, anzi, dovrebbe dirsi, non è espresso, con la formula proposta dal Progetto.

7. *Altre controversie relative ai così detti « atti soggettivi » che il progetto non risolve.*

Se non che, rispetto ai così detti atti soggettivi di commercio direi che si deve andare più oltre.

È noto a quali e quante controversie abbia dato luogo la interpretazione dogmatica (più forse che la applicazione pratica) dell’art. 4 del codice vigente, e come tali controversie trovino la loro origine nella formula “si reputano” che da taluno fu ritenuta presunzione *assoluta* di commercialità (8), da altri presunzione *relativa* di una commercialità diversa da quella oggettiva (9), da altri infine come una semplice inversione dell’onere della prova della commercialità (oggettiva) per le operazioni dei commercianti (10).

comprendere, non solo l’insieme dei fatti che quel diritto prevede, ma altresì l’insieme dei diritti soggettivi che a quella regola vengono sottoposti.

Talché deve ritenersi che effettivamente la formula attuale “atti di commercio” nella accezione sua più ampia, quale è quella di menzione generica delle operazioni elencate all’art. 3, corrisponde alla espressione “materia di commercio” nel significato che questa assume nel primo articolo così del codice vigente che del Progetto.

(7) Per le varie questioni relative a questa posizione che, nella sua genericità, non è controversa, cfr. G. LUMBROSO, *Le obbligazioni commerciali che non nascono da contratto (Contributo alla teoria degli atti di commercio)*, Pisa, Archivio Giuridico, 1905.

(8) In questo senso: ULISSE MANARA, *Gli atti di commercio secondo l’art. 4 del vigente Cod. comm. it.*, Torino, Bocca, 1887, n. 35, pag. 71.

(9) Cfr. VIVANTE, *Trattato*, I, 5^a ed., n. 90, pag. 121 e segg.

(10) In questo senso, sostanzialmente, ANGELONI, *Osservazioni sull’art. 4 del Cod. di Commercio*, Perugia, Guerra, 1908, n. 12, pag. 15.

Ed è noto altresì come dall'interpretazione dell'art. 4 si muovano le varie correnti dottrinali che mirano alla costruzione del concetto unitario di "atto di commercio" ed alla ricerca di un criterio per *classificare* le varie operazioni che la legge designa appunto come atti di commercio ⁽¹¹⁾.

Secondo il programma che mi sono tracciato, non entrerò nell'esame analitico delle varie questioni, che potrà essere oggetto di un apposito studio: qui mi limito da un lato a segnalare che vi era e vi è un problema da risolvere ed una incertezza da eliminare, e che il Progetto non vi provvede; dall'altro a proporre una soluzione, che penso debba essere quanto mai precisa e risoluta.

8. *Il commerciante e la legge commerciale « de jure condendo ».*

Il Progetto, mantenendo nella sua nuova formula la indicazione "ogni *altro* atto" e ricorrendo all'istituto della presunzione: "si presume commerciale", conserva tutte le tradizionali ragioni di dubbio ⁽¹²⁾. Vuol significare, infatti, che tutti gli atti dei commercianti, anche se non rientrano in nessuna delle categorie elencate dall'art. 3 (*altri atti*) sono commerciali, cioè sottoposti alle leggi commerciali, purché non repugnino al concetto astratto di commercio e siano cioè essenzialmente civili; ovvero vuol significare — come può lasciar ritenere la formula "si presume" — che ogni atto del commerciante deve reputarsi compreso in una delle operazioni commerciali menzionate dall'art. 3, fino a prova contraria?

Gli argomenti *hinc inde* dedotti rimangono, ahimè, vivi con la nuova formula. La quale deve, quindi, a mio avviso, essere abbandonata, o modificata.

Secondo quale criterio? La *utilitas*.

Ora, ragionando *de iure condendo*, non mi pare dubbio che si debba tendere a dare regola uniforme alla attività ed ai rapporti giuridici dei commercianti. Lo spezzettamento della unità economica in operazioni distinte può essere una necessità per il legislatore che vuol conservare il sistema *oggettivo* e la *specialità* come caratteri

⁽¹¹⁾ Cfr. ROCCO, *Principii*, n. 42 e 43 n. 1 (pag. 177 e segg.).

⁽¹²⁾ Che esse si raggruppino sostanzialmente intorno a questi due poli, v. in ANGELONI, loc. cit.

fondamentali del diritto commerciale, ma va contenuto nei limiti più ridotti, perché, in fondo, è contraddittorio sia alla realtà economica che ai principi giuridici. Il *patrimonio* è unico. Le operazioni non hanno paratie stagne che le dividano: sono vasi comunicanti.

Un debito nuovo danneggia tutti i creditori vecchi. Ed è tipico del diritto commerciale l’istituto fallimentare dove l’unità intima non solo del patrimonio, ma altresì delle operazioni creatrici di vincoli giuridici, si rivela in modo inoppugnabile determinando la comunione incidentale di tutti i creditori, quale sia la fonte del loro credito.

Per ciò si deve volere che la legge commerciale regoli tutta l’attività economica del commerciante, eccezione fatta soltanto per taluni atti che hanno natura essenzialmente civile e che prevalenti ragioni — unitarie, anch’esse, sotto diverso profilo — inducono a non disgiungere dal sistema del diritto civile.

9. *Si condanna la formula « si presume » dell’art. 5 del Progetto.*

Ciò posto, mi pare che anzi tutto sia opportuno abbandonare la espressione “si presume”. La presunzione ci richiama al concetto di *prova*, alla deduzione di un fatto noto da un ignoto, alla determinazione di una certezza nella coscienza del giudice.

Nel caso nostro nulla di tutto ciò. Si pone un *fatto giuridico*: si determina cioè un evento — operazioni dei commercianti — al quale si connette, immediatamente, la efficacia di far sorgere rapporti giuridici regolati del diritto commerciale ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ In questo senso v. ROCCO, *Principii*, pag. 170, il quale però subito indulge, più che non sia necessario, al concetto di *presunzione* (ivi, e soprattutto n. 49 pag. 215 e segg.), salvo poi riprendersi, e più giustamente, a pag. 218 dove respinge il concetto della presunzione *iuris et de jure* “sulla cui proprietà tecnica sarebbe molto da discutere”.

La incertezza dell’insigne Maestro, e la diffusa opinione che, rispetto agli atti dei commercianti, il legislatore abbia posto una *presunzione relativa* di commercialità, che ammette soltanto alcune *prove* in contrario (ROCCO, loc. cit., pag. 216) mi pare dovuta alla mancata osservazione di un fatto, che a me sembra evidente: l’art. 4 del codice vigente — e, *de iure condendo*, i vari Progetti — regolando gli atti dei commercianti, non dettano *una sola norma* relativamente ad essi, rispetto alla quale si debba considerare il gioco dell’onere della prova (presunzione - prove contrarie); bensì pongono *due distinte volizioni*, che devono essere tenute concettualmente separate, e rispetto alle quali non è il caso di parlare di interversione dell’onere della prova.

Vi ha una *norma-regola* (*Regelvorschrift*, come dice il FITTING, *Die Grundlagen der*

Non è il giudice che presume, non è un fatto ignoto che si prova; ma è una norma che scatta, perché si verifica la condizione per la sua entrata in vigore ⁽¹⁴⁾.

Beweislast, Berlin, Heymann, 1888, pag. 50) e vi ha una *norma-eccezione* (*Ausnahmevorschrift*). La prima dispone che le operazioni dei commercianti sono commerciali. La seconda dispone che le operazioni dei commercianti non sono regolate dalle leggi commerciali quando “sono di natura essenzialmente civile, e se il contrario risulti dall’atto stesso”.

Chi invoca la prima norma deve fornire la prova del *fatto giuridico* in essa descritto, e posto a condizione del conseguente rapporto. Quindi chi afferma la commercialità di un atto può provare la qualità di commerciante propria di chi lo ha compiuto.

Colui che invoca la seconda norma, deve, a sua volta, fornire la prova del fatto giuridico che essa presuppone: deve cioè dimostrare che l’atto è di natura essenzialmente civile o che le parti espressamente lo vollero escludere dalla regola commerciale.

Tutto ciò non altera la ripartizione dell’onere della prova, ma anzi la osserva scrupolosamente: non altrimenti che nel caso contemplato dell’art. 1312 c.c., ciascuna parte che afferma l’esistenza di una data situazione giuridica deve dare la prova dei presupposti di essa. Ivi è disposto che, chi afferma il credito deve provare una fonte dell’obbligazione, e chi afferma estinta l’obbligazione deve replicare fornendo la prova di un fatto giuridico estintivo; — qui, chi sostiene la commercialità deve provare la qualità di commerciante, e chi replica negandola, deve, a sua volta, provare le circostanze che la impediscono, secondo la legge.

Parlare, in questi casi, di presunzione, è confondere — come d’altronde li confonde anche il Fitting, nel suo, sotto altri aspetti, bellissimo studio — due distinti problemi, che possono forse risolversi con la stessa formula, ma che, sostanzialmente, sono del tutto distinti; il problema che mira ad isolare, in una norma complessa, la molteplicità di rapporti giuridici e di fatti giuridici previsti, con l’altro problema che mira a determinare, per ciascuno rapporto giuridico quali elementi del fatto giuridico devono essere provati da chi lo afferma, per legittimare l’azione giudiziale. (Cfr. su tali problemi il mio *Possesso dei diritti*, pag. 343 e segg.). L’art. 1312 c.c. — non altrimenti che l’art. 4 del Cod. Comm. vigente — riguarda il *primo problema*; il secondo è studiato, separatamente, dalla teoria dell’onere della prova, e dalla dottrina che distingue, analizzando ciascun fatto giuridico, elementi costitutivi e condizioni impeditive.

Il criterio di soluzione, come dissi, può essere lo stesso per i due problemi, e può riconnettersi, secondo l’insegnamento del Fitting, al contrapposto: “regola e eccezione”; ma nel primo caso si distingue ciò che è regola da ciò che è eccezione nell’interno di una *norma giuridica*: nel secondo caso la distinzione si opera nell’interno di un *fatto giuridico*.

Concludendo: chi fornisce la prova della qualità di commerciante, propria di colui che ha determinato la costituzione di un rapporto giuridico, per desumerne che questo è rapporto di diritto commerciale, non ricorre alla *presunzione*, ma offre la *prova diretta del fatto giuridico* condizionante l’effetto invocato. Il commerciante, poi, che invoca la natura essenzialmente civile dell’atto, per sfuggire, rispetto ad esso, al diritto commerciale, non offre la *prova contraria* alla *presunzione* contenuta nella disposizione generale,

E con questa norma non si vuole far rientrare per forza le operazioni dei commercianti in un’altra tra le operazioni oggettivamente enumerate dall’art. 3, ma si vuole invece che *di per sé* — anche se non rientranti nel novero dell’art. 3 — le operazioni dei commercianti sieno “materia di commercio”.

Ora, se questo è ciò che si vuole, perché non aggiungere senz’altro un ultimo gruppo di operazioni all’art. 3: le operazioni dei commercianti?

10. *Affinità delle « operazioni dei commercianti » con talune operazioni comprese nell’art. 3. Proposta della nuova formula e sua collocazione nell’art. 3.*

Si dirà: questo gruppo sarebbe eterogeneo agli altri e non avrebbe virtù di costituire il presupposto per la attribuzione della qualità di commerciante.

Se non che la replica è agevole.

se non in senso *traslato*; sostanzialmente, rispetto all’ordinamento giuridico come è e come deve essere inteso, esso si limita a fornire la prova del presupposto della sua eccezione.

(¹⁴) Che la presunzione legale, anche *iuris tantum* non sia una *prova*, ma bensì una *norma*, non ha bisogno di dimostrazione. Come rilevò il FERRINI (*Ancora sulle presunzioni in diritto civile*, in *Arch. Giur.*, vol. 50, pag. 566) “vi è una intima contraddizione concettuale fra la prova, ossia un mezzo di indagine del vero, e il precetto legale di tenere per vero un dato asserto”. (Cfr. analogamente SEGRE, *Sull’interpretazione degli art. 57 Cod. Comm. e 707-708 Cod. Civ.*, in *Riv. di Dir. comm.*, 1916, 11, 543, n. 3).

Come ebbi a rilevare nel mio *Possesso dei diritti* (pag. 333-4), “solo una remota comunione logica unisce i due istituti: presunzione semplice e presunzione legale. Entrambe hanno certo (in comune però con tutte le disposizioni del diritto) la loro base sopra “un calcolo delle probabilità” (Cfr. RAMPONI, *Presunzioni*, pag. 21; COGLIOLO, *Filosofia del dir. priv.*, lib. I, § 14; COVIELLO, *Parte generale*, pag. 535) ma mentre tale calcolo è fatto dal giudice nel primo caso, così che esso calcolo può apparire come un mezzo per raggiungere la certezza del fatto da cui si vogliono dedurre gli effetti giuridici, nel secondo caso è attuato dal legislatore, il quale dichiara di far seguire le sue sanzioni direttamente dal fatto che descrive. Il primo in fondo può apparire come mezzo di prova nel processo, sebbene forse non sia che apprezzamento di fatti accertati mediante altri mezzi di prova; il secondo invece non ha nulla a che fare col convincimento del giudice, è imperativo legale, è norma imposta dal legislatore.

“Non è possibile insomma ricondurre al concetto di prova la presunzione legale senza confondere insieme giudice e legislatore, diritto sostanziale e processo”.

Anzi tutto il legislatore può non preoccuparsi delle *classificazioni* che la dottrina tende a costituire: per chi detta la norma una cosa è essenziale: la chiarezza e la completezza, e, nel nostro *caso*, essenziale si è che la materia di commercio risulti *tutta e chiaramente* compresa tra le *operazioni* che vengono enumerate, anche se esse possano, tra loro, essere, sotto speciali aspetti, eterogenee.

In secondo luogo la eterogeneità delle operazioni, sotto profili determinati, è fuori di discussione, ed è, in fondo, il presupposto per la loro classificazione.

Si raggiunga o non si raggiunga dogmaticamente una nozione *unitaria* delle operazioni commerciali, astrazione fatta da quella contingente, (la definizione, cioè, come tali, per opera della legge); certo si è che, *entro tale nozione*, verranno colte analogie e differenze che daranno luogo alla classificazione interna.

Che talune operazioni sieno commerciali in concreto, in quanto non sono tali se non attuano effettivamente un contenuto economico mercantile, e che altre lo sieno, invece, in *astratto*, cioè sempre, anche quando, in concreto, servano a finalità economiche in sé non commerciali, non può negarsi ⁽¹⁵⁾.

Ed è evidentemente a questo secondo gruppo, che le operazioni dei commercianti potranno aggregarsi: esse sono regolate dalla legge commerciale non già perché in sé, certamente, costituiscano “commercio” in senso economico, ma perché, in astratto, così ritiene il legislatore argomentando da *quod plerumque fit* ⁽¹⁶⁾.

Così è noto che non tutte le operazioni considerate materia di commercio dal legislatore sono idonee, in sé, isolatamente, a costituire oggetto di una attività professionale, e nessuno pensa per ciò ad escluderne la oggettiva commercialità. L'articolo tre è dettato per tracciare i confini della materia di commercio e descriverne il contenuto, e non già espressamente per indicare il presupposto materiale della professione di commerciante.

Sicché nessun grave argomento si oppone — sia sistematica-

⁽¹⁵⁾ Su questo aspetto dell'accessorio cfr. ROCCO, *Principii*, capitolo II del libro primo.

⁽¹⁶⁾ Questa ultima connessione tra le operazioni contemplate all'art. 4 Cod. Comm. ed alcune delle operazioni elencate all'art. 3 è posta in luce definitivamente, integrando la costruzione dell'AZZARITI, dal ROCCO, loc. cit. (v. in specie a pag. 210).

mente che empiricamente — a che l’art. 5 venga soppresso e sostituito da un ulteriore comma dell’art. 3 che comprenda tra la materia di commercio: “le operazioni dei commercianti quando non sono essenzialmente o palesemente estranee al commercio” (17).

11. *Accessorietà in astratto e in concreto.*

Rispetto al quale articolo 3 mi pare opportuno un ulteriore rilievo.

È agevole osservare che vi sono due specie distinte di accessorie rilevante in materia di commercio: vi è la accessorie con le singole operazioni commerciali, e vi è la accessorie col commercio, in astratto (18).

Entrambe vanno tenute presenti, ma differenziate.

L’ultimo capoverso dell’art. 3 del Progetto allude evidentemente al primo gruppo di operazioni accessorie: sebbene la formula non sia molto precisa, il concetto non pare dubbio: si parla delle operazioni le quali in *concreto*, volta per volta, risulteranno ausiliarie o connesse con *concrete* operazioni delle varie specie.

Ma vi sono operazioni, come si disse, le quali sono ausiliarie del commercio, *in potenza*, e che rientrano nella materia commerciale appunto per ciò (19). Non sono in sé operazioni di scambio, né operazioni di produzione industriale, ma servono abitualmente, e sono anzi organizzate per servire allo scambio ed alla produzione industriale: tipiche, in questo senso, le operazioni *cambiarie*.

Tra le operazioni accessorie in senso lato, a me sembra che soltanto quelle del secondo gruppo costituiscano vere operazioni commerciali nel senso tradizionale della espressione “atti oggettivi di commercio”, e meritino di essere enumerate in modo autonomo tra le categorie che compongono la materia di commercio.

(17) Per il concetto di accessorie al *commercio*, cfr. ROCCO, loc. cit.; VIVANTE, *Trattato*, n. 94; AZZARITI, *Sugli atti di commercio per accessorio*, in *Riv. di Dir. comm.*, 1907, II, pag. 5 e segg.; LUMBROSO, loc. cit., pag. 41 e segg. ecc.; v. anche più oltre, questo mio scritto § 11 e 12, testo e note.

(18) V. nota che precede, e più particolarmente ROCCO, loc. cit., n. 49, pag. 215 e segg.

(19) Tali sono, secondo l’autorevole avviso del ROCCO, le operazioni cambiarie e quelle di riporto, di navigazione e di deposito nei magazzini generali (loc. cit., pag. 217).

Le altre non sono che *elementi* di una operazione diversa, rientrano volta per volta in una operazione concreta. Come tali, la loro menzione tra la materia di commercio, può apparire pleonastica: non è che la ripetizione e la conferma di una volontà di legge già espressa con la formula “operazioni” (20).

12. *La mediazione « de iure condendo ».*

Ciò posto, giova considerare, sia sotto il profilo sistematico che sotto quello pratico, la speciale posizione nella quale può trovarsi ogni “operazione di mediazione”.

Tradizionalmente, la mediazione è stata sempre considerata come operazione accessoria *in concreto*, rientrando così tra gli affari commerciali solo quando apparisse ausiliaria ad un negozio già di per sé commerciale.

Né altrimenti la considera il Progetto il quale, pur ridandole l'autonomia, che il progetto Vivante le aveva tolto, la rigetta tra le operazioni accessorie, sia con la menzione espressa “in affari commerciali”, sia con la esplicita dichiarazione, contenuta nella Relazione, che il suo richiamo ha “carattere puramente esemplificativo” (21).

(20) Giustamente l'ANGELONI (loc. cit., pag. 29, n. 21) rileva che questi “*atti accessori*” costituiscono una categoria diversa da quella proposta dall'AZZARITI sotto la menzione di “*atti di commercio per accessorio*”.

Anche il ROCCO, come si disse, rileva l'intima differenza, ma non con sufficiente distacco, mi pare, perché, poi, considera come omogenei i due gruppi ponendoli insieme nella categoria degli atti commerciali per connessione.

Ora, a mio avviso, le operazioni *accessorie in concreto* non hanno autonomia logica, economica e giuridica, ma sono semplici *elementi* di operazioni commerciali. Sicché, riassumendo il mio pensiero circa la classificazione che il Rocco fa, al § 49 dei suoi *Elementi*, degli “atti connessi con una attività commerciale”, riterrei:

I) che la classe *sub a*) — come ho detto — possa considerarsi assorbita nella nozione di *operazione*, e costituisca un elemento di *singole* operazioni commerciali *in concreto*;

II) che la classe *sub b*) non sia sostanzialmente diversa dall'altra *sub c*): in entrambe si determinano dal legislatore gruppi di operazioni commerciali *in astratto*. Né può ritenersi la commercialità della classe *b*) — atti soggettivi — soltanto *presunta* fino a prova contraria, bensì, invece, deve considerarsi semplicemente *limitata* dal riconoscimento di *eccezioni* alla regola generale.

(21) *Relazione* cit., pag. 18.

Però a mio avviso la mediazione dovrebbe considerarsi come materia di commercio non solo quando è accessoria ad una operazione commerciale, ma anche quando sia caratterizzata dallo scopo di lucro.

Le *officinae contractuum* sono intrinsecamente dirette allo scambio, sempre, in sé e per sé, indipendentemente dalla natura dell'affare che ne costituisce l'oggetto.

Il mediatore in affari civili svolge, economicamente, una attività *commerciale* e deve essere commerciante se opera professionalmente a scopo di lucro. Il mediatore, infatti, considerato soggettivamente, opera *sempre* per lo scambio; e la mediazione va considerata *anche* sotto il punto di vista prevalente del mediatore (22).

