

Mauro Grondona

*La proprietà e la sua funzione
(spigolando tra le ‘Osservazioni e proposte
sul progetto del libro secondo’)*

SOMMARIO: 1. Le linee dell’analisi e le ragioni di essa: una ricapitolazione assai incompleta ma sperabilmente non inutile per il civilista d’oggi, impegnato in una riflessione giusmetodologica a largo spettro – 2. La funzione sociale della proprietà privata, tra politica legislativa e tecnica giuridica – 3. Una considerazione finale: coscienza politica dell’interprete e *self restraint*, oggi (tra attivismo giudiziario, giurisdizione della libertà e liberaldemocrazia) – 4. Appendice

1. *Le linee dell’analisi e le ragioni di essa: una ricapitolazione assai incompleta ma sperabilmente non inutile per il civilista d’oggi, impegnato in una riflessione giusmetodologica a largo spettro*

Preciso subito in apertura di discorso il punto di partenza e la traiettoria (entrambi molto semplici, lineari e di taglio eminentemente descrittivo) del mio intervento, che sono i seguenti: prenderò le mosse dal messaggio del 14 agosto 1937, con cui Mariano d’Amelio trasmette il ‘Progetto’ al Ministro di grazia e giustizia Arrigo Solmi¹, nonché dalla ‘Relazione al progetto’

¹ Il testo si legge in *Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Progetto e Relazione)*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma 1937 [il volume è unico, ma diviso in due parti, con numerazioni autonome: la prima raccoglie il ‘Progetto’, pp. V-178; la seconda raccoglie la ‘Relazione al progetto’: pp. II-253], pp. V-VII (della prima parte, ‘Progetto’). A p. IV della medesima prima parte, si leggono i nomi dei partecipanti «alla compilazione del progetto: Mariano d’Amelio – Presidente; Antonio Azara – Segretario generale; Emilio Albertario – Alfredo Ascoli – Gaetano Azzariti – Ludovico Barassi – Gerolamo Biscaro † – Pietro Bonfante † – Biagio Brugi † – Leonardo Coviello – Roberto de Ruggiero † – Francesco Ferrara – Giuseppe Paolo Gaetano – Calogero Gangi – Fulvio Maroi – Giovanni Pacchioni – Gino Segrè – Filippo Vassalli – Membri; Carlo Millozza – Carlo Zappulli – Segretari». A p. II della seconda parte, si leggono i nomi dei «relatori per i diversi progetti: Antonio Azara – Ludovico Barassi – Pietro Bonfante † – Leonardo Coviello – Roberto [d]e Ruggiero † – Giuseppe Paolo Gaetano – Calogero Cangi – Fulvio Maroi – Giovanni Pacchioni – Gino Segrè». Il volume è telematicamente consultabile qui: <<https://www.giustizia.it/giustizia/>

di Roberto de Ruggiero², concentrandomi poi sulle disposizioni generali, e in particolare sull'art. 18 (*Definizione*: «La proprietà è il diritto di godere della cosa in modo esclusivo, in conformità della funzione sociale del diritto stesso. / Il proprietario deve inoltre osservare i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti e i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa»), per infine soffermarmi, anche dialetticamente (in chiusura di discorso, quale possibile ricaduta prospettica e quale punto di arrivo di questa breve trattazione, fermando lo sguardo su alcuni aspetti oggi significativamente problematici, vuoi metodologici, vuoi istituzionali), intorno ai principali spunti emersi dal ricchissimo e assai interessante (ma, invero, al contempo un po' ridondante, almeno nella parte che qui maggiormente interessa: la discussione intorno alla funzione sociale della proprietà privata, ovvero, e più in generale, il tentativo – che in certa misura è ancora un problema aperto, e non solo storiograficamente parlando, se non altro perché assetto giuspolitico e assetto giuseconomico non sono, ovviamente, realtà reciprocamente irrelate –, prima corporativisticamente fallito ma poi, vorrei dire, costituzionalisticamente riuscito, di funzionalizzare, almeno in parte, in senso pubblicistico la proprietà privata) *corpus* di 'osservazioni e proposte' che abbiamo a disposizione e che rappresenta indubbiamente un prezioso patrimonio conoscitivo³, con riguardo a tutti gli articoli (complessivamente:

[it/mg_22_4_5_1.page#>](#) (ultimo accesso 5 agosto 2025).

² Si legge in *Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Relazione al progetto)*, cit. nt. 1, pp. 16-55, ma in particolare cfr. le pp. 17-18 e 24. Il volume che raccoglie la documentazione qui richiamata è disponibile all'indirizzo telematico cit. *supra*, nt. 1.

³ Mi riferisco alla fondamentale documentazione raccolta in: *Ministero di grazia e giustizia – Lavori preparatori per la riforma del codice civile – Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo (Cose e diritti reali)* [d'ora in poi abbreviato come *Osservazioni e proposte*], Istituto Poligrafico dello Stato, Roma 1938, vol. I. [il vol. I, oltre a contenere le *Osservazioni di carattere generale su tutto il progetto*, pp. 1-30, copre gli artt. 1-111; il vol. II gli artt. 112-311; il vol. III gli artt. 312-592]. In tema (anche per larghe indicazioni bibliografiche), va visto l'ampio e analitico lavoro ricostruttivo di L. MOSCATI, *Osservazioni e proposte delle università italiane ai progetti dei primi libri del Codice civile del 1942*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 2022 (numero speciale – 'Il contributo della Sapienza alle codificazioni'), pp. 149-186, <https://www.academia.edu/119857319/Osservazioni_e_proposte_delle_universit%C3%A0_italiane_ai_progetti_dei_primi_libri_del_Codice_civile_del_1942> (ultimo accesso 10 giugno 2025). Cfr. altresì EAD., *Stile fiorentino – La Facoltà giuridica e le osservazioni ai progetti del codice civile del 1942*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2023, vol. 52 ('Il diritto come forma dell'esperienza – Per Paolo Grossi'), t. II, pp. 759-783,