E quando questo si tenga presente, e si consacrì in una norma di legge, si vedranno dissipate molte incertezze tradizionali che anebbianò l'istituto della mediazione: si vedrà come la mediazione in affari civili non meriti di essere regolata diversamente dalla mediazione in affari commerciali; come sia *lo scopo di lucro* che differenzia la mediazione dall'*officium* di un terzo che amichevolmente si interpose in un negozio; come infine, la mediazione risulti essenzialmente *ex re*, sia proprio una *operazione* e non tanto un *negozio*, per modo che il compenso, commisurato al valore dell'affare, cioè al vantaggio presunto delle parti contraenti, non spetta perché fu *consentito* e *promesso* al mediatore dalle parti stesse, ma perché la *legge* impone ad esse di retribuire la mediazione di cui profitano (23).

E si spiegherà, sopra tutto, come la mediazione possa essere considerata di per sé, per attribuire la qualità di commerciante a chi

(22) Per il rilievo di fatto — senza, naturalmente, le deduzioni che ne traggio, poiché l'A. scrive *de iure lato* — cfr. la eloquente esposizione del BOLAFFIO, (Cod. comm. 5ª ed., pag. 371) e più precisamente l'osservazione che segue: “*per lui*, mediatore, anche se l'affare concluso è civile, si tratta pur sempre di una operazione ordinaria del suo commercio. È dunque l'*intento speculativo* del mediatore, connesso alla sua professione, e non la natura dell'affare che con la sua intromissione si compie, *che caratterizza la commercialità del rapporto* tra il mediatore ed i contraenti”. Qui il Bolaffio parla del mediatore professionista, ma ciò che egli dice può perfettamente estendersi ad ogni singola operazione di mediazione a scopo di lucro.

(23) Mi riservo di svolgere ed illustrare questo punto in occasione dell'esame delle norme relative alla mediazione proposte dal Progetto.

la compie per professione abituale, superando il paradosso di un *accessorio* che viene considerato indipendentemente dal *principale*.

D'altra parte ciò non dovrebbe punto repugnare al Compilatore, il quale, non richiedendo più per le "operazioni delle agenzie di affari, di informazioni e di pubblicità" la organizzazione ad *impresa* voluta del codice vigente, e non imponendo che esse siano accessorie ad affari intrinsecamente commerciali, palesa una chiara tendenza ad assumere le attività destinate a facilitare gli scambi, di qualsivoglia specie, come parte integrante della materia di commercio.

Sicché non esiterei a proporre che il n. 10 dell'art. 3 del Progetto venisse così formulato: "*le operazioni di mediazione a scopo di lucro*".

In tal modo la mediazione potrebbe essere commerciale sotto un doppio profilo: o in sé e per sé, perché caratterizzata dallo scopo di lucro; ovvero perché compresa contingentemente in una singola operazione commerciale; palesando questo doppio profilo la doppia virtù dell'accessorietà in materia di commercio: la *accessorietà in astratto* al commercio, la quale opera sul legislatore e lo induce a considerare commerciali operazioni in sé non destinate allo scambio dei beni, ma che servono e possono servire particolarmente ad agevolare gli scambi; e la *accessorietà in concreto* la quale determina la inclusione in singole operazioni commerciali di quegli atti che le abbiano rese possibili, agevolate od assicurate.

SULLA RIFORMA LEGISLATIVA DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI

1. Riforma sistematica od emendamenti? — 2. Il punto di partenza. — 3. Fondamento negoziale ovvero materiale. — 4. Le Società commerciali di fatto nel diritto positivo vigente. — 5. Opportunità di regolare le comunioni commerciali. (In nota) Distinzione tra Società di fatto e Società irregolari. — 6. Abbozzo della disciplina da imporre alle comunioni mercantili. — 7. Le associazioni commerciali. (In nota) Schema di classificazione ed abbozzo di un sistema giuridico delle pluralità collegate di persone e di cose. — 8. Essenza delle Società commerciali. — 9. Opportunità di dare autonomia legislativa alle compagnie per azioni. — 10. La personalità giuridica di diritto privato. — 11. La personalità giuridica delle comunioni, delle associazioni e delle società commerciali. — 12. Natura giuridica del loro atto costitutivo. — 13. Le compagnie per azioni: inderogabilità delle norme strutturali di interesse pubblico. — 14. Necessità di coordinare la riforma delle Società con una riforma fiscale che agevoli la sincerità dei bilanci: il problema delle riserve occulte.

1. *Riforma sistematica od emendamenti?*

La riforma del regime giuridico delle società commerciali è un compito che da gran tempo si è imposto al legislatore, sia perché implicito nell'altro maggiore, della riforma del codice di commercio vigente — già vecchio al sorgere (come, d'altronde, ogni codice) — sia in sé e per sé, *rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*.

Ma la riforma può farsi in due modi: per via di emendamenti per via di rifacimento. Di qui un primo problema che giova prospettare e risolvere.

Ciascuno dei due modi di riforma ha i suoi pregi e i suoi difetti, e può, in concreto, essere, volta a volta, più dell'altro conveniente e fecondo.

Gli emendamenti consentono di lasciar viva la struttura fondamentale della legge, di conservarne le parti che, al vaglio della pratica, si mostrarono adatte allo scopo e di introdurre soltanto quei mutamenti che più si palesano necessari o per risolvere autenticamente

mente incertezze pericolose o per fornire al commercio nuovi e più affinati strumenti legali, che esso reclami.

Ma quando un’opera critica di erosione profonda e l’impeto trascinante di una giurisprudenza evolutiva abbiano da una parte smantellato i fondamenti stessi del sistema ed affermato esigenze dogmatiche ed empiriche nuove; dall’altra, forzando la lettera e superandone lo spirito, immutato profondamente le norme della vecchia legge — pare allora più conveniente che il legislatore si accinga a disciplinare nuovamente l’intera materia, affinché l’istituto riformato possa adagiarsi sopra un solido sistema, coerente ed immanente in ognuna delle singole norme.

Ora a me sembra che ormai quest’ultimo criterio si imponga, e che tutta la materia dove si incontrano pluralità di cose e di persone collegate da uno scopo di guadagno mediante l’esercizio del commercio, meriti di essere organicamente considerata e nuovamente sistemata.

2. *Il punto di partenza.*

Questo riesame impone anzi tutto al legislatore di fissare, per sé e per tutti, con precisione tecnica, il proprio metodo.

Per ogni istituto giuridico due spunti sono possibili, e pratici, per legiferare: può muoversi dai fatti giuridici, descrivendo un determinato atto od avvenimento e determinandone gli effetti giuridici; e può muoversi dai rapporti giuridici, ordinando il sistema dei vincoli che legano i soggetti che si trovano in esso, e determinando quali atti e fatti abbiano virtù di far sorgere, modificare o sciogliere quel gruppo di rapporti ⁽¹⁾.

I due sistemi pur concorrendo allo stesso scopo di regolare un istituto giuridico, presentano, però, notevole diversità fra loro, sia rispetto alla terminologia, sia rispetto alla struttura organica della legge, sia rispetto alla sua interpretazione, sia, infine, rispetto al sistema delle nullità ⁽²⁾.

Nel caso nostro converrà decidersi: “società commerciale” dovrà significare il “contratto di società” cioè l’atto che tende alla

⁽¹⁾ Cfr. E. FINZI, *Le teorie degli istituti giuridici*, Firenze, 1914.

⁽²⁾ Cfr. E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, Zanichelli, 1920.

costituzione del rapporto giuridico di società, per modo che — *per definizione* — questo non esista senza quello; — ovvero “società commerciale” vorrà essere una espressione con la quale viene designato obbiettivamente quel sistema di rapporti che gravita intorno ad un fondo comune destinato all’esercizio del commercio, per modo che società esista sempre quando questo esista, anche se, per avventura, non siasi costituito per contratto regolare, o, addirittura, manchi ogni traccia di *negozio* direttamente costitutivo?

Ognuno vede come la scelta di uno od altro sistema sia decisiva per la costruzione organica di un istituto praticamente assai importante e diffuso: le così dette *società di fatto* o *società irregolari*.

3. *Fondamento negoziale ovvero materiale.*

È questa una materia, che, a mio avviso, *deve* essere finalmente organizzata e sistemata direttamente ed immediatamente in modo conforme e giustizia, e tecnicamente preciso, in occasione della imminente riforma. Per ora non lo è stata, né forse poteva esserlo, dato, appunto il concetto legislativo della società, come istituto giuridico.

Nel diritto civile esso muove indubbiamente dal contratto: la società, come rapporto, è soltanto e sempre una comunione *convenzionale*: se la convenzione manchi, o sia inefficace, la società non esiste. Pertanto non vi ha luogo, nel sistema del diritto civile, per il regolamento di *società extracontrattuali*: l’ordinamento giuridico le esclude volutamente dal novero delle società.

Non così, invece, o non del tutto così, e per le società commerciali. In questa materia il legislatore del 1882 appare stranamente incerto, e quasi si direbbe che non abbia visto — e comunque non l’ha certo tenuto presente — il problema sistematico. Da un lato egli sembra, infatti, assumere per base al sistema delle società commerciali il rapporto giuridico: la classificazione dell’art. 76 non è classificazione di *contratti* ma di rapporti, di obblighi, di responsabilità giuridiche.

Dall’altro il rinvio alla definizione tipicamente contrattualistica del c.c., appare evidente; come generale e costante è certo in tutto il sistema delle società commerciali il concetto che società perfette,

regolari, conformi alla legge, sono soltanto quelle che hanno origine da un contratto, quale appunto la legge indica e vuole.

4. *Le Società commerciali di fatto nel diritto positivo vigente.*

Ma, d’altra parte, il legislatore commerciale, non ignora, come quello civile, che le respinge tra le semplici comunioni, le società di fatto.

La forza dei fatti vince la logica astratta del sistema.

Questo esigerebbe che quanti rapporti non si siano uniformati nel loro sorgere alle norme volute dalla legge, vengano da essa disconosciuti.

Se non che, la rigorosa applicazione di tale principio, determinerebbe la esclusione dalla regola giuridica di un numero grandissimo di rapporti, e più precisamente di quelli appunto che per la loro incertezza ed equivocità più si prestano alle controversie, e più domandano, quindi, l’opera assidua dello Stato a contenerli e regolarli per assicurare l’ordine e il benessere sociale.

Di qui le fatali contraddizioni del sistema delle nullità che altrove ho rilevato: i rapporti dianzi volutamente esclusi, vengono, attraverso rimedi mal dissimulati, recuperati al diritto, riassunti sotto la regola e la tutela delle norme statuali.

Non è qui il luogo di ricordare ed esaminare questi criteri che vanno dalla creazione di un doppio ordinamento giuridico — come quello pretorio accanto al diritto quiritario — alla organizzazione di appositi istituti che fungono, appunto, come canali di ricupero per richiamare nell’ordine giuridico rapporti che ne furono respinti, rimanendo, rispetto al diritto, come soltanto di fatto: possesso, prescrizione, convalescenza dei negozi giuridici. Qui basta ricordare che è ad un ufficio simile, che, ripugnando, si piega l’ordinamento giuridico delle società di fatto.

Il legislatore vorrebbe che non fossero: e per ciò non le disciplina direttamente, anzi si atteggia come chi le ignori. Però, mediatamente, attraverso speciali sanzioni, previste in funzione di irregolarità formali degli atti rivolti a costituire le società tipiche, detta altresì norme per le società atipiche, irregolari, e quindi le riassume sotto la sua regola ed il suo controllo.

5. *Opportunità di regolare le comunioni commerciali. (In nota) Distinzione tra Società di fatto e Società irregolari.*

È bene perseverare in questo sistema? O non è più conveniente affrontare in modo diretto ed aperto il problema delle così dette società irregolari?

A me sembra che ragioni empiriche e sistematiche impongano di seguire la seconda via. Bisogna mettere ordine, e dare disciplina a questa congerie di rapporti praticamente numerosissimi ed importantissimi. E per farlo non è necessaria nessuna rinuncia al voluto rigore delle norme che impongono le speciali forme delle società regolari.

Occorre, a mio avviso, ed è sufficiente, completare il parallelismo del diritto commerciale col diritto civile. Questo da un lato disciplina in modo autonomo la comunione, come rapporto giuridico, indipendentemente dalla sua fonte — incidentale o convenzionale —, dall'altro disciplina la società, come contratto rivolto a creare una speciale comunione a scopo di guadagno.

La società eventualmente irregolare, si *converte* in *comunione*, quando non esista una espressa sanzione di nullità, che renda assolutamente inefficace la volontà contrattuale.

Il diritto commerciale deve organizzarsi in modo analogo. Può e deve disciplinare a sé, come *comunione mercantile*, la comunione della azienda commerciale perché il dinamismo di questa esige uno speciale ordinamento, diverso da quello civile. Sarà questo il regime delle così dette *società di fatto*, che assai spesso non sono società, non avendo origine contrattuale, e comunque non si richiamano in alcun modo alla volontà di costituire una qualunque delle società regolari, e che quindi a torto, finora, furono fuse e confuse con le società più propriamente *irregolari*.

In questo modo, mentre si darà un ordine legale a rapporti che lo esigono e che il diritto non ha ragione alcuna di respingere si appresterà altresì organicamente, quel secondo ordinamento “in minore” sul quale dovrà profilarsi l'istituto della società commerciale, e nel quale potranno ricadere quei rapporti che, voluti come società regolari, l'ordinamento giuridico di queste

respinga per difetti estrinseci od intrinseci, e non disciplini altrimenti ⁽³⁾.

6. *Abbozzo della disciplina da imporre alle comunioni mercantili.*

Non è qui il luogo per delineare l’autonoma disciplina che auspico venga data alle comunioni mercantili di fatto. Essa, in sostanza, dovrà accostarsi al regime che la giurisprudenza è venuta dettando per le società di fatto.

Tra i comunisti determinerà un sistema di rapporti obbligatori in ragione dello scopo mercantile attribuito al fondo comune: divieto di concorrenza, repressione di abusi ecc.

Rispetto ai terzi la comunione si presenterà come un “ente collettivo” ma senza personalità assorbente, avrà cioè legittimazione processuale attiva e passiva, capacità di diritto e capacità di agire per mezzo dei singoli comunisti od amministratori da essi nominati;

⁽³⁾ Insito sulla differenza concettuale e giuridica tra “società di fatto” e “società irregolare”.

Nella così detta *società di fatto* conviene tenere presente soltanto l’attuazione concreta di un rapporto, indipendentemente dalla sua genesi: dove esiste un *fondo comune*, destinato all’esercizio del commercio a scopo di guadagno, ivi *di fatto* esiste un nucleo di rapporti che conviene regolare, che possono essere denominati “rapporti di società di fatto”, ma che sostanzialmente costituiscono una comunione a scopo mercantile. Nella loro essenza, infatti, non vi è come necessaria la correlazione con la società, o meglio con un dato tipo di società: il concetto è assoluto, non relativo, considera quel che è, in sé, e non in funzione di ciò che dovrebbe e potrebbe essere.

Non così nelle *società irregolari*.

Queste si delineano come un concetto essenzialmente relativo: come negozio tendono a costituire un rapporto giuridico di società perfetta; come rapporto difettano di *condizioni legali*, o, peggio, urtano contro divieti, cadono sotto sanzioni di nullità.

Per ciò, mentre il regime che auspico deve essere direttamente adeguato alla figura della società di fatto ed essere comune ad ogni specie di queste, esso è destinato, invece, come dissi, a valere per le società irregolari solo indirettamente, per via di *conversione* come un regime diverso da quel che le parti vollero, regime però che raccoglie e regola i residui dell’atto inefficace al raggiungimento del suo scopo integrale, ed evita che essi escano del tutto dalla sfera dei rapporti legalmente regolati e protetti.

Tutto ciò, salvo una diversa disciplina che, caso per caso, il legislatore intenda dare alle singole cause di inefficacia o di nullità degli atti costitutivi di società regolari, ovvero degli atti che tali società compiano durante la loro vita giuridica.

ma non costituirà propriamente un *terzo* ad essi contrapposto e da essi distinto: sarà la *forma giuridica esterna dei soggetti raccolti nel gruppo*, il loro “nome collettivo”. In altri termini: vi hanno aggregati assorbenti in cui i singoli elementi si dissolvono e perdono la loro individualità, ed altri aggregati in cui i singoli elementi si associano, e mantengono la propria individualità coordinandola all'altrui: i mattoni, le travi, la calce ecc. non esistono più, giuridicamente, quando è sorta la casa: questa e soltanto questa è oggetto di diritto, è *cosa* per l'ordinamento giuridico. I suoi elementi non hanno più individualità attuale: quindi ogni proprietà o diritto altrui sopra di essi si estingue (o rimane quiescente) per mancanza di oggetto, e si converte in credito verso il proprietario della *universitas* assorbente.

Viceversa le pecore di un gregge o i libri di una biblioteca, pur presentandosi come elementi di un ente collettivo, non perdono, ma soltanto coordinano, la loro individualità: se nel gregge vi è una pecora altrui, essa è soggetto alla rivendica, e ciascun creditore può oppignorare una parte dei libri della biblioteca del suo debitore.

Analogamente deve ritenersi che avvenga negli aggruppamenti di soggetti meno organizzati, e nella comunione: l'unità è essenzialmente e soltanto strumentale e formale: copre, ma non assorbe e non annulla, l'intima e reale pluralità degli associati.

Sicché, rispetto ai terzi, delle obbligazioni del gruppo devono rispondere i singoli componenti: tutto al più, se si voglia, primariamente “*presi in gruppo*” così, appunto, come si presentarono, e quindi con beneficio di escussione sui beni di cui il gruppo, come tale, è titolare; secondariamente presi a sé, e ciascuno per l'intero, per la solidarietà che caratterizza le obbligazioni commerciali assunte insieme da più coobbligati.

Né è il caso di riconoscere all'azienda comune autonomia patrimoniale, nel senso che i beni di essa debbano costituire esclusiva garanzia dei debiti assunti collettivamente: non vi è ragione per imporre tanto sacrificio ai creditori particolari dei soci.

Al gruppo, senz'altro, sarà attribuita la qualità di commerciante, che dovrà estendersi, a mio avviso, anche ai singoli che lo compongono i quali esercitano, sia pure collettivamente, la mercatura.

Esso, dovrà, infine, essere iscritto nel registro del commercio (4) e farvi risultare ogni mutamento nella sua compagine che possa interessare i terzi. In difetto, questi potranno ritenerlo sempre conforme alla sua composizione iniziale. Ma, ripeto, non è il caso, qui, volendo esporre soltanto alcune idee generali, di entrare in ulteriori dettagli.

7. *Le associazioni commerciali. (In nota) Schema di classificazione ed abbozzo di un sistema giuridico delle pluralità collegate di persone e di cose.*

Piuttosto ritengo opportuno, a bene inquadrare la materia delle società regolari, tener presente un'altra forma associativa, che non è società, ma che con essa facilmente e spesso nella pratica si confonde, e che né il legislatore, né i vari progetti hanno mai, in Italia, particolarmente disciplinato nella sua forma generica: *la associazione commerciale* (5).

È questo l'altro dei poli tra i quali, appunto, vive e prospera la società commerciale perfetta. In questa noi troviamo tre forme di pluralità collegate tendenti all'unità:

I) pluralità di persone associate dallo scopo comune di trarre guadagno da atti di commercio;

(4) Sulla opportunità di introdurre anche in Italia questo nuovo mezzo di pubblicità, nessuno più dissente: par certo, quindi, che l'istituto troverà indubbiamente sede nel nuovo codice di commercio (cfr. art. 22 e segg. del Progetto della Commissione Reale per la riforma dei codici, Roma, 1925).

(5) Qui, a differenza che per comunioni mercantili, manca anche un corrispondente istituto, organicamente regolato dal diritto civile italiano. La dottrina, però, si è largamente occupata delle associazioni di fatto, (cfr. RODINO, *Capacità giuridica delle associazioni*, in *Arch. Giur.*, 1893, CHIRONI, *La personalità giuridica delle associazioni*, in *La Legge*, 1901 e 1909; FADDA, *Considerazioni sulle associazioni non iscritte*, in *Riv. prat. di dir. e giur.*, 1904, SALEMI, *Concetto e contenuto giuridico della associazione*, Palermo, 1909, GASCA, *Associazioni civili e commerciali*, Torino, 1913; GIOVENE, *Le associazioni di fatto nel diritto privato*, Milano, 1914, FERRARA, *Persone Giuridiche*, pag. 1013, segg. *Trattato*, pag. 710, GIORGI, *Persone Giuridiche*, vol. I, 178 segg. ecc.) e tutto lascia ritenere che in occasione della imminente riforma del codice civile l'istituto verrà espressamente disciplinato (cfr. D. CALLEGARI, *Per la Codificazione delle persone giuridiche*, in *Riv. di dir. civ.*, 1927, I e segg. e più particolarmente pag. 144 e segg.).

II) pluralità di cose collegate dallo scopo comune di servire ad un dato commercio (azienda);

III) pluralità di rapporti giuridici omogenei spettanti ad una pluralità di persone su cose collegate dallo scopo comune (comunione commerciale): è su questo triplice substrato che posa la sintesi unitaria delle società commerciali perfette.

Ma ciascuna delle tre pluralità concorrenti tende, di per sé, in modo diverso, verso l'unità e vuole essere, in questa sua tendenza, considerata ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Lo studio organico delle "pluralità collegate" che hanno rilevanza nel nostro diritto privato, e del comportamento di questo nel disciplinarle, si presenta pieno di interesse, e porge risultati particolarmente utili anche alla parte generale del diritto.

Non è qui, però, il luogo più acconcio per esporre questa indagine che si presenta assai vasta, e feconda di larga controversia; ma può non essere inutile, allo scopo preciso di ordinare il materiale dogmatico che può servire per la riforma legislativa delle società commerciali, trascrivere qui il sommario-indice dello studio che sto preparando: esso tende a classificare e coordinare i vari casi di pluralità collegate.

PLURALITÀ COLLEGATE DI COSE E DI PERSONE.

I. — PLURALITÀ DI COSE COLLEGATE:

- A) *fisicamente*:
- a) indissolubilmente;
 - b) non indissolubilmente;
- B) *per la destinazione economica del proprietario*:
- 1) pertinenze e cose principali;
 - 2) *universitates rerum distantium*;
 - 3) fondazioni;
 - 4) azienda;
- C) *per la destinazione giuridica*:
- 1) patrimonio;
 - 2) patrimoni allo scopo: a) eredità; b) fallimento; c) altri casi.

Il sistema giuridico della pluralità di cose collegate: tendenza all'unità. Sua realizzazione: a) a base oggettiva; b) a base subiettiva:

II. — PLURALITÀ DI PERSONE COLLEGATE:

- A) *incidentalmente*;
- B) *da uno scopo comune*;
- C) *pluralità di persone collegate incidentalmente dalla spettanza*:
- 1) di diritti uguali verso una stessa persona;
 - 2) di doveri uguali verso una stessa persona;
 - 3) di diritti uguali su beni economicamente fra loro connessi (Consorzi);
 - 4) di diritti uguali sopra una singola cosa;
 - 5) di diritti diversi sopra una singola cosa;
 - 6) di un solo diritto soggettivo di credito;

Ora, mentre abbiamo già considerata la comunione, indipendentemente dalla associazione convenzionale, e rispetto al nostro tema può anche, per il momento, trascurarsi la tendenza unitaria dell’azienda, come pluralità di cose collegate da uno scopo — (sebbene, sotto certi aspetti, giovi non dimenticarla: in alcune contingenze, infatti, essa regge *da sola* l’istituto sociale, come unitario, così quando, ad esempio, la totalità delle azioni si concentri in un solo azionista) — giova invece particolarmente considerare, ed isolare, la semplice

-
- 7) di una sola obbligazione;
 - 8) di un solo diritto di proprietà;
 - a) proprietà collettiva (zur gesamte Hand);
 - b) comproprietà.

Sguardo complessivo delle pluralità incidentali di persone, e sistema del loro regime giuridico.

D) *Pluralità di persone collegate da uno scopo:*

- a) *non convenzionale*: cartelli obbligatori, sindacati ecc.;
- b) *convenzionale*;

I) *prevalentemente non economico:*

- a) *associazioni*;
 - 1) riconosciute;
 - 2) vietate;
 - 3) di fatto.

β) *la famiglia*.

II) *prevalentemente economico:*

aspetti giuridici della collaborazione economica, complementare e concorrente:

- 1) contratti unilaterali;
- 2) contratti bilaterali;
- 3) contratti parziari;
- 4) contratti mutui;
- 5) contratti di società civile;
- 6) contratti di associazione commerciale;
- 7) contratti di società commerciale.

Sguardo complessivo delle pluralità di persone collegate da uno scopo. Linee generali del sistema di tutte le pluralità collegate.

Semplicità del rapporto giuridico: ogni rapporto ha un solo oggetto ed un solo oggetto attivo. Le pluralità giuridicamente:

- a) o si unificano fittiziamente;
- b) o si dividono;
- c) o si moltiplicano;

per modo da raggiungere sempre, rispetto ai singoli soggetti o i singoli oggetti struttura atomistica.

associazione volontaria a scopo mercantile, disgiunta dalla presenza di un fondo sociale, o indipendente da essa.

E questa, non altrimenti che la così detta società di fatto, (comunione a scopo mercantile) assai frequente nella pratica quotidiana, e viene a torto, dalla giurisprudenza, ricondotta sotto la figura della società in nome collettivo irregolare.

Persone — che si associano per esercitare atti di commercio, in nome e per conto comune, ricorrendo normalmente al credito, assumendo insieme le obbligazioni, correndo insieme i rischi, ripartendo gli utili, concorrendo volta a volta ad anticipare le somme o le cose necessarie per raggiungere l'intento sociale, e volta a volta ricuperando, di comune accordo, ciascuno quello che aveva anticipato — si incontrano di frequente nella pratica mercantile.

In questa azienda l'elemento tipico è *l'associazione delle persone*: la cooperazione effettiva di ciascuna di esse allo scopo comune con la fiducia reciproca. Il fondo sociale o non esiste, o non è essenziale, ed è sempre oscillante, variabile, indistinto dal patrimonio dei singoli associati: non può quindi ravvisarsi in essa una vera e propria società.

8. *Essenza delle Società commerciali.*

In quest'ultima, infatti, può e deve riscontrarsi quel triplice concorso di pluralità collegate cui dianzi accennavo: un'azienda, comune, a persone associate: collegamento di cose, collegamento di persone, collegamento di diritti delle persone collegate sulle cose collegate.

L'armonia tra i tre elementi può raggiungersi per gradazioni infinite, secondo che l'uno o l'altro prevalga: l'attenuarsi dell'elemento soggettivo indirizza l'istituto verso la fondazione, l'attenuarsi di quello obiettivo verso un mero intreccio di obbligazioni derivanti da un contratto plurilaterale.

Ora è impossibile all'ordinamento giuridico di preparare altrettanti schemi di società, quante sono le combinazioni attuabili dei vari elementi.

E d'altra parte è impossibile altresì lasciare alla libera iniziativa dei soggetti di foggare a loro piacimento la "istituzione" sociale:

come tutto ciò che tocca i diritti reali, assoluti, che interessano cioè tutti i cittadini, anche la comunione volontaria che si organizza nella società, domanda una disciplina formale inderogabile, a tutela degli interessi dei terzi.

È pertanto necessario che l’ordinamento giuridico allestisca alcuni schemi tipici, cui i privati possano aderire, ispirandoli al criterio di variamente contemperare l’elemento subiettivo e l’elemento obiettivo concorrente alla formazione dell’istituto sociale.

9. *Opportunità di dare autonomia legislativa alle compagnie per azioni.*

Ed ecco delinarsi la distinzione, facilmente criticata e criticabile, ma nella sua essenza profonda sempre viva e vitale, tra società di persone e società di capitali. Certo, *per definizione*, pluralità di cose, di persone, e di diritti occorrono per costituire una società, ma certo, anche diversa deve essere la struttura giuridica ed economica della società stessa, a seconda che l’uno o l’altro elemento prevalga.

Tanto diversa che viene fatto di domandarsi se non convenga ormai immutare profondamente la sistemazione degli aggruppamenti mercantili. La categoria comune “società” male si adatta a raccogliarli e differenziarli.

Vi è estremamente maggiore affinità tra una associazione mercantile — che non è una società — ed una società in nome collettivo, (elementi, quindi, scientificamente e legislativamente eterogenei) di quello che non esista tra una società anonima per azioni ed una società in nome collettivo (omogenee, e sottoposte a norme comuni).

Bisogna, a mio avviso, riaccostare ciò che sta bene unito a scostare recisamente gli istituti che rispondono ad indirizzi diversi.

Come da tempo si sente il disagio di ricondurre la disciplina del lavoro sotto la norma ed il concetto dogmatico della locazione, e si vuol rompere la troppo pesante catena risolutamente riconoscendo autonomia al contratto di lavoro, così par tempo che le società per azioni si disgiungano dalle altre società cui soltanto con sforzo, e deformandosi, e deformandole, possono accomunarsi.

È questo, d'altronde, il voto della classe interessata (7).

E d'altra parte le così dette società di persone potranno più agevolmente aggregarsi alle associazioni a scopo mercantile, delle quali non sono che una specie qualificata (associazioni di comproprietari).

Talché a mio avviso la sistemazione generale della nostra materia potrebbe avvenire con una nuova, più pratica e più logica partizione, distinguendo e regolando:

- 1) le comunioni commerciali (società di fatto);
- 2) le associazioni e società commerciali;
- 3) le compagnie per azioni.

10. *La personalità giuridica di diritto privato.*

Ciò posto si presenta l'altro problema: quale è la posizione, nel sistema, di questi raggruppamenti? In quale parte del codice converrà porre la disciplina?

Ritengo che giustamente il progetto della Commissione Reale collochi le società tra i soggetti di diritto commerciale, ma ritengo, anche più, che si possano e si debbano collocare tra essi altresì le società di fatto, — cui negherei come dissi l'autonomia patrimoniale assoluta — e persino le semplici associazioni commerciali.

E qui è bene che io spieghi, il più brevemente possibile, il mio concetto sulla personalità giuridica in genere, e su quella delle società commerciali in ispecie, riprendendo e precisando i brevi cenni già fatti più addietro (n. 6). Ciò anche allo scopo di chiarire come il famoso art. 88 del Progetto della Commissione reale, non elimini affatto l'annosa controversia ponendo — come ritenne la Commissione — una norma inequivocabile, ma soltanto sposti e renda forse anche più aggrovigliato ed oscuro il campo della disputa tradizionale (8).

(7) Cfr. *Osservazioni e proposte sul progetto di nuovo codice di commercio*: I. *La disciplina delle società per azioni* pubblicate a Roma, (1928) della Associazione fra le Società Italiane per Azioni, pag. 12.

(8) L'articolo citato disporrebbe: "Tutte le società anzidette, legalmente costituite, sono soggetti giuridici distinti dalle persone dei soci". Ora, poiché vi hanno vari modi, corrispondenti a vari scopi, di essere "soggetti giuridici", e la disputa tradizionale,

Soggetto di diritto è anzi tutto la persona fisica idonea ad essere titolare di un rapporto giuridico.

Quando questa attitudine viene riconosciuta ad un ente diverso dalla persona fisica, si può e si deve parlare, genericamente, di persona giuridica.

La persona giuridica è sempre una finzione di diritto, perché l'ordinamento giuridico suppone presente una persona, che nell'ordine materiale delle cose non esiste, come tale, e presuppone, pertanto, sempre una norma che la riconosca. Ma la finzione si basa sopra un sustrato reale e risponde ad uno scopo di utilità generale ⁽⁹⁾.

Posto ciò, *per definizione*, è ovvio rilevare che in ragione della diversità degli scopi, volta a volta tenuti presenti dall'ordine giuridico, e del sustrato posto a fondamento della attribuita personalità, questa possa assumere estensione e struttura assai varie.

La concezione comune, che identifica la persona giuridica con le due forme tipiche e generali della fondazione e della corporazione riconosciute, negando la personalità a quegli enti i quali si presentino come idonei ad essere soggetti di diritti ed a disporre solo occasionalmente, precariamente, limitatamente, non è, dal punto di vista sistematico, giustificata, né è coerente al postulato cui si riferisce.

Essa descrive un tipo o due tipi di persona giuridica in *senso stretto* cui va contrapposta la *persona giuridica in senso lato*. Si ripete: ogni qualvolta l'ordinamento giuridico attribuisca la facoltà di essere titolare di un diritto o di disporre ad un ente diverso dalla persona fisica, ivi deve ravvisarsi, *per quel diritto*, *per quell'atto*, riconosciuta una personalità che è giuridica e non fisica, che è attribuita ad un ente mistico fingendolo uomo.

Si chiami poi come si vuole, questo non ha importanza quando il concetto sia chiaro, saldo, differenziato.

quando non si risolve in semplice quistione di parole, sta tutta, appunto, nel determinare la estensione entro la quale agli enti collettivi è data qualità di "soggetto di diritto", la disposizione non elimina il problema che vorrebbe risolvere.

⁽⁹⁾ Ometto volutamente ogni analisi della dottrina italiana e straniera sulla personalità giuridica.

Rivederla e discuterla imporrebbe, infatti, una digressione non compatibile con l'indole del presente lavoro, e riassumerla sarebbe superfluo poiché si tratta di concetti e di sviluppi assai noti ad ogni studioso della nostra materia.

Ora, di queste *persone giuridiche* ve ne hanno, naturalmente, di specie assai varia, come si disse, a seconda dello scopo cui tendono, e per il quale il legislatore le crea (o riconosce, che dir si voglia). Se lo scopo è transeunte, contingente, la loro durata e la loro attitudine ad agire saranno limitate al tempo ed alla sfera giuridica in cui giovano, e per cui sussistono; se lo scopo è perpetuo e generale, raggiungeranno, invece, la vasta e solida struttura delle fondazioni e delle corporazioni.

Non solo. Ma, a mio avviso, questi enti possono e devono differenziarsi grandemente a seconda che il loro riconoscimento avvenga in ragione di scopi essenzialmente o prevalentemente *strumentali* ovvero di scopi essenzialmente o prevalentemente *sostanziali*.

Mi spiego. Ogni istituto giuridico presuppone, naturalmente, un interesse statutale, alla sua disciplina ed alla sua tutela.

Ma questo interesse può essere *immediato o mediato*: d'onde la distinzione tra il diritto pubblico ed il diritto privato.

Ora: vi sono persone giuridiche di diritto pubblico e persone di diritto privato: nelle prime l'attitudine ad essere soggetto di diritti poggia sopra un interesse generale, nelle seconde sopra interessi particolari. Le fondazioni e le corporazioni rappresentano tipicamente il primo gruppo; le comunioni, le associazioni e le società commerciali (non le compagnie, come vedremo), il secondo.

L'attitudine ad essere considerati unitariamente di questi aggruppamenti ha funzioni puramente *strumentali*: serve ai soggetti di diritto privato come *mezzo* per una miglior tutela dei loro interessi, interessi non contrastanti, ma concorrenti, con quello generale. È nel limite di questa utilità che la personalità può e deve essere riconosciuta dalla legge: in grado, quindi, e con modi diversi.

11. *La personalità giuridica delle comunioni, delle associazioni e delle società commerciali.*

Chiarito ciò, è ovvio che a tutti gli aggruppamenti considerati può e deve attribuirsi, in vario modo, però, personalità giuridica.

È utile che le comunioni mercantili *possano* agire unitariamente, e unitariamente essere considerate e convenute dai terzi, ma non vi è ragione di *imporre* come necessaria questa sintesi giuridica: i terzi

potranno non servirsene e, — come secondo un autorevole dottrina oggi si ammette per le società irregolari — ignorare il gruppo come unitario, raggiungendo immediatamente i singoli che lo compongono.

Analogamente si dica per le semplici associazioni mercantili.

Per le società regolari la coesione unitaria deve accentuarsi: non solo può, ma deve riconoscersi e rispettarsi.

Talché esse non possono agire e non possono essere convenute, non possono acquistare e non possono alienare, che come persone giuridiche, come gruppo unificato: la comunione organizzata dei soci non ha altro modo di acquistare ed esercitare diritti, che quello sociale.

Ma ciò non vuol dire — ecco il punto sul quale dissenso dalla opinione dominante — che la società (non la compagnia) debba essere considerata come qualche cosa di contrapposto alla comunione.

La società commerciale è la stessa comunione personificata. La proprietà in luogo di essere organizzata sommariamente ed infelicemente, come è nel c.c., regolando sulla cosa il conflitto tra le proprietà concorrenti ed unificando i rapporti mediante la divisione ideale del loro oggetto, è diversamente e più felicemente organizzata.

La conciliazione dei diritti dei soci, concorrenti sul fondo sociale, è raggiunta attribuendo alla società la qualità di soggetto di diritto.

Il concorso dei soci, così, non si verifica più — o non più soltanto — nel godimento, nella amministrazione, nella disposizione *diretta* delle cose, ma invece trova la sua esplicazione *indirettamente*.

Nel meccanismo viene introdotto un nuovo ingranaggio, ed è su questo — la personalità giuridica della società commerciale — che si esplica direttamente il dinamismo dei soci. Il fondo sociale è della persona giuridica: società, ma la società è dei soci.

Essi in luogo di partecipare *direttamente* alla vita giuridica dell’oggetto, vi partecipano *indirettamente* imprimendo alla società, a governare la quale concorrono, le direttive che la loro *volontà collettiva* determina.

La attribuzione della personalità giuridica alla società, insomma, è piuttosto una *trasformazione* che una *transustanziazione* della proprietà: questa rimane come fondamentale, e costituisce la

stessa sostanza della persona giuridica: soltanto assume una forma, una organizzazione giuridica e pratica più perfetta.

Così, sia nel mondo esterno che nei rapporti interni, la società si profila giuridicamente, come un soggetto distinto dalla persona dei soci.

Ad esso spetta al fondo sociale, finché la società esiste e vive, finché lo scopo la anima e la unifica; ad esso fanno capo tutti i diritti ed i doveri che per l'esplicazione dell'intento sociale sorgono. Esso è un ente distinto anche dai soci poiché non la loro volontà singola, ma la "volontà collettiva" è la volontà della società. I soci sono in qualche modo *organi* dell'ente collettivo: concorrono a formarne la volontà, agiscono per esso. Ma d'altra parte sono distinti da esso: il che consente che la società stringa rapporti coi soci e questi possano essere creditori o debitori di essa.

Non più di così, però.

Pertanto deve ritenersi non commendevole e da respingersi in occasione di una riforma legislativa, l'eccesso dogmatico cui, con non necessarie deduzioni — *cave a consequentiariis!* — giungono spesso giurisprudenza e dottrina applicando alle società commerciali il concetto di persona giuridica. Non è giusto considerare alienazione alla società, ciò che il legislatore chiaramente dice essere invece soltanto "apporto in comunione"; come non è giusto negare ogni rapporto *tra i soci*, affermando che, costituita la società, vi sono soltanto rapporti tra questa e i soci.

La personalità della società è essenzialmente formale e strumentale: è la forma della comunione organizzata e serve ai soci ed ai terzi per accentuare la separazione del patrimonio comune destinato allo scopo mercantile, e per facilitare la costituzione e lo svolgimento dei loro rapporti. Ma è pur sempre, nella sua sostanza, il concorso delle tre pluralità collegate cui accennammo: il raggruppamento di persone che avendo in comune un fondo destinato al commercio trovano l'armonia dei loro interessi nella creazione di un ente fittizio che li unifica e li esprime.

Cessata la forma, la sostanza non muta, bensì soltanto *si rivela*: la società non aliena, non attribuisce i suoi beni ai soci, bensì i soci *dividono* il loro fondo sociale.

12. *Natura giuridica del loro atto costitutivo.*

Da quanto precede è facile argomentare che io ritengo possa e debba darsi alla costituzione delle associazioni e delle società commerciali il carattere di vero e proprio contratto, fonte di obbligazioni tra i soci.

La plurilateralità del contratto, l'intreccio delle obbligazioni, e la forza coesiva delle varie pluralità collegate e personificate nella società, devono, però, determinare uno speciale regime e tali obbligazioni, sia per le sanzioni, un caso di inadempimento, sia per l'esercizio, che normalmente potrà svolgersi pro o contro la collettività nel suo insieme.

13. *Le compagnie per azioni: inderogabilità delle norme strutturali di interesse pubblico.*

L'autonomia della personalità si accentua e tende a diventare assoluta nelle società per azioni, cui, anche per accentuarne l'autonomia concettuale, ridarei volentieri il vecchio e glorioso nome italico di *compagnia*. Qui, effettivamente se pur non si raggiunge la intensità della personalità giuridica perfetta, si verifica, almeno, un distacco formale non equivoco tra le pluralità collegate concorrenti e l'Ente che le assomma.

Il fondo sociale è pur sempre in comunione tra i soci, sostanzialmente; ma la società non è la comunione stessa personificata.

Essa è un *terzo*, che ne assume la gestione, che vive e vuole e agisce con una sua volontà, secondo regole particolari.

Certo anche qui l'Ente ha funzioni piuttosto *strumentali* che *essenziali*: serve la comunione, ne è l'esponente, direi quasi il *fiduciario*, cui tutti i soci deferiscono per il migliore godimento della cosa comune.

Ma ha anche una sua propria ragione d'essere intrinseca, che trascende l'interesse dei singoli, e per cui si insinua nel campo del diritto pubblico.

Le grandi compagnie rappresentano ormai un organo vitale della economia aziendale: esse sono il presupposto per il fecondo sviluppo della moderna civiltà industriale; sono il mezzo col quale il risparmio affluisce direttamente all'industria, e si investe in impieghi produttivi. Organizzarlo, preservarlo, garantirlo è un compito dello Stato.

Perciò dissento dall'opinione, che ha pure tanta diffusione e tanta autorità ⁽¹⁰⁾, che vorrebbe lasciare libera l'iniziativa privata di foggare con estrema larghezza di apprezzamenti la struttura ed il funzionamento delle compagnie, limitando o moltiplicando il diritto di voto nelle assemblee, aumentando i poteri ed attenuando la responsabilità degli amministratori, e così via. Sono in gioco, in questo campo, due grandi sistemi di interessi che occorre armonizzare e contemperare: e ciò è compito del legislatore.