592) di cui si compone il progetto e, nella specifica prospettiva di questa mia panoramica, ai tratti distintivi (definitivi e funzionali: e si vedrà *infra* che tanto l'aspetto definitorio quanto l'aspetto funzionale hanno fatto insorgere numerose questioni tra i partecipanti alla discussione collettiva sviluppatesi intorno al progetto; e si vedrà altresì – ma è un rilievo del tutto ovvio – come, ancora oggi, i rapporti tra definizioni, strutture e funzioni degli istituti giuridici siano in sé problematici, o comunque segnino lo spazio di una dialettica ordinamentale e istituzionale, che coinvolge il rapporto tra funzioni e poteri ordinamentali e istituzionali, e qui basta richiamare la dialettica, in sé necessaria, ma che non episodicamente degenera invece in conflitto, tra giudiziario e legislativo) della proprietà privata nella cornice di un'economia corporativa⁴.

<<https://www.quaderniflorentini.eu/quaderni/52/index.htm>> (ultimo accesso 10 giugno 2025).
Molta documentazione (tra cui le osservazioni e proposte al progetto del libro II) è ormai telematicamente accessibile all'indirizzo cit. *supra*, nt. 1. In ogni modo, per comodità ed eventuale interesse di chi legga, in *Appendice* sono integralmente trascritte le 'osservazioni e proposte' aventi a oggetto, in generale, il diritto di proprietà e, in particolare, l'art. 18 del progetto.

⁴ Cfr. R. DE RUGGIERO, in *Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Relazione al progetto)*, cit. nt. 1, p. 16: «Nella compilazione del titolo relativo alla proprietà, la Commissione non ha mancato di tener presente la dichiarazione VII della *Carta del lavoro*, che “considera la iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione” ed ha ritenuto che la proprietà, quale base solida ed elemento propulsore della detta iniziativa, debba trovare nel codice civile la sua più sicura tutela. Il progetto, pertanto, ha avuto cura di eliminare o di modificare le disposizioni che più non rispondono alle moderne esigenze della convivenza sociale, dell'agricoltura, dell'edilizia e delle industrie e altre ne ha aggiunte in relazione alla funzione sociale che è assegnata dal Regime Fascista alla proprietà». Cfr. quanto allora rileva N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 144-148, e anche pp. 174-177, sottolineando come, nella prospettiva dei codificatori, affinché la proprietà privata possa svolgere una funzione sociale, non potrà mai essere intesa quale proprietà 'passiva': «I requisiti della proprietà “attiva” e della sua funzionalizzazione sociale (e alla produzione) sono ampiamente discussi in convegni e scritti pubblicati in riviste di vario genere» (pp. 174-175). Cfr. altresì quanto si legge in G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Giuffrè, Milano 1944, p. 105, nt. 257: «Dell'eventualità che al *dominus* siano imposti obblighi quanto al modo e ai fini del godimento non si può più tacere, dato il deciso orientamento di taluni ordinamenti giuridici verso la c. d. “funzione sociale” della proprietà. [...] Già prima della riforma legislativa il PETRONE [Corrado PETRONE, *Principi di diritto fascista. La proprietà*, Edizioni Conquiste d'Impero, Roma 1938], sulla base della dich. VII della Carta del lavoro,