Occorre dare agli amministratori sufficiente libertà per assicurare una felice gestione tecnica dell'azienda; ma occorre, altresì lasciare all'azionista, al risparmiatore che, con fecondo vantaggio della nazione, investe i suoi risparmi nelle grandi industrie, il mezzo per affermare il proprio interesse, e la garanzia che esso non sarà giustamente sacrificato.

Il problema delle minoranze e del controllo nelle compagnie è un problema gravissimo, che domanda per essere risolto una squisita sensibilità politica, e che il nuovo legislatore deve proporsi e risolvere, imponendo inderogabilmente la soluzione accolta.

14. *Necessità di coordinare la riforma delle Società con una riforma fiscale che agevoli la sincerità dei bilanci: il problema delle riserve occulte.*

Ma ciò non potrà farsi, a mio avviso, — ed ecco l'ultima osservazione di indole generale che vorrei ricordare — se la riforma delle società commerciali non procederà di pari passo con la riforma del loro regime fiscale.

Per avviare il risparmio alle Compagnie per azioni occorre dare sincerità ai bilanci di queste. Ma i bilanci, invece, sono confessatamente, ostentatamente, insinceri. Uomini di grande competenza pratica e di assoluta probità morale non hanno dubitato di affermare che le così dette riserve occulte sono una necessità inderogabile ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr. per tutti le citate *Osservazioni* della Associazione fra le Società Italiane per Azioni.

⁽¹¹⁾ Cfr. l'interessante polemica che si svolse sulla rivista "La società per azioni" nel 1927: e più particolarmente l'articolo "Fondi segreti, riserve occulte, risorse non denunciate" del prof. Manfredi Siotto Pintor, (ivi pag. 219 e segg.) il quale ricorda la

Orbene: questa necessità deve sparire ⁽¹²⁾. Gli amministratori devono potere dire agli azionisti tutta la verità, senza recare danno alla compagnia che amministrano, e gli azionisti devono aver il diritto di pretenderlo. Allora soltanto il risparmio si avvierà sicuro ed abbondante verso le industrie, e le Banche potranno riprendere il loro ufficio che è quello di collocare, e non di detenere, le azioni delle compagnie industriali.

deposizione dell'integerrimo Governatore della Banca d'Italia, Bonaldo Stringher, innanzi all'Alta Corte di Giustizia nel processo della Banca Italiana di Sconto.

⁽¹²⁾ All'uopo si invoca da gran tempo che vengano considerati come utili, ai fini dell'imposta di ricchezza mobile, soltanto i guadagni effettivamente distribuiti agli azionisti non quelli accantonati come riserva in vista di eventuali o future perdite.

SOCIETÀ CONTROLLATE

(art. 6 R.D.L. 30 ottobre 1930 n. 1439)

1. Posizione del problema. — 2. Significato usuale della parola “controllo”. — 3. Si esclude che sia impiegata in tal senso dall’art. 6. — 4. Significato di “controllo” nella tecnica mercantile: padronanza. — 5. Considerazioni sulla analogia tra la padronanza di una società ed i rapporti tra *dominus* e *servus* nel diritto romano. La società come peculio. — 6. Analisi del rapporto giuridico di padronanza di una società: scissione in due distinti momenti: nomina degli organi; predominio sugli organi nominati. — 7. L’art. 6 non legittima il secondo momento e presuppone soltanto il primo. Il controllo come disposizione della maggioranza di voti. — 8. Casistica: controllo in atto e controllo in potenza. — 9. Controllo permanente e contingente. — 10. Controllo certo in concreto ed incerto in astratto. — 11. Controllo diretto ed indiretto. — 12. Controllo immediato e mediato. — 13. Indifferenza dell’origine del controllo. — 14. Conclusioni e lineamenti di ulteriori studi sulle società controllate.

1. *Posizione del problema.*

L’art. 6 del R.D.L. 30 ottobre 1930 n. 1459, convertito in legge il 4 luglio 1931 (n. 660), dettando “disposizioni penali in materia di società commerciali” commina gravi sanzioni a carico dell’amministratore che contragga prestiti sotto qualsiasi forma, sia direttamente, sia per interposta persona, non solo colla società che amministra, ma altresì con una società che essa *controlla* o da cui essa sia *controllata*.

Entrano, così, nella tecnica giuridica una formula ed un concetto, nuovi per essa, sorti dalla prassi mercantile, ed elaborati, sopra tutto, dagli economisti.

Compito di questo breve studio è la ricerca del significato della nuova formula, allo scopo di interpretare l’articolo di legge dianzi menzionato.

2. *Significato usuale della parola “controllo”.*

Controllo non è parola di crusca. I migliori dizionari della nostra lingua ignorano questa parola. Ma essa, è, però, ormai, di uso comune, anche, e specie, nel campo del diritto.

Si parla di controllo del potere legislativo sul potere esecutivo; di organi di controllo, o soggetti al controllo, nella pubblica amministrazione, o nella privata; di funzioni di controllo affidate ai sindaci delle società commerciali ecc.

E questo è il significato etimologico della parola, contrazione di *contre-rôle*, contro-elenco, elenco che serve ad accertare l’esattezza di un altro elenco. “Ruolo” infatti, anche nella nostra lingua classica, significa catalogo: ruolo degli impiegati, ruolo degli accademici, ecc. E “controllo” è il modo per accertare l’esattezza del ruolo.

3. *Si esclude che sia impiegata in tal senso dall’art. 6.*

È ovvio, però, che il legislatore parlando di *società controllate* non ha avuto presente il significato usuale della parola controllo. Una società non si considera controllata (nella nomenclatura tecnico-mercantile ed economica) quando sia semplicemente soggetta alla indagine critica, alla conoscenza precisa di un’altra società, o di una persona fisica.

Se una società si fosse riservata il diritto di nominare un sindaco di un’altra società allo scopo di “controllarne” (nel senso normale) la attività di accertare, cioè, la perfetta rispondenza di questa ai fini sociali, e della contabilità alla realtà, non potrebbe certamente dirsi che tra le due società esiste un rapporto di controllo ai sensi dell’art. 6 della citata legge.

Il valore legislativo della espressione è senza dubbio più intenso.

4. *Significato di “controllo” nella tecnica mercantile: padronanza.*

Dubbio è, però, a mio avviso, che si identifichi con la sua accezione ormai comune nella pratica mercantile. Economicamente la parola “controllo” ha assunto un significato che la identifica, o quasi, con “signoria”, “padronanza”. Significato non ignoto anche all’uso comune in qualche traslato: si parla infatti, di controllo di

sé, delle proprie azioni, e si vuol dire signoria, dominio dei propri atti.

Non altrimenti, per gli economisti, controllo di una azienda si usa come sinonimo di dominio. Quando, nel linguaggio dei commercianti, si dice che taluno ha il controllo di una società, si vuol dire che egli è, di fatto, il padrone dell'azienda che la società gestisce; e che di tale azienda si serve come di cosa sua, o in sé o per sé, o coordinata ad una più vasta impresa che, direttamente od indirettamente gli appartiene.

L'economista vede la sostanza del rapporto, e prescindendo dalla sua *forma* giuridica, considera la cosa in sé, indipendentemente dalla norma che la regola.

5. *Considerazioni sulla analogia tra la padronanza di una società ed i rapporti tra dominus e servus nel diritto romano. La società come peculio.*

Se non che, appunto, la nozione di controllo, equivalente a padronanza, appare estremamente incerta e vaga; e vizierebbe di altrettanta incertezza la norma che la assumesse a presupposto.

La padronanza di una cosa ben si comprende e si spiega, così economicamente, che giuridicamente.

Ma la padronanza di una società, se appar chiara economicamente, è, invece, piena di oscurità sotto il profilo giuridico. "Dominio" si ha sulle cose. La proprietà è *ius in re*, rapporto con un oggetto. Ma la società è un *soggetto* di diritto, una persona. E non si può, normalmente, essere padroni di una persona. Certo nella nozione economica esiste *in nuce* un suggerimento giuridico, che converrà tener presente. La società, strumento di altra società, o di una persona fisica, deposta apparente di un elemento staccato di un maggior patrimonio, organo di una più complessa impresa che fa capo al *dominus*, somiglia stranamente al classico *servo*; come il suo patrimonio ricorda, con suggestione spontanea, il *peculio*.

Ma, giuridicamente, non pare possa accogliersi senza molta cautela la nozione di "proprietà di una società", tanta frequente negli studi di tecnica mercantile, come equivalente a "controllo".

6. *Analisi del rapporto giuridico di padronanza di una società: scissione in due distinti momenti: nomina degli organi; predominio sugli organi nominati.*

Giuridicamente vi sono due momenti distinti per dominare con la propria volontà una gestione sociale.

Il primo consiste nella elezione degli organi chiamati a curare la gestione stessa, il secondo nel vincolo imposto a tali organi di agire non più come esponenti dell’interesse sociale, bensì invece soltanto o prevalentemente nell’interesse di chi, avendoli eletti, si costituisce loro mandante.

Le due posizioni sono logicamente ed ontologicamente da tenersi separate: la prima è tutta nel lecito; la seconda, assai probabilmente impinge nell’illecito.

Parlando di “controllo” il legislatore ha presupposto l’una e l’altra, o soltanto la prima? Ha in qualche modo legittimata — limitandola — la pratica in forza della quale gruppi finanziari potenti frazionano la loro impresa complessa in numerose aziende sociali, apparentemente e giuridicamente autonome, ma sostanzialmente subordinate tutte allo stesso scopo, dominate tutte dalla stessa volontà, in modo da prescindere dagli interessi contingenti di ciascuna e perseguire soltanto l’interesse finale del gruppo dominante?

O si è limitato a riconoscere legittimo il possesso della maggioranza dei voti, che consente la nomina delle cariche sociali, senza per ciò ammettere come lecito il mandato imperativo agli amministratori, esponenti della società dominante?

7. *L’art. 6 non legittima il secondo momento e presuppone soltanto il primo. Il controllo come disposizione della maggioranza di voti.*

A mio avviso la disposizione dell’art. 6 di per sé stessa dimostra che solo quest’ultimo fu l’intento del legislatore, il quale anzi col divieto all’amministratore di contrarre mutui verso la società dominante, ha implicitamente condannato ogni vincolo di assoluta supremazia di questa su quello.

Il legislatore, infatti, tende, inibendo all’amministratore di contrarre obbligazioni con la società da cui è controllato, a garantire un sufficiente grado di libertà nell’amministratore stesso, per modo che

il controllo giuridico non si converta in *assoluto* controllo economico.

Mentre il divieto di contrarre mutui con la società amministrata o con altra società da essa controllata, tende a prevenire e reprimere gli abusi degli amministratori che, come si esprime la relazione Ministeriale, “tentano speculazioni per proprio conto coi fondi di questa”, il divieto di contrarre mutui con la società dominante ha evidentemente tutt’altro scopo.

Colui che è soggetto a tale divieto non è amministratore, né immediato nè mediato, della società sovventrice. Non ha quindi alcuna possibilità di commettere *abusi* appropriandosene i beni. L’abuso che il legislatore ha presente vietando un rapporto che asservirebbe anche più intensamente l’amministratore controllato, a chi lo controlla, è il possibile abuso della società dominante. Questa, che esercita già una potente suggestione su chi deve ad essa la propria nomina, o la conservazione nel proprio ufficio, potrebbe, con la nuova forza che le dà il rapporto di credito, assoggettarlo completamente ai suoi voleri. Ed in tal modo aggiungere al solo potere che la legge le riconosce — quello di scegliere gli amministratori e di deliberare nelle assemblee — l’altro, assai più grave, di dominare effettivamente la gestione sociale, distraendola dai suoi scopi statutari ed asservendola ai propri interessi.

In altri termini la legge, che non può impedire la scelta degli organi della società controllata per opera della società dominante, tende a limitare il potere di fatto di questa, evitandone il prepotere sugli organi stessi.

Si vuole, cioè, che l’amministratore possa agire non come mandatario di chi lo ha nominato possedendo la maggioranza dei voti, ma come organo libero della società.

Ciò posto non mi par dubbio che per “controllo” nel senso giuridico, nel significato, cioè, che deve attribuirsi alla formula dell’art. 6, debba intendersi solo la prima fase della padronanza economica.

Esiste e deve esistere una soluzione di continuità tra il volere di chi controlla ed il patrimonio dell’ente controllato. Economicamente questo dipende o può dipendere come oggetto di dominio dal primo, ma giuridicamente la via che può raggiungere lo scopo

economico è indiretta, e costituisce essa la nozione di *controllo* nel senso legislativo.

Vale a dire: se si può ritenere società controllata in senso economico quella del cui patrimonio altri, indirettamente, è nella possibilità di disporre e di godere come di una cosa sua; in senso giuridico società controllata è più semplicemente e modestamente quella di cui altri ha il potere di manifestare la volontà con la maggioranza dei voti, e di eleggere, quindi, le persone fisiche destinate ad esserne gli organi.

8. *Casistica: controllo in atto e controllo in potenza.*

Inteso così il “controllo” come la disposizione della maggioranza dei voti non mancano però altri dubbi da superare per la esatta interpretazione della norma in esame. Il controllo può essere anzitutto, in atto o in potenza.

Un amministratore è stato nominato coi voti di un’altra società che possedeva la maggioranza delle azioni.

La sua nomina è stata *controllata*.

Può ritenersi ai fini dell’applicazione della norma penale che egli non possa contrarre mutui con la società che lo ha eletto, anche se essa non detenga più la maggioranza delle azioni di cui si è valsa nel voto?

E rispettivamente: Tizio fu eletto amministratore da vari soci. Successivamente, avendo questi venduto le loro azioni ad una società, essa è venuta in possesso della maggioranza dei voti.

Basta ciò a colpire da sanzione penale l’amministratore che abbia contratto mutui con tale società? Ovvero occorre che il controllo sia, nel momento del mutuo contratto, insieme in atto e in potenza, per modo che all’amministratore sia inibito di contrarre mutui solo con la società che insieme l’abbia nominato e sia in grado di revocarlo?

Dato lo spirito della norma, sopra lumeggiato, non esiterei a ritenere che investita del controllo ai sensi del citato art. 6 sia soltanto la società la quale *attualmente* (cioè nel momento in cui il mutuo si costituisce) ha la disponibilità della maggioranza dei voti nella assemblea della società di cui il mutuatario è amministratore.

Solo essa, infatti, sarebbe in grado di abusare del suo potere sull'amministratore nominato.

In altri termini il controllo, a sensi dell'art. 6, deve essere insieme in atto ed in potenza.

9. *Controllo permanente e contingente.*

Non sempre sarà agevole determinare se il controllo esista. Esso può essere permanente o contingente: può cioè una società detenere solo occasionalmente, temporaneamente, il controllo di un'altra.

Costituirà reato l'essere debitore se il debito fu assunto quando il controllo ancora non esisteva? Chi consideri lo spirito della disposizione dovrebbe ritenerlo, poiché è il rapporto di debito che può asservire l'amministratore alla società dominante. Ma chi si attenga, doverosamente, alla lettera della legge dovrà escluderlo, perché essa colpisce il fatto giuridico, il momento costitutivo del rapporto di debito, il "contrarre prestiti" non il debito in sé.

Viceversa costituirà reato il prestito contratto quando vigeva il contratto anche se questo è cessato nel momento in cui si procede: non è lo *stato* di debito che si colpisce, ma l'*atto* di averlo contratto.

10. *Controllo certo in concreto ed incerto in astratto.*

Ancora. Il controllo può essere certo in concreto, ma incerto in astratto.

Vi sono società che, pur non detenendo la maggioranza dei voti, dominano un'altra società, perché, di fatto, per controllarla basta un numero di voti inferiore alla maggioranza.

Le statistiche assicurano che nelle grandi compagnie, le quali hanno distribuito le azioni presso un gran numero di piccoli risparmiatori, una percentuale elevata di soci non vota mai. Per controllare la società, di fatto può bastare un terzo, un quarto dei voti.

Chi possiede questa quota si potrà dire che controlli la società?

Spesso poi, il controllo è assicurato mediante deleghe, che la società dominante si accaparra, nei modi più vari: riporti, comodati, mandati, con premio o senza, ecc.

È controllo anche questo ai sensi della legge?

Riterrei nell'uno e dell'altro caso più conforme allo spirito della

legge ed alla sua formulazione, la soluzione positiva: il controllo esiste, di fatto, anche in questi casi.

11. *Controllo diretto ed indiretto.*

Ancora. Il controllo può essere diretto od indiretto. Assai spesso esso è regolato convenzionalmente tra vari soci, i quali complessivamente dispongono della maggioranza dei voti.

Può ritenersi che le società, le quali partecipano ad un sindacato di maggioranza destinato a controllare un'altra società, controllino esse la società stessa, per modo che sia reato per un amministratore di questa contrarre mutui con ciascuna di quelle? Credo si debba rispondere affermativamente, perché, sia pure per mezzo del rappresentante del sindacato, il controllo si esercita da ciascun partecipante dal sindacato stesso, specie se questo non ha personalità giuridica.

12. *Controllo immediato e mediato.*

Ancora. Il controllo può essere immediato o mediato.

Può una società controllarne altra che, a sua volta controlla una terza.

L'amministratore di questa può contrarre mutui con la prima?

Sembrirebbe che sì, posto che essa non possiede neppure una azione della società da lui amministrata. Ma lo spirito della legge sarebbe frustrato troppo agevolmente da una tale interpretazione: l'asservimento dell'amministratore, che vuole direttamente evitarsi, non viene meno se si attua per interposta persona.

13. *Indifferenza dell'origine del controllo.*

Un'ultima osservazione.

È affatto indifferente per il controllo quale ne sia il fondamento legale.

Normalmente esso sarà la partecipazione alla società controllata con la maggioranza del capitale.

Ma non mancano numerosi artifici per garantire il controllo a chi rappresenta una minoranza, anche esigua, del capitale stesso:

dalle azioni a voto plurimo ai sindacati di maggioranza, dai *voting trusts* alle società a catena.

In tutti i casi dove, direttamente od indirettamente, la volontà di una società è decisiva per la scelta di un amministratore di altra società, questi non può contrarre mutui con la prima.

14. *Conclusioni e lineamenti di ulteriori studi sulle società controllate.*

L'indagine che precede è stata limitata volutamente alla interpretazione della formula dell'art. 6. Non ha inteso e non intende certo di esaurire lo studio delle società controllate. Ma la ricerca limitata non sarà del tutto inutile alla più vasta e più difficile costruzione dei complessi rapporti, che il vincolo di controllo determina sia rispetto agli amministratori sia tra le società che rispettivamente esercitano e subiscono il controllo, sia tra esse e i terzi, contraenti o creditori, dell'una o dell'altra.

Essa ha giovato a rilevare la duplicità del concetto di controllo: controllo sugli organi sociali e controllo sulle aziende; chiarendo che, se "l'articolo che esaminiamo — come si esprime la relazione Solmi e Fera per la conversione in legge del decreto-legge — mostra di non ignorare l'interessamento delle società in affari di altre aziende", non intende perciò legittimare la pratica del mandato imperativo, il prevalere dell'interesse della società dominante su quello della società controllata.

Amministrare una società non più secondo il *suo* scopo di guadagno, ma secondo lo scopo di guadagno di chi la controlla, è e rimane uno sviamento di potere che costituisce una diversa forma di *controllo*.

Anche di questa sarà opportuno tentare la non facile costruzione giuridica.

E non solo in ragione della sua liceità od illiceità, ma più e meglio in relazione al prevalere dell'elemento patrimoniale sull'elemento personale della società commerciale. Le società dipendenti, diventano, nelle concentrazioni industriali, economicamente *cose*; anzi, *parti di una cosa complessa*; aziende complementari di un'unica impresa. Alla unità economica risponde una *pluralità soggettiva*; tanti elementi di una universalità sostanziale sono separatamente

personificati. La persona "società" ha un'autonomia soltanto formale; sostanzialmente è schiava, mercè l'asservimento degli amministratori, della società dominante. Le singole società dipendenti sono separati *peculii* dell'unica impresa. Una sola volontà domina, e guida il tutto. Deve prevalere la pluralità formale o l'unità sostanziale? Ed in qual modo, comunque, possono coordinarsi le due posizioni insieme contrastanti e cooperanti?

Non è qui il luogo per anticipare soluzioni che domandano più ampio studio ed accurata dimostrazione; ma possono almeno e devono essere auspiccate, perché necessarie ed urgenti.

Il prevalere di una volontà indiretta e spesso occulta nelle società per azioni, il coordinamento e la subordinazione degli interessi apparenti delle società agli interessi sostanziali di chi le controlla, la mancanza di difesa per l'azionista (il creditore sa più e meglio cautelarsi) da questo pericolo occulto per il quale una azienda che in sé sarebbe buona si dissangua e perisce a causa di rapporti che l'azionista ignora, e contro i quali comunque non ha mezzi per reagire, sono non ultima ragione del marasma delle nostre borse.

La concentrazione industriale è una necessità economica; ma la igiene delle società non costituisce necessità minore.