scriveva che tra i principi del diritto fascista vi è che “la proprietà è un diritto privato e un dovere pubblico” [...]. Il passaggio mi pare significativo, perché mette in evidenza quella tensione tra proprietà privatistica e proprietà pubblicistica che ha poi condotto a un complessivo immobilismo riformatore, e, anzi, a un sostanziale nulla di fatto codicistico, in appresso però ampiamente recuperato in sede costituzionale. Se peraltro consideriamo il testo dell’art. 832 cod. civ., è certamente fondato il giudizio, del resto diffuso (e i variegati materiali preparatori sui quali mi soffermerò nel corso di questa trattazione lo confermano, indirettamente, in ragione della scarsa trasparenza – spesso, di linguaggio, a causa del concettualismo, e di obiettivi, a causa di quel ‘nicodemismo necessitato’ cui mi riferisco poco oltre anche nel testo –, che da essi emerge... in modo piuttosto trasparente: può già qui farsi rinvio a un puntuale rilievo formulato da Giorgio Rebuffa: v. *infra*, nt. 20), che si legge, ad esempio, in G. ALPA, M. BESSONE, *Diritto civile*, Le Monnier, Firenze 1982 (rist.), p. 159: «Non è [...] storicamente corretto affidarsi solo alla formulazione letterale delle norme per sottolinearne le differenze; pur differenti nella loro formulazione, il modello normativo ottocentesco e quello del codice civile vigente non sono così distanti; e la politica legislativa seguita dal codificatore del 1942, se aveva privilegiato la proprietà “dinamica”, nel dettare l’art. 832 aveva seguito, almeno in parte, il modello ottocentesco». Con riferimento, di cui al testo, all’economia corporativa, va incidentalmente rilevato come il corporativismo non possa essere considerato alla stregua di una teoria economica; al contrario, è una dottrina politica. In tema mi limito a richiamare il contributo, assai interessante per più aspetti, di D. CAVALIERI, *Il corporativismo nella storia del pensiero economico italiano: una rilettura critica*, in «Il Pensiero Economico Italiano», 1994, vol. 2, n. 2, pp. 7-49, <<https://mp.ra.ub.uni-muenchen.de/43839/>> (ultimo accesso 27 luglio 2025), e in particolare, ai nostri fini immediati, la sintesi di chiusura: «Sembra difficile, in conclusione, riconoscere al corporativismo italiano lo statuto di un’autentica scuola di pensiero economico. Troppo debole fu il suo spessore teorico e troppo evidenti l’intrinseca povertà e la carenza di originalità dei suoi contenuti scientifici. Nel settore degli studi economici il corporativismo non seppe proporre né una nuova metodologia di ricerca, né una nuova impostazione teorica. L’aspirazione dei corporativisti ad un rinnovamento radicale della teoria economica incontrò un limite invalicabile nella loro mancanza di immaginazione creativa e nella loro incapacità di tradurre in concetti economicamente significativi le istanze innovative di cui si erano fatti portatori. Questo impedì al corporativismo di assumere nel settore degli studi economici quel carattere di autentica rivoluzione che alcuni dei suoi esponenti di maggior rilievo avrebbero voluto conferirgli (e che forse riuscì in qualche misura ad avere in alcuni rami della cultura giuridica), e lo spinse a cercare una più modesta caratterizzazione in una “sintesi trascendente” di altre concezioni teoriche. Il che può essere interpretato come una conferma che una teoria economica corporativa – intesa come sistema organico di conoscenze teoretiche che consentano di interpretare i fenomeni economici, considerati nella loro accezione più ampia – non è mai esistita, e non può quindi trovare posto come tale nella storia maggiore e più significativa (*l’historia maior*) del nostro pensiero

Oltre al commento all'art. 18, si terranno in considerazione (pur tangenzialmente e sullo sfondo) i commenti agli artt. 25 (*Proprietà del suolo e atti di emulazione*: «La proprietà del suolo importa quella di tutto ciò che è piantato o costruito sul suolo. / Il proprietario può fare sopra il suolo qualsiasi costruzione, piantagione od altra opera nei limiti consentiti dalle leggi e dai regolamenti, salvi sempre i diritti spettanti ad altri. Egli però non può fare od intraprendere opera alcuna, che rechi pregiudizio ad altri senza utilità propria») e 31 (*Divieto di immissione*: «Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili derivanti dal fondo del vicino, quando tali immissioni siano l'effetto dell'uso normale che il vicino faccia della cosa propria e non impediscano al proprietario del fondo il normale godimento di esso. / Nella valutazione della normalità dell'uso il giudice deve tenere conto anche delle esigenze e delle necessità dell'industria, contemperandole coi riguardi dovuti alla proprietà. Può tener conto altresì della priorità di un determinato uso rispetto alle proprietà vicine»).

Inoltre, nella prospettiva generale del progetto, tendente, come ovvio, a esaltare la funzione sociale della proprietà privata⁵ (una esaltazione, o co-

economico. La concezione dottrinale di cui ci siamo occupati è qualcosa di diverso: è la teoria economica “del corporativismo”, una teoria che non poteva pretendere di assurgere a sistema generale di conoscenze, perché aveva lo scopo più limitato di formulare i principi regolatori del funzionamento di un particolare assetto organizzativo dell'economia, quello corporativo. È questa la naturale cornice di riferimento entro cui essa deve essere valutata» (pp. 37-38 del pdf).

⁵ Molte indicazioni in C. COSTAMAGNA, voce «Proprietà», in *Dizionario di politica*, a cura del Partito nazionale fascista, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma Anno XVIII E.F. [1940], vol. III (M/Q), pp. 554-558, a p. 556, il quale, sottolineando in particolare come il fascismo abbia dato vita a una nuova nozione di proprietà privata «nazionale e popolare», osserva: «[L]a dottrina fascista [...] da un lato rivendica la proprietà privata in funzione della personalità, mentre d'altro lato essa subordina l'interesse individuale all'interesse unitario della produzione, considerato quale elemento del bene comune della nazione, in coerenza al principio della dedizione della personalità al fine trascendente della comunità nazionale. Per l'appunto, dalla considerazione istituzionale della personalità, implicita al concetto di una dedizione dell'individuo a un fine che lo trascende, deriva il carattere funzionale del diritto [...]. La proprietà privata diventa una “funzione” poiché deve svolgersi in rapporto a un interesse estrinseco a quello del proprio soggetto. Ed è una funzione che merita di essere definita come una “funzione nazionale”, meglio che come una funzione sociale, perché il suo obiettivo concerne non una collettività amorfa e generica qual è l'“umanità” della dottrina individualista, ma il corpo determinato e concreto della comunità nazionale. Si deve attribuire alla inattitudine costituzionale del cosiddetto pensiero

munque una approvazione, piuttosto diffuse, nelle osservazioni, anche se, a volte, è netta l'impressione che lo zelo presente in talune delle osservazioni sia sostanzialmente retorico, e ferma restando, invece, la critica, molto netta, e che quindi merita un richiamo a sé, della Confederazione fascista degli industriali – relatore Luigi Biamonti)⁶, pare possa essere utile un

moderno a concepire l'esistenza di un interesse ultraindividuale e soprattutto a ravvisarlo nella entità della nazione, se esso è venuto meno nello sforzo di riorganizzare l'istituto della proprietà privata e si è smarrito nella elucubrazione negativa di un abuso del diritto e dei "limiti sociali" della proprietà privata». Cfr. allora (anche per alcune significative differenze di presupposti e di risultati) quanto scrive, in un passaggio, G. MEDICI, voce «Proprietà fondiaria», *ibid.*, pp. 558-566, a p. 566: «Il Fascismo, considerando il cittadino non come fine di tutta l'attività sociale, ma come mezzo per raggiungere scopi collettivi, ha portato una profonda rivoluzione anche nel concetto e nelle funzioni della proprietà. L'individuo essendo subordinato alla sovranità dello stato è capace di esercitare il diritto di proprietà, ma non può esercitarlo in forma assoluta, poiché il principio di solidarietà è presupposto ad ogni diritto privato. Pertanto la proprietà non solo non è più intesa come un diritto assoluto, ma è intesa come un mezzo strumentale concesso ai singoli, affinché essi possano meglio contribuire al conseguimento delle finalità a cui tende lo stato. Per questo nel regime fascista la proprietà, e in modo speciale la proprietà fondiaria, non è concepibile senza che ad essa venga riconosciuta una specifica funzione sociale. Ciò è la naturale conseguenza dei principi fondamentali sopra ricordati e ai quali si ispira tutto l'ordinamento corporativo».

⁶ *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, pp. 262-264. Cfr., in particolare, il seguente passaggio: «Al riguardo giova anzitutto ricordare se sia opportuno e tecnicamente ammissibile il richiamo espresso alla "funzione sociale" della proprietà: richiamo che introduce indubbiamente un elemento di incertezza e di difficoltà per l'interprete. Se infatti tale richiamo vuole avere il contenuto e il significato di affermazione di un principio supremo etico-sociale, esso appare quanto meno superfluo, poiché, per l'essenza stessa dell'ordinamento giuridico, specialmente nel clima del Fascismo, tutti i diritti (e non soltanto quelli di proprietà) sono dominati dall'interesse sociale e collettivo, al quale nel sistema legislativo sono coordinati e subordinati. Se invece il richiamo volesse significare una affermazione di più concreta portata normativa, nel senso cioè che l'esercizio del diritto di proprietà sia di fatto legittimo solo se conforme alla cosiddetta funzione sociale di essa, allora occorrerebbe meditare seriamente sulla innovazione che, specie nella forma con la quale l'articolo si esprime, può portare a equivoci pericolosi, e paralizzare addirittura l'attività del proprietario. L'inciso in esame, infatti, potrebbe essere interpretato nel senso che la funzione sociale costituisca condizione essenziale per l'esercizio del diritto di proprietà; e ciò tanto più se si considera che l'avverbio "inoltre", contenuto nel capoverso, può far ritenere che, oltre le limitazioni imposte "dalla legge e dai regolamenti e dai diritti spettanti ai terzi" (l'accenno a questi ultimi appare forse superfluo), la legge abbia voluto consacrare, e in

cenno alla questione del possesso (pur fermo restando che, naturalmente, la lettura del possesso in termini soggettivi o oggettivi non esprime una specifica cifra culturale del fascismo⁷; ma non c'è dubbio che l'accentuazione o l'attenuazione dell'elemento volontaristico abbia, o quantomeno possa avere, evidenti ricadute anche sulla complessiva concezione fascista dei rapporti giuridici), in particolare richiamando appunto la relazione tra

prima linea, altra specifica limitazione, consistente nella suddetta "funzione sociale". Con la conseguenza che l'accertamento di una tale limitazione si concreti in una *quaestio facti*, da sottoporre al magistrato, o magari all'autorità governativa e amministrativa, e da risolversi nei singoli casi sulla base di un principio dai contorni astratti, incerti e soggettivi. Ora, la lettera e lo spirito della Carta del lavoro e le più alte affermazioni della dottrina e della pratica del Fascismo non lasciano alcun dubbio su questo punto fondamentale: che la proprietà deve avere una consistenza giuridica ben definita, se pure contenuta e regolata, nel superiore interesse della collettività nazionale, dalla disciplina generale che domina ogni attività, ogni interesse ed ogni iniziativa privata. Ma con ciò si dice per l'appunto che i limiti del diritto di proprietà devono essere determinati da norme che abbiano vigore nello Stato, il che val quanto dire da quelle leggi o da quei regolamenti, ai quali già si richiama il capoverso dello stesso art. 18» (pp. 262-263).