Il risparmiatore si rifiuta di diventare azionista se non gli viene garantita l'autonomia dell'azienda alla quale partecipa: lo sviamento dei poteri degli amministratori, non sufficientemente represso, allontana il risparmio dagli investimenti azionari.

Questa la dura verità, questo il male al quale urge un rimedio.

ASPETTI GIURIDICI DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE

1. Caratteri economici e caratteri giuridici delle Società Cooperative. — 2. Elementi giuridici essenziali delle società in genere: a quali di essi si riferiscono le differenze specifiche delle cooperative. — 3. Qualifiche subiettive dei soci. — 4. Natura giuridica di tali qualifiche: il concetto di presupposto, distinto dal concetto di capacità... — 5. ...e da quello di potere di disporre. — 6. Autonomia del concetto di presupposto: rinvio. — 7. La variabilità del capitale come conseguenza del presupposto subiettivo di categoria e la posizione delle società cooperative nel sistema corporativo. — 8. Ancora sulla posizione delle società cooperative nel sistema corporativo. — 9. Il guadagno come scopo delle società; e la sua repartizione, come mezzo di realizzo: deroga a questo principio nelle società cooperative. — 10. Nella società cooperativa i soci realizzano il loro profitto contrattando con la società. Immanente conflitto tra l'*affectio societatis* e il contrasto di interesse fra contraenti. L'elemento morale e la sua funzione di equilibrio. — 11. Necessità di riforma. Bisogna coordinare e subordinare la cooperativa alla categoria. — 12. Conclusioni.

1. *Caratteri economici e caratteri giuridici delle Società Cooperative.*

In un saggio ⁽¹⁾, che echeggia a quello “*Esame critico dei principi teorici della Cooperazione*” del Pantaleoni ⁽²⁾, il quale tanta risonanza ebbe ed ha ancora, Riccardo Dalla Volta, respingendo in parte le geniali affermazioni del grande economista, si ripropose il problema “se esista un *principio economico speciale* delle imprese cooperative” e ne tracciò la soluzione rilevando che “l’impresa cooperativa non ha mai lo scopo di procurare il massimo profitto al capitale”, e concludendo che “la natura delle società cooperative, la loro ragione primaria di essere, la finalità loro propria non sono assolutamente

(1) RICCARDO DALLA VOLTA, *Sul fondamento teorico della Cooperazione*, in *Finanza Corporativa* (Roma, 1928) e, nuovamente, in *Scritti vari di Economia e Finanza*, Firenze, Seeber, 1931, IX, pag. 529 e segg.

(2) MAFFEO PANTALEONI, in *Erotemi di Economia*, Laterza, Bari, 1925, II, pagg. 129 e segg.

quelle delle società di speculazione fondate per ottenere il massimo profitto del capitale” (3).

Vorrei io, oggi — rendendo omaggio al caro e buon Maestro, che, dimentico del carico degli anni, più giovanile che mai, continua, fuor dei quadri ad esserci esempio e sprone, — seguire le sue tracce per chiarire un poco l’analogo problema che si pone e si pone rispetto alla essenza *giuridica* delle società cooperative: quali sono i caratteri tipici, differenziali, essenziali, della cooperazione nell’ordine giuridico?

2. *Elementi giuridici essenziali delle società in genere: a quali di essi si riferiscono le differenze specifiche delle cooperative.*

Ogni società consta dei seguenti elementi essenziali:

- a) un complesso di persone associate;
- b) un complesso di beni, che costituiscono il fondo sociale;
- c) la destinazione del fondo sociale all’esercizio del commercio o dell’industria per trarne un guadagno;
- d) il fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare (art. 1697 c.c.).

Rispetto a quali elementi si differenzia dalle consuete società commerciali la società cooperativa?

A mio avviso i tratti differenziali si polarizzano rispetto al primo ed all’ultimo elemento; e da tali differenze scendono, come corollari, le note caratteristiche legislative delle società cooperative.

3. *Qualifiche subiettive dei soci.*

Rispetto alle società commerciali ordinarie l’attitudine ad essere soci è data dal comune requisito di ogni contratto: la capacità di agire.

Chi è capace di contrattare può, stipulando con altre persone capaci di contrattare, costituire, dove sussistano gli altri elementi essenziali, una società commerciale.

Non così, o meglio non soltanto così, nelle società cooperative. In queste l’associazione — pur sempre libera e volontaria — è, in

(3) Loc. cit., pag. 532.

qualche modo, *derivata*. Preesiste, naturale, economico, morale, religioso, anche giuridico, già prima che la società si costituisca, un elemento che accomuna i cooperatori futuri: essi devono appartenere ad una classe, ad una categoria, ad un gruppo, che senta in comune alcuni bisogni, e voglia, rispetto ad essi, svincolarsi dai legami dello scambio, bastare a sé stesso. La cooperazione è anzitutto, così, il segno di una esigenza di *gruppo*, che si risolve e si ricompone nei singoli che al gruppo appartengono; è una funzione, non di individui che tendono ad associarsi, ma di soggetti che già appartengono ad un gruppo, il quale sente i propri bisogni e persegue i propri fini.

Sta in questo rilievo il nucleo centrale di alcune caratteristiche essenziali delle società cooperative:

I) le così dette *condizioni* che la legge e lo statuto impongono perché i soggetti siano idonei ad acquistare o conservare la qualità dei socio;

II) *la variabilità del capitale*, necessario corollario della imminente necessità di consentire il recesso o di imporre la esclusione dei soci che mutino il loro stato, e di accogliere i soggetti che, entrati a far parte della classe, sono legittimati ad appartenere al suo strumento corporativo.

4. *Natura giuridica di tali qualifiche: il concetto di presupposto, distinto dal concetto di capacità...*

Non è agevole definire *giuridicamente* il primo elemento differenziale.

Sotto un aspetto, che più appare evidente ad un rilievo sommario, sembra trattarsi di un *elemento subiettivo*, che, condizionando l'efficacia dell'atto col quale una persona tende ad assumere la qualità di socio di una determinata cooperativa, operi a somiglianza della capacità di agire e quasi con essa si identifichi.

Ma è facile rilevare che nella *essenza* e nello *scopo* il presupposto *specifico* che consideriamo è lontanissimo dalla nozione e dalla funzione della capacità, e rispettivamente, della incapacità, nel diritto privato.

Basti pensare:

I) che la incapacità sopravveniente non determina mai lo scioglimento dei rapporti costituiti da un soggetto che, al momento della loro costituzione era capace; laddove, nel nostro caso, l'appartenenza alla categoria dei cooperatori è condizione non solo per *entrare*, ma altresì per *restare* nella società;

II) che le norme sulla capacità si ispirano ad una particolare tutela dell'incapace, e non sono tanto rivolte ad impedire che esso contratti, quanto ad impedire che esso venga danneggiato dal negozio che eventualmente abbia posto in essere; talché essa piuttosto che una *inefficacia* dell'atto, determina un effetto doppio e potenzialmente contraddittorio, cioè da un lato quello normale all'atto valido, dall'altro il diritto potestativo a favore dell'incapace di annullarne gli effetti.

Nulla di simile nel nostro caso, nel quale esula ogni spirito di protezione, e solo si vuole, con la selezione dei soci, garantire e mantenere la funzione derivata, accessoria, di *integrazione* (come felicemente si esprime il Weiller) ⁽⁴⁾ che ciascuna cooperativa rappresenta rispetto alla corrispondente categoria di cooperatori.

5. ...e da quello di potere di disporre.

D'altra parte si può rilevare che, se il nostro requisito rappresenta indubbiamente una limitazione specifica del potere generico di obbligarsi, proprio della generalità dei soggetti di diritto, e come tale appare schiettamente un dato *subiettivo*, esso, però, si basa sopra elementi *estrinseci* al soggetto, che non si fondono e si confondono in lui, come l'età, o l'integrità della mente; ma ne stanno fuori, come stati di fatto o di diritto, che lo qualificano.

Sotto questo profilo parrebbe che il presupposto, il quale legittima l'attitudine ad essere socio di una determinata cooperativa, potesse accostarsi al così detto potere di disporre (*Verfügungsbefugnis*), che più volte, a torto, fu avvicinato e confuso colla capacità subiettiva.

Come il nostro, il potere di disporre è un elemento specifico di ciascun atto di disposizione e per ciascun diritto sul quale la

⁽⁴⁾ AUGUSTO WEILLER, *La società di integrazione in relazione anche all'idea cooperativa*, in *Rivista Bancaria*, 1931.

disposizione è destinata ad operare si profila subiettivamente — qualità dell'agente —, e, d'altra parte ha una sua base obiettiva, estrinseca, riferendosi particolarmente e singolarmente a ciascun oggetto di disposizione ⁽⁵⁾.

Se non che, mentre appaiono chiare le affinità tra le due situazioni giuridiche, non meno evidenti ne appaiono le differenze.

Anzitutto il *potere di disporre* entra in considerazione solo, come la stessa espressione denuncia, nei casi di *disposizione giuridica*, cioè nella costituzione e nel trasferimento di diritti *reali*, o che, come tali, nella circolazione, possano venire considerati. Il presupposto nostro, invece, non tocca i beni e la loro circolazione, bensì invece e soltanto la attitudine di un soggetto ad entrare specificamente in un determinato rapporto obbligatorio. La differenza tra il potere di disporre e la legittimazione a far parte della cooperativa appare evidente quando si consideri che *entrambe* possono essere, diversamente, necessari; e concorre o non concorrere, con effetti diversi. Posso io non avere i requisiti di categoria ed allora è impedito il mio ingresso nella società; posso non avere il *potere di disporre* della cosa che conferisco nella cooperativa, e sono soltanto tenuto alle garanzie che il socio deve per il suo conferimento. Si tratta di due requisiti diversi, con effetti diversi; talché il primo va tenuto necessariamente distinto dal secondo.

Si aggiunga che il *potere di disporre* è un attributo che particolarmente riguarda la facoltà di *trasmettere*, di *dismettere* diritti; laddove, invece, nel nostro caso si considera un elemento che costituisce condizione per *acquistare* un diritto, per entrare in un determinato rapporto giuridico, ed eventualmente per restarvi; non per uscirne.

6. *Autonomia del concetto di presupposto: rinvio.*

La verità si è che il rilievo di questo presupposto specifico, il quale differenzia le società cooperative dalle altre società, solleva un

⁽⁵⁾ Cfr. THON, *Rechstnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878. Per un'ampia trattazione recente con ricche note bibliografiche, cfr. SALVATORE PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935.

problema di sistematica giuridica arduo e sotto un certo aspetto nuovo, che converrebbe affrontare direttamente ed ampiamente.

Oltre al presupposto generico subiettivo (capacità di agire); oltre al presupposto specifico della alienazione e riferibile all'oggetto⁽⁶⁾ di questa (potere di disporre); esiste come possibile, rispetto al soggetto, ed in collegamento con altri elementi estrinseci, un gruppo ulteriore di presupposti, i quali operano specificamente rispetto a singoli diritti o rapporti giuridici, limitando l'attitudine ad acquistarli od a conservarli.

A tali *presupposti* — che potremmo appunto chiamare con tal nome — usando lo in senso stretto e tecnico —, presupposti che, sebbene non considerati unitariamente (e lo meriterebbero), sono frequentemente rilevati e rilevabili, avvicinandoli volta a volta o alla capacità⁽⁷⁾ o alla condizione, *facti* o *iuris*⁽⁸⁾, o alla *presupposizione*⁽⁹⁾ o anche, di recente, alla legittimazione⁽¹⁰⁾ e che ci riserviamo di fare presto oggetto di un apposito studio, — mi pare possa e debba aggregarsi il requisito che abbiamo rilevato, il quale, quindi, appare, appunto, come un *presupposto*, ignoto alle altre società, che specificamente deve invece sussistere per l'appartenenza ad una società cooperativa.

7. *La variabilità del capitale come conseguenza del presupposto subiettivo di categoria e la posizione delle società cooperative nel sistema corporativo.*

Dalla esigenza di tale presupposto discende come *conseguenza*,

⁽⁶⁾ Sul concetto di *oggetto in senso tecnico giuridico* cfr. il lavoro fondamentale di RUDOLF SOHM, *Der Gegenstand*, Leipzig, 1905.

⁽⁷⁾ Cfr. in tal senso, ad esempio VIVANTE in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, 270 e NAVARRINI, *Commento*, n. 344, a proposito dell'art. 144 cod. comm.; giustamente criticati dal CARNELUTTI, *Legittimazione a comperare*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 503.

⁽⁸⁾ Cfr. ANTONIO SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, vol. I, pag. 3 e segg.

⁽⁹⁾ Cfr. nell'ipotesi dell'art. 429 cod. comm. LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, pag. 486.

⁽¹⁰⁾ Cfr. CARNELUTTI, *loc. cit.* e LUIGI ROCCHI, *Capacità e legittimazione in una teoria generale della idoneità a compiere negozi giuridici validi*, in *Temi Emiliana*, 1936, XIV, n. 1.

come *posterius*, e non come *prius* logico e giuridico, la variabilità del capitale sociale della cooperativa, e l'ingresso dei soci nella compagine sociale.

La cooperativa deve funzionare come elemento integratore di un gruppo, ed è alle esigenze unitarie di questo che essa deve rispondere, piuttosto che a quelle contingenti dei singoli che, *pro tempore*, ne sono i soci.

La struttura giuridica delle società cooperative, tende, più o meno consapevolmente e più o meno perfettamente, a plasmare tale tipo di società in modo che meglio risponda ai suoi fini.

Soci possono essere, pertanto, solo coloro che appartengono alla categoria che la società tende ad integrare; amministratori possono essere soltanto i soci, che riflettono in sé le esigenze del gruppo al quale appartengono. Se cessa l'appartenenza alla categoria, cessa nel socio la legittimazione a rappresentarla indirettamente nella sua funzione integratrice, ed il diritto di avvantaggiarsi di una organizzazione che è destinata, appunto, a servire ad una data categoria di soggetti.

8. *Ancora sulla posizione delle società cooperative nel sistema corporativo.*

Questa dipendenza delle singole società cooperative dalla categoria cui sono destinate a servire, non solo merita di essere rilevata come spiegazione di molteplici norme speciali; non solo può giovare per la interpretazione di esse; ma potrebbe meglio essere organicamente concepita ed espressa dalla legislazione speciale di diritto pubblico allo scopo di collocare nel suo giusto posto la cooperazione nel sistema corporativo.

Già le cooperative sono insieme protette e sorvegliate dallo Stato; appunto perché assolvono ad una funzione sociale; ma indubbiamente ora che le categorie economiche sono inquadrare stabilmente nella organizzazione corporativa è da ritenersi che la necessità o l'opportunità di promuovere a favore di una determinata categoria l'autarchia economica integrale, sia pure in un campo determinato e limitato, debba essere apprezzata non solo dalla classe che tende all'autarchia stessa, ma altresì da un superiore organo di controllo, il quale tenga presente il rapporto di interdipendenza

pendenza unitaria tra i vari interessi — già, d’altra parte, disciplinati — che può venire alterato, con generale nocimento, da una iniziativa particolare, sia pure essa, considerata unilateralmente, nobile e vantaggiosa ⁽¹¹⁾.

9. *Il guadagno come scopo delle società; e la sua repartizione, come mezzo di realizzo: deroga a questo principio nelle società cooperative.*

Una ulteriore differenza specifica tra le società cooperative ed ogni altra società — differenza tanto profonda da far sorgere persino qualche dubbio che essa non importi uno spostamento del nostro istituto dal campo specifico delle società a quello più vasto e generico delle associazioni — si riferisce alla sua finalità economica ed al mezzo tecnico-giuridico che conduce a raggiungerla.

La società commerciale è un’azienda che, preso il capitale dai soci, esaurisce in sé il proprio ciclo produttivo di guadagno.

Si deve a questa autonomia economica aziendale l’autonomia giuridica, faticosamente raggiunta, mediante il riconoscimento della personalità. La società ha il *suo* capitale, esplica i *propri* atti di commercio, mira al *proprio* guadagno.

Solo, una volta realizzato, il guadagno viene *ripartito* tra i soci, normalmente in proporzione al capitale, mediante il quale esso è stato prodotto.

I beni della società non sono beni di *godimento diretto* dei soci (come avviene spesso, invece, per i beni di *proprietà comune*), bensì semplice strumento produttivo di guadagno, che, concretato in denaro e distribuito, servirà ad acquistare beni destinati a soddisfare direttamente, immediatamente i bisogni del singolo socio. In altri termini scopo essenziale di ogni società è il guadagno che si consegue mediante il capitale sociale, e che i soci singolarmente realizzano mediante la sua ripartizione.

Non così, invece, nella società cooperativa. Essa non tende col capitale conferito dai soci a produrre un guadagno da repartirsi tra essi, non tende, — come acutamente rilevò il Dalla Volta — a dare

⁽¹¹⁾ Cfr. sostanzialmente concordante, ERNESTO LAMA, *Corporativismo e cooperazione*, in *Archivio di studi corporativi*, vol. V (1934, XIII), pag. 267.

la massima retribuzione al capitale investito nell'azienda sociale —; bensì, invece, a soddisfare immediatamente, con la propria attività, bisogni diretti dei singoli soci.

Con la costituzione delle società cooperative una categoria di persone, che ha bisogno di determinati servizi che potrebbe e dovrebbe chiedere ad altro, — si crea, per così dire, un *suo proprio contraente artificiale*, il quale è destinato a soddisfare direttamente i bisogni dei singoli associati. La società cooperativa, giuridicamente *terzo* rispetto ai nuovi soci, economicamente è *cosa comune* fra essi, destinata a servir loro direttamente, immediatamente con la propria attività, e non già indirettamente, producendo un utile a sua volta sarà ripartito e servirà a soddisfare un bisogno.

10. *Nella società cooperativa i soci realizzano il loro profitto contrattando con la società. Immanente conflitto tra l'affectio societatis e il contrasto di interesse fra contraenti. L'elemento morale e la sua funzione di equilibrio.*

Il problema tecnico giuridico della organizzazione della società cooperativa sta principalmente nella necessità di superare questa immanente contraddizione tra la personalità della società, contrapposta e distinta dalla personalità dei soci, e la sua funzione economica di *bene dei soci*, destinato ad essere oggetto di godimento diretto, strumento immediato di soddisfazione di determinate esigenze economiche, mercè l'attivo scambio di prestazioni tra soci e società, mercè la creazione di vincoli giuridici negoziali tra cooperativa e operatori.

Giuridicamente diversi e contrastanti, i soci e la società economicamente cooperano o quasi si identificano, reciprocamente servendosi.

Si deve alla necessità di superare questo contrasto l'alto contributo che si è attinto all'elemento *morale* per disciplinare i rapporti cooperativi ⁽¹²⁾.

(12) Cfr. particolarmente il Terzo Capitolo del II volume della classica opera di G. LORENZONI, sulla *Cooperazione agraria nella Germania Moderna*, Trento, 1902, pag. 93 e segg.

Giuridicamente la contraddizione appare insanabile. come contraente, il socio è in antagonismo di interessi con la società; mentre come socio egli identifica il suo interesse con quello sociale. Come garantire che le transazioni tra i soci e la società si svolgano secondo giustizia, con uguale rispetto degli interessi di tutti, con spirito di vera mutualità e non di sopraffazione?

Ripeto: per ora — e non sempre con molto profitto — ad elemento regolatore è servito il criterio morale: la coscienza di categoria, alla quale si fa appello per impedire la sopraffazione degli interessi dei singoli su quelli generali. E, nel presupposto che tale elemento assolva il suo compito, la società cooperativa è stata dal legislatore plasmata in modo da temperare il rigido contrasto, che, per garantire l’interesse dell’azienda sociale, la legge generale pone tra società e socio; e la prassi ha cercato di favorire un potere disciplinare della cooperativa sul socio, idoneo a moderare l’asprezza dei rapporti col contraente ⁽¹³⁾.

11. *Necessità di riforma. Bisogna coordinare e subordinare la cooperativa alla categoria.*

Ma non si può dire che i risultati siano soddisfacenti e che gli interessi particolari si sieno veramente coordinati e subordinati a quelli collettivi, che nella cooperazione vorrebbero trovare forza e tutela.

La verità si è, che, per la sua destinazione, la cooperativa deve essere un organo di categoria e non un semplice aggruppamento di individui, e che l’autarchia economica vuole essere favorita nel gruppo e per il gruppo, collettivamente, e non già per i singoli, sommati insieme.

Nel regime liberale, mancando lo strumento giuridico per unificare organicamente una categoria economica e disciplinarla gerarchicamente, gli individui, portatori degli interessi di categoria, si sostituivano a questa — materialmente se non giuridicamente esi-

⁽¹³⁾ Confronta per più generali vedute WEILLER, loc. cit., n. 14 e 15 che lumeggia le “funzioni quasi arbitrali delle società di integrazione”.

stente — e, sotto la forma sociale — (forma che anche oggi giova a perseguire e raggiungere, indirettamente, altri utili scopi, che non i suoi specifici) ⁽¹⁴⁾ — miravano a conseguire il soddisfacimento del bisogno collettivo, che era, poi, anche il loro bisogno di singoli.

Era un adattamento di un mezzo creato ad altro scopo, e fatalmente, quindi, male aderente ed efficiente rispetto alle diverse finalità; ma era tutto ciò che di meglio allora si potesse.

Oggi, però, che le categorie economiche sono, per opera dello Stato, organizzate e coordinate, sembra che non solo la iniziativa per la sua costituzione, — come ho già rilevato — ma la vita stessa della società cooperativa, destinata ad integrare un gruppo che vuole soddisfare da sé una propria esigenza economica, possa e debba dipendere dalla organizzazione del gruppo stesso, per modo da garantire la continuità, talvolta la perpetuità, dei suoi scopi, ed impedire che questi si risolvano nel particolarismo e nell'egoismo dei singoli soci *pro tempore*.

In altri termini, la cooperativa, sia pure alimentata dai contributi dei singoli operatori, dovrebbe sorgere e vivere come una specie di *fondazione*, accanto ad un gruppo organizzato corporativamente, e svolgere una attività complementare a quella del gruppo stesso. I ferrovieri hanno le loro cooperative, gli impiegati le loro, i braccianti del tale comune la loro, gli agricoltori della tal zona la loro; non come somma di singoli interessi individuali e contingenti, bensì come espressione di una esigenza duratura del gruppo, cui i singoli appartengono.

Se tale criterio venisse assunto come base della nuova legislazione, mentre si eliminerebbero molte pseudo-cooperative, che hanno solo la tendenza a sfruttare i vantaggi fiscali che la legge accorda a tali enti, ma non ne hanno né l'essenza né lo spirito — sarebbe possibile congegnarle in modo da mantenere costantemente subordinato l'interesse egoistico del singolo a quello generale della categoria, affidando a questa, coi suoi organi, sotto il controllo dello Stato, la gestione dell'impresa cooperativa.

⁽¹⁴⁾ Cfr. T. ASCARELLI, *Simulazione e nuove funzioni nelle società anonime*, in *Giur. It.*, 1930, IV, 265.

Il coordinamento, poi, delle società cooperative all'ordinamento corporativo, agevolerebbe il coordinamento altresì delle cooperative tra loro, facilitando i consorzi regionali o nazionali fra quelle che assolvono localmente funzioni analoghe e rendendone più organica la distribuzione nel paese ⁽¹⁵⁾.

12. Conclusioni.

Ma questo è problema piuttosto politico che giuridico, ed esce dai limiti posti alla nostra indagine. La quale per ora intende fermarsi a questi pochi, ma essenziali, rilievi:

I) che la Società Cooperativa è giuridicamente caratterizzata dal fatto che esige un presupposto subiettivo, nei propri aderenti, che non è richiesto per le altre società commerciali;

II) che tale presupposto costituisce l'anello di congiunzione costante e necessario fra la cooperativa ed un gruppo economicamente od altrimenti caratterizzato, cui la cooperativa stessa è destinata a servire;

III) che in relazione a tale esigenza si modella la disciplina legislativa della cooperativa, specie adottando la forma di società a capitale variabile, necessaria per garantire la variabilità dei soci, in ragione della loro pertinenza alla categoria, che viene integrata dalla cooperativa;

IV) che, la funzione integrativa della società cooperativa determina un'altra differenza essenziale e funzionale tra la società stessa e le comuni società commerciali, ponendo lo scopo di guadagno come immediato e diretto dei singoli soci, o della loro categoria, e non dell'azienda, come impresa capitalistica; e realizzandolo non tanto con la ripartizione dell'utile sociale, quanto mediante la stipulazione di negozi giuridici tra l'ente cooperativo ed i singoli cooperatori.

Da questo carattere segue l'esigenza di una particolare disciplina e di un superiore controllo, per facilitare e regolare gli scambi tra

⁽¹⁵⁾ Su tali problemi cfr. D. MEDUGNO, *Cooperazione e Corporazione*, in *Rivista Italiana di Scienze Commerciali*, Milano, 1935, pag. 249 e segg.

cooperatori e cooperative, e garantire che essi si svolgano in modo conforme alla finalità di integrazione delle categorie, che giustifica i particolari privilegi consentiti dallo Stato alle singole società cooperative, ed ai cooperatori.

RIFLESSI PRIVATISTICI DELLA COSTITUZIONE

1. Difetto di norme di diritto privato nella Costituzione. La *relatio* all'“intenzione del legislatore” ed all'“ordinamento giuridico dello Stato” e la Costituzione. — 2. Effetti riflessi della Costituzione rispetto alla interpretazione ed integrazione delle leggi di diritto privato. — 3. Interpretazione secondo la nuova “intenzione del legislatore”. — 4. I principi generali del diritto e la Costituzione. — 5. Limiti all'analogia in ragione dei nuovi principi. — 6. L'esercizio della proprietà ed i suoi limiti e doveri: art. 832 c.c. — 7. L'ordinamento corporativo e la nuova Costituzione. — 8. I “limiti” dell'art. 832 c.c.; l'art. 41 della Costituzione e l'art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale. — 9. Lo scopo sociale della proprietà elemento integrante del suo contenuto giuridico. — 10. I “doveri” dell'articolo 832 e c.c. e la nuova Costituzione. — 11. Discrezionalità della nuova proprietà: responsabilità per eccesso di potere. — 12. Nuovi compiti della dottrina del diritto privato in funzione della Costituzione.

1. *Difetto di norme di diritto privato nella Costituzione. La relatio all'“intenzione del legislatore” ed all'“ordinamento giuridico dello Stato” e la Costituzione.*

La costituzione, in sé, non pone norme di diritto privato: essa si limita a delinearne il campo, indicandone gli scopi e tracciandone il programma: spetterà al legislatore di formulare a suo tempo, nelle forme, appunto, previste dalla costituzione, le nuove norme da questa volute (1).

(1) È nota la disputa, tuttora vivace, sulla applicabilità diretta delle norme della costituzione (si veda ancora nel tardo 1948 la polemica tra due insigni magistrati: l'AZZARITI ed il JANNITTI PIROMALLO, in *Foro Italiano*, 1948, IV, 187, ed ivi l'ampia bibliografia precedente).

Per il diritto privato essa può essere trascurata, perché la Carta costituzionale contiene soltanto, rispetto ad esso, principii generali od astratti o precetti che rinviano alla legge futura: “norme già compiute e perfette in tutti i loro elementi da considerarsi immediatamente applicabili” (Consiglio di Stato, V sez., 27 luglio 1948, n. 528, in *Foro It.*, III, 147) non se ne ravvisano nel nostro campo.

Semberebbe, perciò, che all’interprete della legge attualmente in vigore non si proponessero particolari problemi di diritto positivo in virtù della mutata costituzione: l’ordinamento del diritto privato pare debba ritenersi formalmente e sostanzialmente immutato, finché non intervengano nuove leggi destinate ad attuare il piano della Costituzione.

Se non che, invece, a me sembra che, pur restando ferme le singole norme attuali, e pur riconoscendo che la costituzione non contiene nuove disposizioni che disciplinino immediatamente i rapporti di diritto privato, si delinei ugualmente il problema se la nuova costituzione, con le sue sole posizioni programmatiche, non abbia determinato, in certi campi ed in certa misura, *effetti riflessi*, ma cronologicamente immediati, sull’ordinamento vigente.

Il problema mi pare soprattutto da porsi rispetto a due istituti:

1) l’interpretazione e l’integrazione delle leggi vigenti; 2) i limiti della proprietà secondo l’art. 832 del codice civile.

Nelle norme che disciplinano questi istituti noi abbiamo un’espressa *relatio* alla “intenzione del legislatore” od all’“ordinamento giuridico dello Stato”, la quale presta una particolare elasticità di contenuto alle norme stesse, e consente, con ciò, la posizione del nostro problema.

In altri termini, pur restando formalmente immutata la formula legislativa, deve considerarsi se il nuovo indirizzo dato all’ordina-

In esso il Popolo indica con la costituzione allo Stato i criteri fondamentali cui deve attenersi nella sua attività normativa: immediato destinatario dei precetti è lo Stato, non il cittadino.

Le singole disposizioni hanno tutte soltanto, in sé, carattere programmatico, e riservano alla legge ordinaria la precisa formulazione degli imperativi concreti, destinati ad attuare i principi accolti dalla costituzione: “la proprietà privata è riconosciuta e garantita *dalla legge*...”; “la proprietà privata può essere, nei casi preveduti *dalla legge*..., espropriata”; “*la legge* stabilisce le norme e i limiti della successione...” (art. 42); “... *la legge* impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata...”, “*la legge* dispone provvedimenti ...” (art. 44); e rispettivamente: “... *la legge* determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali” (art. 41); “A fini di utilità generale *la legge* può riservare originariamente o trasferire ... determinate imprese ...” (art. 43); e così è “*la legge*” che promuove e favorisce l’incremento della cooperazione (art. 45) ed è “nei modi e nei limiti stabiliti *dalle leggi*” che viene riconosciuto il diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende.

mento giuridico abbia determinato un diverso contenuto del comando giuridico in atto.

2. *Effetti riflessi della Costituzione rispetto alla interpretazione ed integrazione delle leggi di diritto privato.*

Rispetto alla interpretazione della legge vigente il problema appare duplice:

a) nella applicazione delle leggi di diritto privato dobbiamo tener conto fin d'ora delle espresse finalità sociali che, volta per volta, la Costituzione enuncia come fondamentali al nuovo ordinamento giuridico, anche se diverse, o addirittura contrarie a quelle vigenti nel momento, nel quale fu redatta la norma tuttora in vigore?

b) e nei casi dubbi, non disciplinati da norme espresse, o da altre che possano estendersi ad essi per analogia, dovendo ricorrere ai "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale), terremo presenti le finalità espresse come programmatiche dalla costituzione, o quelle che costituirono insieme la causa efficiente e la causa finale della legislazione in atto?

3. *Interpretazione secondo la nuova "intenzione del legislatore".*

Mirabile rimedio alla rigidità della legislazione in genere, e della codificazione in ispecie — vecchie al nascere, per il fatale fluire della vita del diritto, che mai si arresta — le norme di ermeneutica legale consentono, entro certi limiti, pur restandone ferma la lettera, il progressivo adattamento delle norme del diritto scritto ai nuovi indirizzi sociali e giuridici.

La doverosa ricerca della "intenzione del legislatore" che anima le formule verbali e le colora e le sustanzia, impone di aggiornarne il contenuto.

Nella formulazione, cioè, del primo comma dell'art.12 delle disposizioni sulla legge in generale, noi dobbiamo scorgere un valore normativo che, come bene si esprime il GRASSETTI "vieta al destinatario di fermarsi al significato proprio delle parole, anche quando

esse darebbero di per sé un significato univoco", e gli impone "la ricerca della volontà statale obbiettiva nella formula della legge" (2).

Ora: "volontà statale", non è quella iniziale, ma quella attuale; non è quella che ha determinato la nascita della norma, ma quella che ne consente la conservazione, quella cioè che è viva, oggi, ed emerge dai principi e dai programmi che la costituzione pone a fondamento della nuova repubblica.

Sicché può dirsi che la nuova costituzione, pur non contenendo norme di diritto privato, ha però determinato riflessamente notevoli effetti su tutta la disciplina dei rapporti che ad esso si ricollegano, dovendo essi interpretarsi al lume dei nuovi principi e nei limiti di questi.

4. *I principi generali del diritto e la Costituzione.*

Anche rispetto al secondo problema riterrei certo un effetto riflesso della Costituzione.

Questa, infatti, costituisce indubbiamente parte integrante, essenziale, dell'Ordinamento giuridico dello Stato, ed in essa possono e devono esserne ricercati i *principi generali*, per modo che, in difetto di una norma precisa, una controversia attuale debba essere decisa secondo gli scopi sociali manifestati dalla Costituzione.

Ciò è, d'altronde, conforme anche all'insegnamento contenuto nella Relazione al Codice civile (n. 22): "... in luogo della formula del progetto definitivo "principi generali del diritto vigente", che avrebbe potuto apparire troppo limitativa dell'opera dell'interprete, si è ritenuta preferibile l'altra "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato", nella quale il termine "ordinamento" risulta comprensivo, nel suo ampio significato, *oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statale...*".

Sicché, sorta una controversia, relativa a materia rispetto alla quale la costituzione espressamente indica gli scopi dello Stato, subordinando e coordinando ad essi la tutela giuridica, quale la proprietà, l'iniziativa privata, il lavoro, l'azienda, il risparmio ecc., l'interprete fin d'ora, in difetto di norme precise da applicarsi

(2) Cfr. CESARE GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938.

immediatamente o per analogia, dovrà ricercare nella nuova costituzione i principi generali secondo i quali prendere la sua decisione. E dovrà, quindi, ad esempio, in un caso dubbio di *specificazione* attribuire al lavoro la prevalenza sulla materia — la nuova Costituzione è evidentemente proculeiana, fin dal suo primo articolo —; in un conflitto di dubbia soluzione testuale tra il proprietario di una abitazione ed il proprietario di un terreno di no diretta coltivazione; dovrà dare la preferenza al primo, che la Costituzione particolarmente protegge (art. 47); e così via.

5. *Limiti all'analogia in ragione dei nuovi principi.*

E non solo deve ritenersi che la nuova costituzione abbia efficacia immediata e diretta come fonte regolatrice là dove mancano norme di diritto positivo, ma essa opererà altresì — ritengo — almeno negativamente, come limitatrice della forza espansiva di norme esistenti, che altrimenti potrebbero essere estese per analogia, là dove tale estensione venisse ad urtare contro i fini sociali che la stessa Costituzione ha espresso. Così, ad es., non potrà estendersi alla grande proprietà una norma introdotta in favore di quella piccola o media (art. 44), né al proprietario-locatore una norma dettata per la proprietà diretta coltivatrice (articolo 47).

E — si badi — l'osservazione non è di poco rilievo. Perché, come vedremo, si delinea nella costituzione, in modo ormai chiaro, la separazione, da noi prevista ⁽³⁾ fra *due distinti tipi di proprietà*, che la storia sembrava avere fusi e confusi, mentre aveva soltanto sovrapposti; due tipi che per la loro diversa funzione sociale tendono ora quasi a contrapporsi e postulano diversa protezione e disciplina diversa: la proprietà che fonda la sua assolutezza ed esclusività sulla tutela della personalità umana, che essa tende ad integrare; e la proprietà che si esplica, invece, in una funzione prevalentemente economica, coordinando ed utilizzando i fattori della produzione, come tali.

⁽³⁾ Cfr. ENRICO FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Riv. di diritto privato*, 1936, n. 18.

6. *L’esercizio della proprietà ed i suoi limiti e doveri: art. 832 c.c.*

L’altro problema, relativo ai riflessi immediati che la Costituzione può determinare nel diritto positivo vigente indipendentemente da una apposita legislazione che ne attui i principi riguarda specificamente i poteri del proprietario.

Questi, secondo l’art. 832 c.c. “ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, *entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico*”.

Che la nuova costituzione faccia parte dell’“ordinamento giuridico” abbiamo già visto, ed appare comunque ovvio. Che essa ponga dei principi ritenuti di utilità sociale i quali contemplano proprio, espressamente, l’imposizione di obblighi e di vincoli al diritto di godere e di disporre del proprietario di beni particolari, è anche incontestabile: valga per tutti l’art. 44: “al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa i limiti ecc.”. Si delinea pertanto inevitabile il problema: i fini espressi dalla costituzione e posti da essa come fondamento e come limite per la protezione e, rispettivamente per l’esercizio della proprietà dei vari beni, operano senz’altro come condizione o come limitazione della tutela giuridica, ovvero, per ora, finché apposite leggi non li abbiano concretamente tradotti in precise norme di condotta, rimangono estranei alla disciplina della proprietà? La formula e lo spirito dell’art. 832 ne implicano la recezione immediata ovvero, invece, la escludono?

Problema di semplice interpretazione, ma arduo, perché a sua volta, ne richiama un altro, anche più arduo, di teoria generale e di politica legislativa: lo scopo politico, economico, sociale di una norma di diritto privato, specie se è espresso nella norma stessa, deve ritenersi parte integrante del suo contenuto, per modo che la sua sfera d’azione trovi un presupposto ed un limite nella concorrenza della finalità privata con quella pubblica?

7. *L’ordinamento corporativo e la nuova Costituzione.*

Se il contenuto del diritto del proprietario fosse ancora espresso secondo la formula dell’art. 436 del c.c. abrogato, se il diritto di

godere e disporre delle cose trovasse il suo limite soltanto nel divieto delle *leggi* e dei *regolamenti*, non potremmo non riconoscere la insensibilità della norma ai principi della costituzione.

Ma la formula fu consapevolmente mutata dal nuovo c.c., per attribuire alla proprietà “quell’aspetto di diritto-dovere, pur dichiarato nella definizione stessa dell’art. 832, la quale, *richiamando limiti ed obblighi all’ordinamento giuridico in genere, ha riferimento particolare all’ordinamento corporativo* per ciò che riguarda i beni che interessano la produzione nazionale” (Relazione n. 386).

È vero che, rispetto a questi, è intervenuta l’abrogazione dell’art. 811 del c.c., e con essa si è svuotata la *relatio* all’ordinamento corporativo; ma è altrettanto vero che essendo rimasta la *relatio* all’ordinamento giuridico in genere, devono intendersi sostituiti a quello i principi — d’altronde in questa materia non molti diversi — accolti dalla nuova costituzione.

Talché si impone il problema — non ancora abbastanza considerato dai commentatori del nuovo codice — dell’efficacia da attribuirsi alla generica, ma testuale sussunzione dell’ordinamento giuridico — coi suoi limiti ed i suoi obblighi — nella determinazione dei poteri attribuiti al proprietario. I limiti e gli obblighi, cui si riferisce il legislatore, sono quelli che precise disposizioni di legge hanno concretato e concreteranno, ovvero anche quelli che logicamente derivano dalle dichiarate finalità dello Stato, pur non essendo ancora tradotti nella concreta forma normativa?

8. I “limiti” dell’art. 832 c.c.; l’art. 41 della Costituzione e l’art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale.

Pare a me, che debba distinguersi tra i “limiti” (negativi) ed i “doveri” (positivi). Rispetto ai primi la norma costituzionale — che pure in sé e per sé appare prevalentemente programmatica — se venga, come vuole il legislatore, incorporata nel testo dell’art. 832 c.c., acquista un valore positivo, ed un suo contenuto negativo.

Se, ad esempio, noi integriamo l’art. 832 aggiungendovi, in relazione ai limiti posti dall’ordinamento giuridico, il preciso disposto dell’art. 41 della costituzione — rivolto proprio a disciplinare anche l’attività del proprietario —, noi abbiamo una norma di diritto

positivo che può trovare immediata applicazione, almeno nelle sue sanzioni negative.

Dispone tale articolo che “l’iniziativa economica privata è libera”. Il che, tradotto nei termini dell’art. 832 c.c. vuol dire che al proprietario di cose rilevanti per l’economia è riconosciuta piena libertà nell’esercizio del suo diritto di goderne e disporne.

Ma l’articolo della costituzione prosegue e precisa: “Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”.

Ecco dunque i *limiti*, cui si riferisce l’art. 832 c.c.; chi li varchi non agisce più in modo contrario all’*ordine pubblico*, quale è posto dalla costituzione, e quale emerge dall’art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale, che dichiarando espressamente nell’ultimo suo comma: “l’ordinamento corporativo fa parte integrante dell’ordine pubblico”, congloba in questo — dopo la soppressione dell’ordinamento corporativo, — la disciplina dei beni economici e della iniziativa privata ad esso sostituita dalla nuova costituzione.

Pare dunque, che per il complesso gioco delle *relationes* per cui l’art. 832 c.c. sussume l’articolo 41 della costituzione, e questo integra l’art. 31 delle preleggi, le disposizioni date da quest’ultima norma siano da ritenersi applicabili nel caso in cui il proprietario eserciti i suoi poteri di disposizione o di godimento in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla dignità umana.

Con la conseguenza che “le private disposizioni e convenzioni non possono aver effetto nel territorio dello Stato”: lo Stato nega la sua tutela a questi esercizi del diritto di proprietà, colpiti di assoluta inefficacia giuridica.

Quel “trasferimento dello scopo sociale della proprietà nel contenuto del diritto stesso”, che io segnalai, come “tendenza” univoca del nuovo diritto tanti anni or sono, e che successivamente fu codificato con l’art. 832 c.c. permane dunque come fondamento alla nostra legislazione e pone limiti positivi al contenuto del diritto di proprietà: a difesa di questo è *condizionata* alla concorrenza dell’attività privata con l’interesse sociale, ed al rispetto della personalità umana.

9. *Lo scopo sociale della proprietà elemento integrante del suo contenuto giuridico.*

“Un bene o un male?” — mi chiedevo in quel mio vecchio “discorso inaugurale” sulle *Moderne trasformazioni del diritto di proprietà*” letto il 12 novembre 1922 — e rispondevo con alcune pagine, che trascrivo volentieri, perché mi sembrano ancora piene di attualità e perché un poco tendono a risolvere il problema di indole generale, cui accennavo più addietro, sui rapporti tra il contenuto della norma giuridica e lo scopo sociale che essa si propone.