⁷ Ciò, mi pare, è ben testimoniato dalla circostanza che le osservazioni in riferimento, in particolare, all'art. 522 del progetto («Il possesso è il potere di fatto, che alcuno ha sopra una cosa con la volontà di avere per sé tale potere in modo corrispondente al diritto di proprietà od altro diritto reale. / Ciascuno può possedere o direttamente o per mezzo di altra persona») hanno un tasso di politicità (quantomeno, di politicità diretta) non raffrontabile con quello delle osservazioni all'art. 18 (anche se il versante oggettivo, coerentemente con la prospettiva generale del progetto, prevale su quello soggettivo). Qui possiamo limitarci a richiamare il seguente rilievo, di ROSARIO NICOLÒ, che si legge in *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. III, alle pp. 754-755: «Molto opportunamente il progetto ha mantenuto fermo, dopo una consapevole valutazione critica di altri sistemi, il principio fondamentale, secondo cui il possesso presuppone la coesistenza di un elemento materiale ed obbiettivo (relazione di fatto con la cosa) e di un elemento intenzionale (*animus rem sibi habendi*). [...] Queste considerazioni portano spontaneamente al rilievo che non è esatto includere nella definizione del possesso la menzione dell'elemento intenzionale, perché altrimenti si sarebbe portati a ritenere che la permanenza di quell'elemento è condizione essenziale per la permanenza della situazione possessoria, il che invece sarebbe contraddetto da altre norme come quella sopra ricordata [art. 552], e non contribuirebbe affatto alla linearità e alla chiarezza del sistema. L'art. 522 perciò, se deve ancora continuare a definire il possesso, va semplificato e ridotto alla qualifica del possesso come potere di fatto in modo corrispondente al diritto di proprietà od altro diritto reale, lasciando alla dottrina il compito, del resto assai facile, di desumere dal complesso delle norme quali siano gli elementi essenziali per l'acquisto di quel potere di fatto e per la sua conservazione».

elemento soggettivo ed elemento oggettivo, con significative conseguenze in termini di politica legislativa e di politica del diritto, posto che il peso che voglia attribuirsi all'elemento soggettivo o a quello oggettivo è ovviamente connesso a una visione o individualistica (elemento soggettivo) ovvero sociale (elemento oggettivo) delle 'relazioni proprietarie', con particolare riferimento alle utilità che dalla cosa possano essere tratte, e dunque derivare al possessore⁸.

L'obiettivo di questo mio intervento, dunque, è assai limitato.

In sintesi, darò conto delle linee di fondo e poi di qualche voce o prospettiva dissonante per come emergono, le linee di fondo, dalla 'Relazione al progetto del secondo libro' ('Cose e diritti reali'), pubblicata appunto nel 1937; le voci e le prospettive dissonanti, oltre ovviamente ai consensi (ma, spesso, ripeto, retorici, di facciata – anche perché, se in buona parte non fossero consensi solo appartenenti, non si capirebbe poi la ragione della critica 'tecnica', che, a ben vedere, è anche, o comunque può essere, un modo per occultare una critica di carattere politico: su tutto questo tornerò naturalmente *infra*, anche in termini dubitativi o problematici), dalle 'Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo', pubblicate nel 1938.

Si tratta, a ben vedere, di una ricapitolazione che, inutile per gli storici (e comunque a loro ben nota), può invece avere una qualche utilità, almeno, per i civilisti, i quali sono, nel tempo nostro, soprattutto occupati intorno al problema (che deriva da un'esigenza contestuale, e quindi oggettiva) di ripensare non solo le categorie giuridiche (il passaggio, a tutti evidente – e che si è ormai in larga misura compiuto, suscitando un fisiologico effetto

⁸ Sul punto, va tenuta presente la relazione di GINO SEGRÉ, che si legge in *Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Relazione al progetto)*, cit. nt. 1, p. 199 ss., ma in particolare pp. 199-210: «Il primo problema che si è presentato all'esame della Commissione è quello che fu oggetto di secolari dispute, se cioè, in qual senso e con quali limiti dovesse accogliersi l'elemento subbiettivo nel concetto di possesso. Com'è noto, il sistema possessorio soggettivo, accolto, sia pur con qualche temperamento, dal diritto romano, dal diritto comune e dal nostro, fu sottoposto a vivaci critiche, sia come rappresentazione del concetto in diritto romano, sia come sistema legislativo da preferirsi, ed insigni giuristi vi contrapposero altre dottrine, le quali, pur riconoscendo la necessità almeno di un elemento intenzionale minimo nel possesso, negano però che sia essenziale un particolare animo e tolgono quindi a questo ogni valore come elemento decisivo per distinguere il possesso dalla detenzione. Secondo queste dottrine, il possesso sarebbe dato dal rapporto materiale con la cosa, accompagnate dall'intenzione di volersi trovare in tale rapporto e la detenzione si avrebbe soltanto nei casi in cui il diritto positivo per ragioni pratiche toglie a certi rapporti gli effetti del possesso, benchè concorrano gli elementi necessari a costituirlo [...]» (pp. 199-200).

di reazione: cfr. in particolare quanto osservo *infra* in chiusura, al § 3 –, è quello dalla centralità della fattispecie alla centralità dell'interesse⁹; una va-

⁹ La geniale lezione di un giurista geniale quale fu Rudolf von Jhering è oggi rimeditata e anzi esaltata (potendo così essere pienamente offerta al giurista della contemporaneità) dall'indagine, tanto acuta quanto ammirata, affettuosa e appassionata (e sempre condotta all'insegna del sorriso – un sorriso jheringhiano, vorrei dire), di P. FEMIA, *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, il Mulino, Bologna 2024, *passim*, ma almeno i §§ 49-54, pp. 177-188 (e, dopo averli letti, chiunque di noi capirà, o ricorderà – attingendo alla propria memoria inconscia –, quanto si sia tutti jheringhiani, anche senza saperlo, e anche se, metodologicamente, ci si professi da lui assai lontani); ID., *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, il Mulino, Bologna 2024, *passim*, ma, in riferimento a quanto si dice nel testo, almeno il § 37 («L'interesse oltre il soggetto. Gli effetti riflessi: contro il confinamento nella fattispecie»), pp. 150-153, e in particolare il seguente passaggio: «Nel saggio sugli *effetti riflessi* [...] – una delle tante innovazioni terminologiche che dobbiamo a questo giurista geniale – Jhering avverte ben prima di ogni altro quale fosse il limite cognitivo cui si sottoponeva la dogmatica civilistica [...]: la binarizzazione, la riduzione del significato sociale di ogni interazione in un confinamento giuridico costituito da una fattispecie, dai suoi effetti e da due soggetti che di tali effetti erano destinatari delle conseguenze attive e passive. Ciò che è socialmente complesso, è ridotto a relazione binaria, alle parti del rapporto, isolando tutto il resto nella irrilevanza. Il punto di partenza è pertanto una critica della fattispecie, nel momento stesso della sua costituzione. Il fatto reale che accade nella società, costituito in fattispecie giuridica perde potenza cognitiva, poiché restringe indebitamente il suo ambito epistemico. [...] Una volta che la considerazione del fenomeno giuridico sia costituita riflessivamente, nella considerazione delle sue ragioni pratiche, ecco che le barriere dogmatiche – la scissione giuridica della complessità sociale in relazioni binarie – rivelano la loro inadeguatezza. Non a caso ricorre a distanza ravvicinata il termine isolamento, *Isolierung*, l'impossibile isolamento, impossibile dal punto di vista delle necessità di una scienza del diritto privato che non voglia nascondersi dinanzi alla realtà, eppure comodamente praticato nella teoria della fattispecie e dell'effetto [...]. Jhering ha portato a termine l'impresa, percorrendo le difficoltà del sentiero mai percorso; il prezzo pagato è stato tuttavia non di piccolo momento. Non può essere contenuto entro il processo emotivo-razionale di una soggettività confinata. Tutto è connesso; ogni fatto è indescrivibile unicamente nei confini degli effetti giuridici imputabili ai titolari dei rapporti giuridici, diremmo oggi, dei quali quei fatti costituiscono vicende costitutive, modificative o estintive di rapporti. Ogni fatto ha sempre anche un "effetto di retroazione" [...]» (pp. 151-153; corsivo orig.). E cfr. ora R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi* (trad.it. di R. Racinaro, a cura di P. Femia e F. Mancuso), Castelvechi, Roma 2024. Nel momento in cui scrivo ho sotto gli occhi la consentanea recensione di S. CASSESE, *Se il diritto implica la lotta*, nella 'Domenica' del «Sole 24 Ore», 27 luglio 2025, p. II, dalla quale riprendo in particolare il seguente passaggio: «Nel volume sono anche pubbli-

lutazione degli interessi, e quindi una centralità degli interessi, che, però, passa attraverso la mediazione dei principi: da cui l'intensa opera di concretizzazione giurisprudenziale delle clausole generali e dei principi generali; passaggio, che allora sollecita, ovviamente, il ripensamento dell'intera dimensione sistematico-strutturale degli ordinamenti giuridici, i quali – progressivamente aprendosi, grazie soprattutto al successo, tanto indiscutibile quanto spesso inconsapevole, della comparazione giuridica, e quindi del prospettivismo anche metodologico – richiedono di essere studiati e compresi in chiave funzionale, la sola appagante, anche in termini culturali, se si accettano i presupposti appena indicati), ma soprattutto, appunto, il metodo giuridico, che ha necessità di essere rinvigorito e almeno in parte attualizzato (basti pensare, ad esempio, allo scarso impulso che la dottrina civilistica, e certo non solo italiana, di questi ultimi anni ha manifestato per quel disegno, non solo ambizioso ma perfettamente armonico con l'idea di giuridicità globale, di costruzione di un diritto privato comune europeo: donde la necessità di un pieno recupero di una consapevolezza metodologica tanto comparatistica quanto storica – il che, soprattutto, significa consapevolezza circa la forza trasformativa delle idee; in questo caso idee giuridiche, e quindi *naturaliter* giuspolitiche); e fermo restando che il lavoro del giurista (se di lavoro effettivamente intellettuale si tratti, e se svolto da un giurista-intellettuale, e non da un mero 'specialista della ricerca': l'espressione è di Antonio Gramsci, come riferito qui sotto in nt. 11)¹⁰ può essere

cati altri brevi saggi e conferenze dello stesso autore, tra cui principale quello su “la nascita del sentimento del diritto”, in cui egli critica chi gli attribuiva “l'intenzione di difendere la litigiosità e la mania di far processi”, affermando: “Io mi sono espresso in favore soltanto di un sano, forte sentimento del diritto, che opponga resistenza ai maltrattamenti”. In questo saggio critica la tesi che chiama nativista, secondo la quale l'uomo sarebbe stato dotato del diritto dalla natura stessa, per cui il diritto diventa un “canone eterno”. Invece, per Jhering, nel diritto vi è un progresso continuo. Aggiunge: “Quando consideriamo il tempo passato ci meravigliamo che sapienti come Platone e Aristotele abbiano potuto giustificare la schiavitù; allo stesso modo – ne sono convinto – un tempo che deve ancora venire guarderà a noi e scoprirà nelle nostre istituzioni, nei nostri ordinamenti, una quantità di cose altrettanto stupefacenti, proprio come capita a noi nei confronti dei tempi antichi; ma ciò che è imperfetto è il presupposto di ciò che è perfetto”. Dunque, Jhering ha aperto la strada ad una visione sociologica e storicistica del diritto».