Dicevo, dunque, allora, e dopo più di cinque lustri volentieri ripeto che è “arduo e temerario giudicare la storia. Ma lecito, però, cogliere e precisare gli effetti vari, che sotto diverso profilo, la nuova tendenza produce. Essa è senza dubbio l’espressione di un nobile altissimo intento: si vuol moralizzare il dominio, renderne l’impiego rispondente non già al cieco egoismo individuale, ma alla superiore armonia dell’interesse collettivo; si vuol impedire che ricchezze possibili si disperdano per capriccio di uomini ricchi od insensati, si vogliono raccogliere in fascio tutte le forze produttive per il miglior benessere sociale. Ma qualche dubbio può formularsi sull’attitudine del mezzo scelto per raggiungere il nobile scopo”.

La intrusione nel rapporto giuridico di elementi etici ed economici segna anzitutto indubbiamente un regresso tecnico nello sviluppo del diritto. Già Orazio, cantando la gloria imperitura dei maestri che plasmarono il diritto romano, ricorda:

... fuit haec sapientia quondam:
publica privatis secernere, sacra profanis.

Ora il nuovo orientamento, invece, consiste tutto nel porre uno scopo di diritto pubblico come condizione per la tutela del diritto privato, nel determinare una finalità, che è tutta sublimata da un senso di superiore moralità sociale, al godimento ed alla conservazione di un diritto privato.

Si ritorna alla confusione dei vari principi sociali — economia, religione, morale, diritto — che fu vanto di una secolare elaborazione avere distinto e quasi contrapposto.

Ma oltre a ciò la nuova tendenza porta in sé i germi — ed i segni già si fanno vedere — di un grave pericolo sociale. Viene fatto di

chiederci: dove si arresterà? Accolto il principio che il legislatore possa esser guida al cittadino per il modo in cui deve impiegare il suo diritto, che leggi e regolamenti possano determinare la cultura dei campi, la struttura degli stabilimenti, la misura delle pigioni ecc., quale mai libertà sarà riservata al proprietario?

Ora una limitazione soffocante alla libertà giuridica dei cittadini è estremamente nociva per lo stesso ordine pubblico.

Chi vuole veramente inalveare un fiume ed impedirne gli straripamenti non può e non deve erigere gli argini sui margini che il fiume consuetamente lambe. La prima piena li travolgerà e le campagne saranno inondate.

Ora il diritto altro non è se non il sistema di limiti che vogliono porsi, e devono porsi, ai singoli per il supremo bene di tutti.

Se questi limiti vengono posti troppo a ridosso, se essi vogliono seguire nella sua attività concreta più contingente l'individuo, egli fatalmente sarà costretto a superarli. E spesso già non a torto. Chè la regolamentazione legislativa dell'attività economica è a priori insopportabile: essa o si attiene alla pratica secolare, ed allora uccide ogni progresso e si risolve in un vero e proprio danno sociale; o segue vie nuove e nuovi processi ed allora è un poco l'esperimento *in corpore vili* cui i singoli si ribellano. In una guisa od in altra il tentativo di determinare analiticamente il modo di impiegare i beni privati è destinato almeno parzialmente a fallire. Ed allora si verifica un fatto già oggi assai frequente: leggi solennemente emanate, sanzioni severamente minacciate, non vengono praticamente tradotte in atto. Orbene: nulla è più deleterio per la compagine sociale che questa coscienza, che si diffonde nel popolo, della possibilità pratica di superare la legge. Questa, che regge solo in quanto è consenso universale, che ha la sua maggior forza nel valore suggestivo che emana, viene minata ai fondamenti, nel suo insieme, se non si attua inflessibilmente, sempre. Creare leggi inattuabili e destinate alla inosservanza quasi generale, è assai più che fare un atto inutile: è indebolire l'autorità dello Stato, diffondere lo scetticismo sulla bontà delle istituzioni, legittimare l'arbitrio privato. Forse l'attuale disordine sociale non trova la sua ultima fonte nella caotica legislazione di guerra che non fu mai possibile fare osservare: in essa è un poco la radice della indignazione popolare contro coloro che non obbedi-

scono alla legge, e insieme la istigazione a che a sua volta ciascuno la disobbedisca.

Il vecchio e saggio insegnamento: poche leggi ma buone, è da gran tempo dimenticato: e può accadere che per fini nobilissimi si raggiungano forse — per difetto di tecnicismo — effetti che con detti fini nettamente contrastano.

E sotto un altro aspetto poi ci pare anche pericoloso il nuovo indirizzo: esso uccide i germi fecondi della libertà giuridica, senza alcuna necessità; esso coordina la legislazione piuttosto a fatti ed interessi che sono eccezionali ed abnormi in luogo di tener conto di ciò che è la normalità dei casi. Non si può legiferare negativamente, cioè soltanto per evitare inconvenienti e danni eccezionali, senza inceppare in modo insopportabile e deleterio la esplicazione normale dell'attività dei singoli.

Non bisogna dimenticare che il diritto di proprietà schiettamente individualista ha consentito, proprio nel momento della sua affermazione più assoluta, il maggior sviluppo economico che mai civiltà abbia vantato, e ciò perché, sebbene potenzialmente potesse aberrare e mettersi in contrasto con l'interesse collettivo, sostanzialmente si trovava e si trova in univoca rispondenza con esso: il vantaggio individuale del proprietario coincide normalmente col vantaggio sociale, e forse anche dove l'impiego dei beni sembra allontanarsene gli è prossimo, assai più che non creda il superficialismo critico che vi si oppone. La questione del latifondo e delle così dette terre incolte, ad esempio, è forse ancora una questione tecnica più che una questione giuridica in Italia.

Ma in ogni modo vi è un bene politico, sacro e fecondo, per cui secolari battaglie sociali furono combattute e vinte, che v'è conservato e difeso, e che trova nella proprietà appunto una esplicazione concreta: la libertà. Poder godere, disporre delle cose proprie accumulate col risparmio, fecondate col lavoro, consacrate al bene della famiglia e dei figli, era ed è la suprema garanzia che i cittadini domandassero e domandino allo Stato rispetto ai beni; ed insieme era ed è la molla più forte che li spingeva e li spinge a produrre.

Altri ideali, altri sogni, e soprattutto uno spirito critico ed ironico che inacidisce la miglior linfa della nostra vita sociale, hanno obliterato quelli che i martiri del nostro risorgimento chiamavano ancora i sacri principi dell'89; ed un male attuato desiderio di

rafforzar lo Stato, lo soffoca nella sua forza viva, nel suo fermento creatore: l’individuo. Ancora due anni or sono sembrava che la invasione del diritto pubblico nel campo privato, l’asservimento completo dell’individuo al dispotismo governativo che imperversava sotto la forma dei decreti legge, continuamente emanati in vista di pretesi interessi pubblici i quali spesso non erano che più o meno colossali interessi privati, stesse per trionfare in modo assoluto.

Oggi un nuovo risveglio delle giovani forze liberali fa ritenere che l’evoluzione reattiva all’individualismo eccessivo della Rivoluzione Francese abbia superato il suo maggiore sviluppo e stia declinando per lasciare il posto ad una superiore armonia tra il bene pubblico ed il privato: l’uomo, l’individuo, il cittadino nuovamente riafferma le ragioni economiche e politiche della sua libertà ed i programmi dei nuovi partiti — dal popolare al fascista — concordemente invocano restrizioni all’invadenza statale, ripristino della libertà individuale.

Che se essa può certo, di sua natura, trasmodare in licenza, non per questo timore di danno è lecito sopprimerla: né è conveniente affidare solo al diritto, che è, come si disse, limite, ed ha quindi una funzione essenzialmente negativa ed indiretta, il compito di indirizzare l’individuo al miglior impiego dei suoi beni. Errore è l’assorbimento della morale sociale nell’ordinamento giuridico. Questo, che è strumento, domanda una guida, e tale guida non può venire che dalla morale sociale, dal sentimento collettivo di ammirazione per chi fa bene, di disprezzo per chi abusa del suo dominio, dalla rinnovata coscienza dei doveri sociali del proprietario. Se mi fosse concesso di paragonare il fatale andare della civiltà verso sempre nuovi progressi al moto di una macchina inerte, direi che la forza viva le viene dal perpetuo fermento che gli individui determinano nel vivere sociale; che il diritto rappresenta di tali forze vive il freno che consente di moderarle e guidarle e sfruttarle utilmente, ma la mente che di tal freno si giova e che di necessità ne sta fuori e lo supera, è la morale sociale, il sentimento collettivo che deve per il bene comune essere tenuto distinto e quasi contrapposto al diritto, se non si voglia ridurre la vita umana ad un automatismo servile.

La libertà ha pericoli, minaccia inconvenienti, va limitata e contenuta: ma dove sia posto il dilemma: conservarla o sopprimerla,

non vi è altra risposta che la classica affermazione liberale: *malo periculosam libertatem* (4).

10. *I “doveri” dell’articolo 832 e c.c. e la nuova Costituzione.*

Comunque, ormai *hoc iure utimur*, e giova conoscere ed interpretare il diritto come è: per la proprietà vale oggi la norma che il suo esercizio non è tutelato quando sia contrario ad alcune finalità sociali dello Stato, espresse nella costituzione.

Effetto negativo della sussunzione generica dell’ordinamento giuridico nella norma dell’art. 832 c.c.; ma non *effetto positivo*; nel senso che, come accennavo più addietro, non sorgono da tale *relatio* alla Costituzione *doveri positivi*, diversi da quelli che già vigono, o che saranno per essere imposti da una futura legislazione. Non vi sono, per ora obblighi nuovi se pure programmati dalla costituzione, quale quelli di cui agli articoli 44 o 46.

Tuttavia, anche rispetto ai doveri attuali, che rimangono inalterati, le disposizioni della Costituzione non possono ritenersi indifferenti.

Attraverso il magistero della interpretazione esse operano, come vedemmo, sulle norme vigenti, estendendone o limitandone l’applicazione in ragione, della “intenzione del legislatore”, che va intesa conforme agli attuali principi generali.

L’interprete, infatti, dovendo chiedersi in un caso dubbio, se il legislatore abbia detto più o meno di quel che volle, potrà o dovrà trarre lumi anche dalla costituzione, specie per ciò che attiene alla distinzione, nettamente affiorata in essa, tra la proprietà personale e quella economica. Limiti posti per questa non dovranno estendersi a quella; né favori concessi a quest’ultima estesi alla prima.

Anche più: la costituzione potrà influire rispetto alla eventuale estensione analogica, in ragione, appunto di quel che si disse trattando, più addietro, direttamente ed in generale di questo argomento.

(4) Cfr. ENRICO FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, Firenze, 1923, pag. 11 e segg.

11. *Discrezionalità della nuova proprietà: responsabilità per eccesso di potere.*

Infine vorrei segnalare un ultimo rilievo — nel tempo più che nella importanza — di interesse pratico e dogmatico.

L’art. 832 c.c. — che esce confermato e rafforzato dalla nuova costituzione — ha disciplinato il diritto di proprietà, in funzione dello scopo sociale, che ne limita l’esercizio.

Ora, proprio i rilievi che precedono e si riferiscono all’entrata in vigore della costituzione illuminano rispetto al valore dogmatico di tale riforma e concorrono a dimostrare che essa segna una vera e propria trasformazione della proprietà. Non più diritto soggettivo tipico, palladio di libertà assoluta rispetto ai beni, ma piuttosto *officium*, cioè, come si dice, *funzione sociale*.

“Funzione”, vale a dire, come si esprimono i matematici, “una variabile che dipende da altre variabili”.

L’ampiezza dei poteri del proprietario viene per l’art. 832 c.c., a dipendere dagli scopi dello Stato: una variazione di questi significa variazione di quella. Gli scopi espressi dagli articoli della nuova costituzione, subentrano agli scopi determinati dall’ordinamento corporativo; e la proprietà trova il proprio contenuto e il proprio limite *in funzione* dei nuovi principi.

Questa misura dei poteri del titolare del diritto di proprietà in ragione degli scopi sociali, li rende — come ebbi già a rilevare ⁽⁵⁾ — sostanzialmente *discrezionali*, e consente che rispetto ad essi si possano delineare anche nel campo del diritto privato, le figure dell’*eccesso* e dello *sviamento di potere*, deviando il diritto del proprietario verso quella figura giuridica di *officium* (diritto-dovere) che tende sempre più a diffondersi e precisarsi nella disciplina giuridica moderna.

Di qui, dunque, un ultimo effetto riflesso, di carattere positivo: *i limiti della responsabilità per l’abuso nell’esercizio della proprietà*, i presupposti per l’azione di risarcimento dei danni derivanti dall’esercizio illecito di fatto dei poteri discrezionali del proprietario, *si trovano nell’art. 41 della Costituzione.*

(5) FINZI, *Diritto di proprietà*, ecc., n. 21.

Il proprietario che esercita di fatto il suo potere “in contrasto con l'utilità sociale” commette un illecito, e se in tale comportamento reca danni ad altri è obbligato a risarcirlo (art. 2043 c.c.). Non altrimenti il proprietario, che, esercitando il suo diritto di proprietà, rechi “danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”.

Questo importa la struttura dell'art. 832 c.c., la sua *relatio* all'ordinamento giuridico e l'entrata in vigore della nuova costituzione.

12. *Nuovi compiti della dottrina del diritto privato in funzione della Costituzione.*

Accanto a questi, che costituiscono effetti immediati, se pure indiretti, della costituzione nel diritto privato, se ne delineano altri per ora soltanto programmati dalla Costituzione; e non sempre ad essa del tutto consapevoli.

E si delinea, altresì, l'opportunità di una generale revisione dei dogmi del diritto privato in funzione del nuovo indirizzo sociale.

Sarà compito del giurista di domani non soltanto quello, ad esempio, di preparare leggi idonee a realizzare la distinzione e quasi la controposizione tra la proprietà integratrice della personalità umana e la proprietà organizzata per la produzione e per lo scambio; ma altresì quello di costruire scientificamente i nuovi istituti, dopo averne attentamente studiata la storia.

E potrà e dovrà il giurista di domani considerare inoltre se e quali strumenti giuridici nuovi o rinnovati possano offrirsi alla vita sociale per adeguare sempre più l'ordinamento giuridico alle esigenze della società espresse dalla nuova costituzione.

Pare, infatti, che, più o meno consapevolmente, si prospetti, in ragione, appunto, della dicotomia delle proprietà e del loro necessario raccordo, il problema della revisione della *disciplina del godimento indiretto dei beni*. Al lume di questa nuova esigenza dovranno essere riveduti non solo i contratti agrari, ma tutte le forme giuridiche che consentono il godimento a titolo oneroso di beni altrui; e ben differenziati gli oneri del proprietario da quelli dell'imprenditore.

E dovranno essere studiati particolari adattamenti del diritto all'economia, isolando, ad esempio, *il valore delle cose come oggetto*

autonomo di situazioni giuridiche, e staccandolo, in certo senso, dalla funzione strumentale delle cose stesse; così come già avviene, a mio avviso, nei diritti reali di garanzia, o nei diritti dei soci rispetto al patrimonio della società persona giuridica, o nel diritto di ritenzione, ed in altri istituti dei quali finora non fu considerato questo particolare comune aspetto, idoneo, a mio avviso, a nuovi fecondi spunti costruttivi, dogmatici e pratici, del diritto privato.

E tanti e tanti altri problemi dovranno essere risolti che la costituzione, esplicitamente od implicitamente, propone allo studioso del diritto privato.

Ad esempio, posto, con l'articolo 29 della Costituzione, il principio in forza del quale rapporto giuridico e società naturale debbano sempre concorrere in una perfetta famiglia, potrà essere necessario disciplinare espressamente ed utilmente i casi nei quali società naturale e rapporto giuridico vengano di fatto a trovarsi dissociati.

Ma non è qui il luogo per tracciare il programma analitico del lavoro che la Costituzione prospetta allo studioso del diritto privato: basti avervi accennato, riservando il compito di precisarlo ad altro più completo prossimo studio.

LA RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO (CELEBRANDONE IL TRENTENNIO)

1. La Rivista e il suo scopo iniziale primario. — 2. Diritto speciale per l'oggetto e sistema. — 3. Compito delle Riviste specializzate per materia. — 4. Fecondi risultati della *Rivista di diritto agrario*: si segnala l'esigenza di uno studio tecnico-sistematico delle *obbligazioni legali agrarie*. — 5. Funzione politico-legislativa della Rivista. — 6. Spunti sul suo compito futuro in relazione alla Costituzione della Repubblica.

1. *La Rivista e il suo scopo iniziale primario.*

La *Rivista* merita che si celebri il superamento dei primi trenta anni della sua vita.

E lo merita il suo fondatore e direttore ed animatore, che con intelligente, tenace fervore ha saputo raccogliere intorno ad essa una eletta schiera di studiosi, aprendo vie nuove e sollecitando nuove e feconde ricerche.

Nata, modestamente, con l'intento prevalente di soddisfare "il desiderio degli Agricoltori capaci di seguire e conoscere le numerosissime leggi ed i giudicati che li riguardano" ("Programma" nel 1° numero del 1922), essa non ha forse raggiunto in pieno il suo primo scopo: gli agricoltori, purtroppo, non si rendono conto che in modo estremamente vago "dell'influenza che il diritto ha sul progresso agrario" e dell'utilità, anzi della necessità che per essi rappresenta un minimo di cultura giuridica.

Il sistema dei nostri studi e l'organizzazione della scuola media lascia talmente nell'ombra la conoscenza del diritto e della sua importanza, che molte persone si credono colte e non conoscono né la struttura dello Stato cui partecipano; né la natura dei diritti che ad esse forniscono il benessere economico e la garanzia di conservarlo; né mostrano alcun interesse a guarire della loro ignoranza.

2. *Diritto speciale per l’oggetto e sistema.*

Ma la *Rivista* ha raggiunto, invece, ed in modo mirabile, e con risultati che superano l’attesa, l’altro suo scopo enunciato nel “Programma”: “la *Rivista di Diritto Agrario*, inciterà i cultori dei singoli rami del diritto attinenti all’Agricoltura, a considerarne l’applicazione a questa speciale sfera di rapporti economico-sociali”.

I giuristi in genere, e quelli italiani in ispecie, non sono portati alla considerazione del diritto applicato: seppure, infatti, la norma voglia disciplinare i rapporti della vita, quali sono; il giurista istintivamente tende, invece, a ricondurre i rapporti reali entro gli schemi ideali da esso predisposti; forzando i primi e deformandoli, fino a che non abbiano assunto forma e sostanza conforme a questi.

I rapporti giuridici sono, schematicamente, o pubblici o privati, sostanziali o processuali, reali o obbligatori e così via; e non ha rilevanza, per il puro giurista, che la norma disciplini, nell’uno o nell’altro modo rispondente al suo sistema, rapporti che attengono all’agricoltura o all’industria o il commercio od altra materia. L’“autonomia” dei così detti diritti speciali, in ragione della *materia* disciplinata, fu sempre tenacemente combattuta, contrapponendole la sostanziale *unità* dell’ordinamento giuridico statale, il quale, se viene ripartito in separate “materie” di insegnamento per necessità didattica e pratica, deve, pur sempre, per essere veramente compreso nella sua essenza, venire ricondotto ad organica unità.

Le “categorie” del diritto sono, o si ritiene che siano, le stesse, quale sia la materia cui si applicano: questa può costituire la fonte di variazioni e di qualificazioni più o meno costanti; le quali, però, non modificano l’essenza tipica dei singoli rapporti giuridici e delle loro fonti.

3. *Compito delle Riviste specializzate per materia.*

Se non che tutto ciò è pensato e detto *a priori*; ma domanda una riprova; una conferma sperimentale.

Ed ecco l’esigenza della *Rivista* specializzata non più in ragione della struttura dei rapporti giuridici (rivista di diritto pubblico, rivista di diritto privato, rivista di diritto processuale, rivista di diritto delle obbligazioni, ecc.) bensì, invece, in ragione della materia

che costituisce l'oggetto dei rapporti giuridici stessi (rivista di diritto agrario, rivista di diritto minerario, rivista di diritto delle acque, ecc.).

È raccogliendo tutta la legislazione che disciplina l'agricoltura, è indagando sulla congerie di rapporti giuridici che interferiscono con l'attività agricola, che potranno scoprirsi eventuali nuovi *tipi* di rapporti giuridici, o sottospecie di rapporti già noti e disciplinati, i quali, però, per costanti loro qualità, o modificazioni, assumono aspetti anche essi tipici e di particolare rilievo.

Si potrà, così, pur partendo da un diverso punto di vista, collaborare alla perfezione del sistema unitario del diritto, aggiungendo, in ragione delle scoperte che lo studio analitico ed applicato può rivelare e suggerire, nuovi elementi all'edificio secolare del "sistema".

4. *Fecondi risultati della Rivista di diritto agrario: si segnala l'esigenza di uno studio tecnico-sistematico delle obbligazioni legali agrarie.*

Ed è quello che la *Rivista* ha fatto e sta facendo.

Alla luce di questa specie di "stereoscopia" giuridica, che consente di rivelare insieme la forma e il volume dei nostri istituti, vari progressi notevoli sono stati raggiunti, ed altri lo saranno, anche per lo stretto diritto.

La distinzione netta tra la situazione del proprietario agricolo e quella dell'imprenditore agricolo, dianzi fuse e confuse; la rivelazione di una vastissima schiera di norme e di rapporti che possono dirsi di *polizia delle cose* e che qualificano in ragione dell'oggetto i singoli rapporti di proprietà, evidentissima per quelle che attengono all'agricoltura; la posizione fatta evidente della necessità di un nuovo equilibrio, rispetto alla disciplina della produzione agraria, tra diritto pubblico e diritto privato, e tante altre sono risultanze per il sistema, che la visione concorrente della materia disciplinata e della struttura tecnica della norma disciplinante ha favorito e determinato.

Tali risultanze vanno, poi, elaborate con severo tecnicismo e ricondotte al puro ordine giuridico: il che senza dubbio non è agevole, ed esige, appunto, quella iniziativa e quella guida che la *Rivista* specializzata preziosamente offre.

Certo molto c’è ancora da fare, già sul materiale, e l’indirizzo, sceverato e raccolto.

Penso, ad esempio che le *obbligazioni legali*, che in grandissimo numero disciplinano l’agricoltura rispetto alle cose che ne costituiscono l’oggetto e rispetto all’attività dell’imprenditore agricolo, domandino un esame assai più approfondito, ed una intelligente classificazione, che faciliti la ricerca degli elementi e degli effetti comuni o diversi.

Si vedrà così come accanto al vasto e ben definito, se pur controverso, gruppo dei rapporti (e delle norme) di diritto privato, ma di interesse pubblico, si profili un altro gruppo di rapporti, che muovendo dal diritto pubblico si insinua nel diritto privato: quello dei rapporti di diritto pubblico, e di interesse privato; rispetto ai quali converrà riprendere e costruire a sistema, secondo le nuove norme ed i nuovi concetti, quegli *effetti riflessi* che già JHERING segnalava, e che attendono ancora una loro definitiva dottrina.

Feconda, quindi, si è sperimentalmente dimostrata l’attività della *Rivista* nella sua volutamente indifferenziata ricerca giuridico-economico-politica.

5. *Funzione politico-legislativa della Rivista.*

Certo l’esperimento non è senza pericoli per il rigore del metodo giuridico. Questo ha per presupposto la separazione, l’isolamento del diritto da ogni altra formazione storica sociale, che pur tenda a disciplinare e sviluppare la vita del gruppo ed insieme a proteggere e favorire la personalità del singolo: vuole, così, distinguere, e quasi contrapporre il diritto alla morale, alla religione, alla politica, all’economia stessa, che pur costituisce la sostanza di un vasto gruppo di suoi rapporti. Nello studio giuridico per “materia”, tale isolamento del fattore giuridico non solo appare difficile, ma quasi contraddittorio: ciò che una *Rivista* di diritto agrario vuole — e consapevolmente — è proprio la considerazione unitaria della attività agraria sotto tutti i suoi aspetti, nella confluenza e concordanza di tutti i fattori onde risulta: diritto, economia, costume, funzione sociale si coordinano e si fondono nell’“agricoltura” intesa unitariamente.

Questo rilievo ne comporta un altro: che, nel suo insieme, la *Rivista*, pur di diritto, tende ad assolvere fatalmente una *funzione*

politica. Considerando la materia economica e tecnica insieme con quella formale-giuridica, essa non può non ragguagliare l'idoneità della formulazione giuridica alla finalità sociale economica, dando così un giudizio tipicamente politico, e preparando e suggerendo le riforme del diritto (politiche) che meglio lo adeguino alle esigenze sociali ed economiche, cui deve servire.

E senza dubbio, volendo o non volendo, la *Rivista di diritto agrario*, nel suo trentennio, pur ospitando studi e saggi tecnicamente di puro diritto, ha contribuito notevolmente alla formazione di un *nuovo diritto agrario*, con una *azione politica* rivolta alla trasformazione delle vecchie norme e del loro spirito, adeguandolo alle nuove esigenze sociali ed economiche e sopra tutto determinando, rispetto alla nostra materia, il sorgere di quella diffusa *coscienza giuridica sociale*, che costituisce il fondamento e il presupposto del vero diritto, così come l'*opinione pubblica* costituisce il fondamento di ogni sana e genuina democrazia.

6. *Spunti sul suo compito futuro in relazione alla Costituzione della Repubblica.*

E l'azione continuerà nel prossimo trentennio: si considereranno le norme per studiarne anche il progressivo adeguamento alle esigenze sociali ed economiche; e si considereranno le riforme raggiunte per estrarne l'essenza giuridica, e questa, una volta isolata, costruire secondo il sistema, arricchendolo di nuovi elementi, e integrandolo con nuove ricerche, e nuove scoperte.

Oggi è la volta della "Costituzione", che segna indubbiamente una propria direttiva nella concezione politico-giuridica della agricoltura. Si contrappone, come ebbi già a rilevare, la grande alla piccola e media proprietà, con discipline diverse in ragione di diverse funzioni: segna cioè una dicotomia dell'istituto giuridico della proprietà, o ne mantiene unitaria l'essenza e lo spirito? Spetta al giurista — alla *Rivista di diritto agrario*! — di risolvere il problema: vi è (o si rivela se già vi era, o vi fu, nel tempo dei tempi), una proprietà distinta, che tiene conto essenzialmente del riflesso della personalità umana sulle cose e queste attribuisce a singoli, entro limiti e per categorie determinate, in ragione di quelle esigenze insieme soggettive e collettive; ed un'altra proprietà che vuol disci-

plinare l'attività produttiva che si svolge nell'agricoltura, e che, primariamente, deve considerarsi nel suo aspetto economico-sociale? Una proprietà *personale* (favorita dalla costituzione che vorrebbe non solo proteggerla ma estenderla) ed una proprietà *economica*, che la Costituzione tende, invece, a limitare, a disciplinare, e a sottoporre ad una più intensa disciplina pubblicistica? Una *proprietà-libertà*, che garantisce una sfera di feconda e dignitosa indipendenza al singolo, ed una *proprietà-produttiva*, che deve tener conto delle esigenze sociali, e proporzionarsi in ragione di una equa distribuzione dei beni materiali e di una efficiente produttività nell'interesse sociale?

Se così è, ecco un chiaro compito tipico della *Rivista di diritto agrario*: arricchire il sistema di una costruzione tecnico-giuridica adeguata dei due istituti, che lo sdoppiamento, ordinato dalla costituzione, della proprietà dianzi unificata, attualmente esige.

La passione sempre viva e la giovanile energia di chi la dirige, ci assicura che i nostri discepoli potranno con gioia ed orgoglio celebrarne a suo tempo il secondo trentennio, così come oggi noi ne celebriamo il primo.

INDICE SOMMARIO

Enrico Finzi: un innovatore solitario, di PAOLO GROSSI. v

LE TEORIE DEGLI ISTITUTI GIURIDICI

1. Posizione del tema	1
2. L'istituto giuridico	1
3. Natura logica dell'istituto giuridico: classazione	2
4. La teoria dell'istituto giuridico	4
5. Nozione di una teoria e dei suoi presupposti	5
6. Se sia possibile costruire teorie di istituti giuridici; perché, e come	6
7. Ostacoli a tale attività logica: la confusione verbale in un sol nome dei tre dati da differenziare	9
8. Esempio tratto dalla teoria del negozio giuridico	11
9. Errori che derivano dal ritenere reciprocamente corrispondenti nel loro rapporto gli elementi degli istituti giuridici	12
10. Si differenzia la teoria dell'istituto giuridico, dalla teoria della fattispecie che ha lo stesso nome dell'istituto.	13

LE MODERNE TRASFORMAZIONI

DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ 17

DIRITTO DI PROPRIETÀ E DISCIPLINA DELLA PRODUZIONE

1. Fondamento oggettivo della ricerca.	40
2. Varie norme che regolano la spettanza e il godimento dei beni: disciplina di diritto privato, disciplina amministrativa, disciplina corporativa. Effetti riflessi sul sistema del diritto privato	42
3. I beni e l'interesse pubblico	42
4. Le forme giuridiche della disciplina sociale delle cose. Demanio. Difesa penale dell'economia. Polizia delle cose	43

5. Intervento amministrativo: demanialità indiretta	44
6. Coordinamento dei beni e disciplina della produzione	45
7. Classificazione delle forme in cui si manifesta l'interesse pubblico nella disciplina dei beni	45
8. Il diritto di proprietà individuale sui beni così disciplinati: suo duplice profilo: interno ed esterno. L'aspetto esterno: a) privato	46
9. Il diritto pubblico soggettivo alla libertà sulle cose. Sua obliterazione: il diritto di proprietà, come diritto subiettivo, è rientrato interamente nel campo del diritto privato	46
10. Proprietà individuale e collettiva	47
11. L'aspetto interno del diritto di proprietà: poteri sulle cose. Limitazioni, obblighi ed oneri che sorgono dalla cosa e seguono la cosa	48
12. Ma non sempre il proprietario. Varie attività rilevanti sulla cosa e disciplina autonoma e concorrente di ciascuna	48
13. Rilevanza dogmatica: la proprietà romana e la <i>gewere</i> ; il dominio eminente e il dominio utile. Il possesso nel sistema dei rapporti da cose	49
14. La disciplina corporativa dei beni non ha per destinatario il proprietario, ma il produttore, l'imprenditore	50
15. Riflessi giuridici, economici e politici della disciplina indiretta della pro- prietà nell'azienda: l'azienda e la proprietà degli elementi che la compon- gono. La disciplina separata e concorrente dei beni nella loro statica e nella loro dinamica. La posizione del lavoro di fronte al capitale nell'azienda	51
16. La pressione politica perché il proprietario assuma o mantenga la funzione di imprenditore, cioè di produttore in atto. La esigua posizione fatta al nudo proprietario nell'organizzazione sindacale e corporativa	53
17. Il proprietario come produttore in potenza	54
18. La proprietà funzione sociale: duplice fondamento del diritto di proprietà individuale: la proprietà come integrazione della personalità umana e come fatto economico	55
19. Differenziazione delle cose secondo le loro attitudini a soddisfare una od altra esigenza: la spettanza di beni produttivi rilevanti socialmente come legittimazione passiva a pubblici doveri	56
20. Il problema degli effetti riflessi dei doveri pubblici nel diritto privato: se e quando l'interesse dei singoli privati si concreti in diritti subiettivi	57
21. La facoltà del proprietario come potere discrezionale: la figura dell'eccesso e dello sviamento di potere nel diritto privato	60
22. La tutela degli interessi legittimi nel diritto privato e la funzione dell'arti- colo 1151 c.c.	61
23. L'organizzazione giuridica delle cose, come mezzo per la penetrazione dell'elemento sociale nel diritto privato	63
24. Il potere di disporre sotto il profilo della disciplina dei beni. Suoi aspetti subiettivi ed obiettivi	66
25. La circolazione giuridica sotto il profilo dei singoli beni: principi generali diversi	67

26. Conclusioni: la ricerca del punto di equilibrio tra attività sociale e potere individuale. La funzione integratrice della disciplina corporativa 68

VERSO UN NUOVO DIRITTO DEL COMMERCIO

1. Formazione storica del diritto positivo e della dogmatica giuridica. Reazione di questa su quello. Il “sistema” e la sua funzione reativa. Il giurista, la formazione e la formulazione del nuovo diritto 72

2. Necessità di rinnovamento nel diritto privato. I “progetti” ed il loro spirito “riformista”. Insufficienza di una semplice riforma 75

3. Il diritto commerciale nei suoi rapporti storici col diritto civile: la dogmatica privatistica tende a riassorbire gli istituti commerciali 76

4. Il nuovo diritto commerciale vivente in contrasto con le leggi scritte e col sistema. Il diritto positivo è “fuori fase” rispetto al commercio che vuol regolare 78

5. Analoga sconcordanza in tutto il sistema del diritto privato. Moderno spostamento della base giuridica dalla libertà del cittadino all’economia dello Stato. Disgregamento del sistema del diritto patrimoniale e formazione di nuovi ordinamenti autonomi patrimoniali a base obiettiva 80

6. La crisi dottrinale della teoria generale del diritto come sintomo della impossibilità per il sistema tradizionale di costruire e contenere il diritto vivente 82

7. Il commercio moderno come fenomeno di organizzazione. Il supercapitalismo: inettitudine a regolarlo del codice di commercio a base atomistica (atti di commercio) 83

8. Il problema specifico della riforma del diritto commerciale. *a)* Codice unico delle obbligazioni? *b)* Diritto sindacale a base subiettiva? Le corporazioni medioevali ed il sindacalismo fascista 85

9. *c)* Diritto del commercio, cioè della organizzazione economica a base aziendale. Le pluralità collegate oggetto del diritto commerciale. L’azienda. La clientela. I contratti. Il soggetto giuridico (commerciante) in funzione dell’azienda 87

10. I contratti collettivi: originalità del contratto collettivo fascista. Disgiunzione tra il potere vincolante, che spetta alla persona giuridica, e la sfera d’azione del vincolo che riguarda i singoli componenti la collettività vincolata 91

11. Conseguentemente: postulati della nuova legislazione commerciale: 1) coordinamento coll’ordinamento corporativo; 2) palingenesi e non riforma; 3) totalitaria ed organica per l’intero diritto privato patrimoniale; 4) su base oggettiva, ma non atomistica (azienda, non atti di commercio); 5) innovando anche il sistema e la tecnica 93

12. Sotto quest’ultimo aspetto: *a)* necessità di regolare le pluralità collegate come tali, superando il sistema tradizionale che le unifica sempre o dividendole, o moltiplicandole, o personificandole 94

13. *b)* Necessità di tener conto che nel diritto, come nell'economia, le differenze quantitative determinano spesso differenze qualitative. Interesse sociale immediato nella disciplina delle grandi imprese 95
14. Posizione che il nuovo diritto commerciale verrà ad assumere nel sistema generale del diritto patrimoniale. Il nuovo diritto corporativo come punto di partenza per la nuova dottrina 96

CONFLITTO TRA PRINCIPII GENERALI DEL DIRITTO . . . 99

LE DISPOSIZIONI PRELIMINARI DEL CODICE DI COMMERCIO
NEL PROGETTO DELLA COMMISSIONE REALE

1 - LE FONTI

1. Premesse 105
2. Il problema relativo alla estensione analogica delle singole fonti enunciate nel primo articolo 106
3. Sua soluzione "de iure lato": discordanza tra l'intento dei compilatori e la formula proposta 107
4. Posizione e soluzione del problema "de iure condendo" 109
5. La nuova formula proposta: sua esegesi 110
6. Gli "immobili" ed il Progetto. Posizione di vari problemi 112
7. Quale sia l'intento reale del compilatore 113
8. La formula proposta non corrisponde all'intento 116
9. Pluralità delle disposizioni contenute nel capoverso del primo articolo del Progetto e loro sede nel sistema 117
10. Si propone la soppressione del capoverso e la formulazione di tre norme distinte in tre distinte sedi 118
11. Gli "usi mercantili": opportunità di delinearne legislativamente la figura giuridica 119
12. La prova degli usi e la formula proposta per disciplinarla 119
13. Sua critica 121
14. Si propone il nuovo testo dell'art. 2 122

2 - LA MATERIA DI COMMERCIO

1. Oggetto della ricerca 123
2. Nomenclatura e sistema 123
3. Sistema e Progetto 124

4. Triplice aspetto della « materia di commercio »	125
5. Improprietà della espressione « atti di commercio » per indicare la « materia di commercio »	126
6. Anche rispetto ai così detti « atti soggettivi »	128
7. Altre controversie relative ai così detti « atti soggettivi » che il progetto non risolve	128
8. Il commerciante e la legge commerciale « de jure condendo »	129
9. Si condanna la formula « si presume » dell'art. 5 del Progetto	130
10. Affinità delle « operazioni dei commercianti » con talune operazioni comprese nell'art. 3. Proposta della nuova formula e sua collocazione nell'art. 3	132
11. Accessorietà in astratto e in concreto	134
12. La mediazione « de jure condendo »	135

SULLA RIFORMA LEGISLATIVA
DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI

1. Riforma sistematica od emendamenti?	139
2. Il punto di partenza	140
3. Fondamento negoziale ovvero materiale	141
4. Le Società commerciali di fatto nel diritto positivo vigente	142
5. Opportunità di regolare le comunioni commerciali. (In nota) Distinzione tra Società di fatto e Società irregolari	143
6. Abbozzo della disciplina da imporre alle comunioni mercantili	144
7. Le associazioni commerciali. (In nota) Schema di classificazione ed abbozzo di un sistema giuridico delle pluralità collegate di persone e di cose	146
8. Essenza delle Società commerciali	149
9. Opportunità di dare autonomia legislativa alle compagnie per azioni	150
10. La personalità giuridica di diritto privato	151
11. La personalità giuridica delle comunioni, delle associazioni e delle società commerciali	153
12. Natura giuridica del loro atto costitutivo	156
13. Le compagnie per azioni: inderogabilità delle norme strutturali di interesse pubblico	156
14. Necessità di coordinare la riforma delle Società con una riforma fiscale che agevoli la sincerità dei bilanci: il problema delle riserve occulte	157

SOCIETÀ CONTROLLATE
(art. 6 R.D.L. 30 ottobre 1930 n. 1439)

1. Posizione del problema	159
-------------------------------------	-----

2.	Significato usuale della parola “controllo”	160
3.	Si esclude che sia impiegata in tal senso dall’art. 6	160
4.	Significato di “controllo” nella tecnica mercantile: padronanza	160
5.	Considerazioni sulla analogia tra la padronanza di una società ed i rapporti tra <i>dominus</i> e <i>servus</i> nel diritto romano. La società come peculio	161
6.	Analisi del rapporto giuridico di padronanza di una società: scissione in due distinti momenti: nomina degli organi; predominio sugli organi nominati	162
7.	L’art. 6 non legittima il secondo momento e presuppone soltanto il primo. Il controllo come disposizione della maggioranza di voti	162
8.	Casistica: controllo in atto e controllo in potenza	164
9.	Controllo permanente e contingente	165
10.	Controllo certo in concreto ed incerto in astratto	165
11.	Controllo diretto ed indiretto	166
12.	Controllo immediato e mediato	166
13.	Indifferenza dell’origine del controllo	166
14.	Conclusioni e lineamenti di ulteriori studi sulle società controllate	167

ASPETTI GIURIDICI DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE

1.	Caratteri economici e caratteri giuridici delle Società Cooperative	169
2.	Elementi giuridici essenziali delle società in genere: a quali di essi si riferiscono le differenze specifiche delle cooperative	170
3.	Qualifiche subiettive dei soci	170
4.	Natura giuridica di tali qualifiche: il concetto di presupposto, distinto dal concetto di capacità...	171
5.	... e da quello di potere di disporre	172
6.	Autonomia del concetto di presupposto: rinvio	173
7.	La variabilità del capitale come conseguenza del presupposto subiettivo di categoria e la posizione delle società cooperative nel sistema corporativo	174
8.	Ancora sulla posizione delle società cooperative nel sistema corporativo	175
9.	Il guadagno come scopo delle società; e la sua repartizione, come mezzo di realizzo: deroga a questo principio nelle società cooperative	176
10.	Nella società cooperativa i soci realizzano il loro profitto contrattando con la società. Immanente conflitto tra l’ <i>affectio societatis</i> e il contrasto di interesse fra contraenti. L’elemento morale e la sua funzione di equilibrio	177
11.	Necessità di riforma. Bisogna coordinare e subordinare la cooperativa alla categoria	178
12.	Conclusioni	180

RIFLESSI PRIVATISTICI DELLA COSTITUZIONE

1. Difetto di norme di diritto privato nella Costituzione. La <i>relatio</i> all'“intenzione del legislatore” ed all'“ordinamento giuridico dello Stato” e la Costituzione	183
2. Effetti riflessi della Costituzione rispetto alla interpretazione ed integrazione delle leggi di diritto privato	185
3. Interpretazione secondo la nuova “intenzione del legislatore”	185
4. I principi generali del diritto e la Costituzione	186
5. Limiti all'analogia in ragione dei nuovi principi	187
6. L'esercizio della proprietà ed i suoi limiti e doveri: art. 832 c.c.	188
7. L'ordinamento corporativo e la nuova Costituzione	188
8. I “limiti” dell'art. 832 c.c.; l'art. 41 della Costituzione e l'art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale	189
9. Lo scopo sociale della proprietà elemento integrante del suo contenuto giuridico	191
10. I “doveri” dell'articolo 832 e c.c. e la nuova Costituzione	195
11. Discrezionalità della nuova proprietà: responsabilità per eccesso di potere	196
12. Nuovi compiti della dottrina del diritto privato in funzione della Costituzione	197

LA RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO

(CELEBRANDONE IL TRENTENNIO)

1. La Rivista e il suo scopo iniziale primario	199
2. Diritto speciale per l'oggetto e sistema	200
3. Compito delle Riviste specializzate per materia	200
4. Fecondi risultati della <i>Rivista di diritto agrario</i> : si segnala l'esigenza di uno studio tecnico-sistematico delle obbligazioni legali agrarie	201
5. Funzione politico-legislativa della <i>Rivista</i>	202
6. Spunti sul suo compito futuro in relazione alla Costituzione della Repubblica	203

€ 25,00

2010-20

ISBN 88-14-17665-5



9 788814 176654