¹⁰ In tema, va visto il brillante saggio di S. CASSESE, *Intellettuali*, il Mulino, Bologna 2021, *passim*, ma qui, in particolare, pp. 20-21: «Intellettuale non è neppure l'uomo di scienza chiuso nel suo campo di studi o nel suo settore disciplinare, prigioniero di un solo metodo. Max Weber, noto per i suoi ampi interessi, dichiarò una volta, a chi gli ricordava la necessità

costruttivo solo a condizione che quest'ultimo sia consapevole¹¹ dell'intrinseca politicità del diritto (consapevole, e quindi ideologicamente orientato, posto che, di fronte alla politica legislativa, e cioè di fronte all'impulso e al disegno legislativi, emerge, in termini fortemente o debolmente dialettici, quando non apertamente conflittuali – e anche qui siamo di fronte a una scelta, cioè a una presa di posizione, da parte dell'interprete: politica, intellettuale, culturale, tecnica e deontologica, contestualmente orientata, e in certa misura necessitata –, la politica del diritto, cioè il diritto costruito, appunto, dagli interpreti, nelle circostanze di tempo e di luogo in cui essi conducono la loro attività e svolgono la loro opera – che è anche un'operazione

di seguire le norme del suo campo disciplinare, “non sono un asino, non ho un campo”. Lo stesso può dirsi del metodo. Conduce a conclusioni ridicole l'idea che l'economista studi con metodo economico, il giurista con metodo giuridico, il sociologo con metodo sociologico, perché non vi sono divisioni metodologiche rigide e spesso è proprio dalla confluenza di più metodi che discendono innovazioni disciplinari importanti [...]».

¹¹ Molte e affascinanti, nonché preziose, indicazioni si leggono ora in E. GARIN, *Il termine 'studioso'* [non datato], in ID., *La scoperta della diversità. Scritti inediti e rari*, a cura di F. Martino, R. Raghianti e A. Savorelli, Edizioni della Normale-Istituto Nazionale di Studi sul Rinascimento, Pisa 2025, pp. 67-70, e in particolare le pp. 67-68: «Il termine 'studioso', anche se meno consunto ed equivoco di 'intellettuale', rimane tuttavia generico ed esposto a confusioni. Ha ricordato qualche anno fa Sartre che uno scienziato che lavora alla fissione dell'atomo, senza preoccuparsi di altro, è un *savant*, e basta. Nel momento in cui si pone il problema degli usi, e delle conseguenze delle sue ricerche, e prende posizione nei confronti dei 'poteri' che intendono servirsene, cercando di influire sulla pubblica opinione e di modificare una situazione, solo allora 'diventa un intellettuale'. Analogamente Gramsci distingue fra gli 'specialisti della ricerca' [e] i 'funzionari delle sovrastrutture'. [...] Quando, invece, si mettano in questione per un verso i rapporti fra ricerca specifica e complesso del sapere, le 'questioni generali', e per l'altro fra ricerca 'scientifica' e sue conseguenze per la società, allora, nel mutare del livello dell'indagine, muta anche la figura dello 'studioso', e quindi mutano la sua funzione e la sua responsabilità. Lo studioso di questo livello, e di questo tipo, ha il compito specifico della chiarificazione 'teorica', nonché della denuncia delle 'parzialità' e delle 'strumentalizzazioni', combattendo, attraverso i mezzi 'critici' di cui è in possesso, gli usi di parte, abnormi e dannosi per l'umanità, di ritrovati 'scientifici' di ogni genere. Non è più, come un tecnico o ricercatore parziale, mediatore, o funzionario subalterno: è scienziato politico, è il 'politico' – è il 'savio' che ha il *dovere-diritto* di intervenire illustrando agli uni, e indicando agli altri, conseguenze e possibilità. È il servitore non di un'egemonia (di parte, di classe), ma della 'ragione', della 'scienza', che a questo livello è sempre 'politica' – è funzionario della 'umanità', e quindi difensore e custode dei 'diritti di libertà'» (corsivo orig.).

culturale)¹².

Orbene, osservavo di sopra che il taglio del presente lavoro può forse essere di qualche utilità, quantomeno, per il civilista. Vediamo meglio perché.

In primo luogo, il fenomeno, e anzi, il già ricordato successo, del diritto ‘per principi’ (contro il diritto ‘per fattispecie’: ma occorre altresì ribadire, come più diffusamente osservo *infra*, al § 3, che tale indiscutibile successo ha già provocato una reazione tendenzialmente proiettata sul versante del recupero della fattispecie, intesa quale sinonimo di certezza, o, comunque di minor incertezza: ciò, in prospettiva intellettuale e culturale, e dunque politica, non è affatto un male, e del resto una siffatta reazione esprime quella vitalità insita negli ordinamenti liberaldemocratici) – fenomeno che, però, va notato, non è affatto la stessa cosa del passaggio, a mio avviso invece auspicabile, in prospettiva jheringhiana, ma certo ad oggi non realizzato, dal diritto ‘per fattispecie’ al diritto ‘per interessi’, che, se non altro, impone al giurista conoscenze trasversali e una provvedutezza metodologica estesa anche all’ambito statistico-sociologico, la quale, per ora, e quantomeno pensando al caso italiano, gli è estranea –, e in particolare il successo di un bilanciamento spesso costruito a partire dal principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., attesta, appunto, che il solidarismo costituzionale, e dunque giuspubblicistico, ha vinto contro l’individualismo giusprivatistico, e dunque contro l’idea di un pieno e rassicurante (in chiave

¹² Come ben noto, tra i giuristi più consapevoli (e direi anche orgogliosi, pure in termini deontologici) della politicità del giurista va annoverato Mario Sbriccoli, che richiamo qui assai volentieri per poter in parallelo richiamare il carteggio, spesso metodologicamente istruttivo, tra lui e Paolo Grossi: P. GROSSI, M. SBRICCOLI, *Carteggio (1962-2004)*, a cura di L. Lacché, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre 2025, <<https://www.quadernifiorentini.eu/biblioteca/144/index.htm>> (ultimo accesso 10 luglio 2025). In riferimento alla traiettoria di questo mio intervento, mi pare particolarmente utile quanto osservato da F. LANCHESTER, *Giuseppe Chiarelli, un innovatore nella continuità*, in ID., *La dottrina costituzionalistica dallo Stato liberale alla Repubblica. Personaggi e problemi*, Wolters Kluwer (Cedam), San Giuliano Milanese (MI) 2024, pp. 153-171, qui a p. 166: «Non è un caso che il suo [di Chiarelli] contributo metodologico riconosca sia la politicità del diritto, sia la necessaria giuridicità del politico, in una unità di intenti rilevabile nella giuridicizzazione del politico sostenuta in quegli anni dallo stesso Costantino Mortati. In questa prospettiva, in polemica con le posizioni di Giuseppe Bottai e con quelle di Costamagna, Chiarelli prospettò con la rivista *Stato e diritto*, condiretta con il lucerino Riccardo del Giudice (1900-1985), sottosegretario proprio al Ministero dell’E.N. e incaricato di Diritto corporativo a Bari, una linea che riconosce la politicità del diritto, ma anche la giuridicità del politico. Una simile posizione costituirà il faro della giovane dottrina giuspubblicistica italiana ed una reazione alla *totalitarizzazione senza limiti*» (corsivo orig.).

espansiva) fondamento costituzionale dell'autonomia privata¹³ (e anche quest'ultimo fattore, di ovvia rilevanza istituzionale, potrà assumere una portata significativa, all'interno di quella progressiva, ma appunto già annunciata e già richiamata, *renaissance* della fattispecie, proprio in un momento storico in cui l'autonomia privata conosce, globalmente, un ampliamento rilevante, ponendosi così in rapporto necessariamente dialettico con quel solidarismo costituzionale appena ricordato, che invece depotenzia gli svolgimenti di quest'ultima).

Se tutto ciò è vero (e non ci sono dubbi che l'ordinamento italiano sia intensamente permeato di solidarismo), non si dovrebbe però dimenticare che il solidarismo costituzionale ha le proprie radici anche (o soprattutto) nella dimensione corporativa, e nemmeno che, a sua volta, la dimensione corporativa italiana (al di là, ovviamente, del contesto, autoritario o non autoritario, nel quale il corporativismo ebbe modo di svolgersi storicamente) non rappresentava per nulla un *unicum*, in quel momento storico¹⁴.

Ora, il fatto che il solidarismo costituzionale derivi dal solidarismo cor-

¹³ Per tutti, v. G. ALPA, voce «Autonomia contrattuale», in *Enciclopedia del diritto, I Tematici, I. Contratto*, diretto da G. D'Amico, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2021, pp. 1-47, e in particolare il § 10 («Il valore costituzionale della libertà contrattuale»), pp. 19-22. Cfr. inoltre i rilievi molto circostanziati e l'ampia discussione che si legge in A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Edizioni di Comunità, Milano 1963, spec. la 'Parte prima', pp. 17-90, e il § 24 («La funzionalizzazione dell'autonomia privata») della 'Parte seconda', pp. 246-252.

¹⁴ Molto interessante è infatti l'accurata ricerca svolta da S. MALPASSI, *La «democrazia economica» americana. Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2022. In prospettiva strettamente italiana, basti pensare alla piena adesione di Tullio Ascarelli al corporativismo: in tema, cfr. l'ampio e illuminante lavoro di A. JANNARELLI, *Asquini, Ascarelli e l'ordinamento corporativo*, Cacucci, Bari 2021. Ma cfr. anche quanto puntualmente osserva RONDINONE, *Storia inedita*, cit. nt. 4, pp. 177-178, e in particolare il seguente rilievo, che si legge a p. 178: «La concreta proposta operativa [di Ascarelli, rispetto al rapporto diritto civile/diritto commerciale] di nuovo non è molto distante da quella di Costamagna, ipotizzandosi in specifico un codice unico del diritto privato limitato a poche regole generali, con compiti praticamente residuali (a differenza dei "centrali" codici ottocenteschi fondati sui presupposti dell'"agnostico" liberalismo economico), da integrarsi con la normativa corporativa "di categoria", atta a fornire la disciplina particolare dei singoli contratti "secondo le varie categorie tra le quali intercorrono" e non più in conformità alla distinzione fra diritto civile e diritto commerciale [e ivi, in nota 112, Rondinone nota come, in questa prospettiva, Ascarelli «fa [...] intendere che la disciplina di categoria avrebbe lasciato ben poco spazio all'autonomia privata contrattuale]».

porativista¹⁵, e il fatto che tutti i solidarismi abbiano un cuore antiliberal (e comunque anti-individuale)¹⁶, pone anche la questione, su cui l'Istituto

¹⁵ Ma è pur vero che lo spazio per una contrapposizione tra solidarismo e corporativismo c'è. Mi limito qui a richiamare C. CURCIO, voce «Solidarismo», in *Dizionario di politica*, cit. nt. 5, vol. IV (R/Z), p. 308: «Antiindividualistica, tale dottrina [il solidarismo] non nasconde, tuttavia, il suo fondamento naturalistico e non dissimula le sue simpatie per il socialismo. Essa si è presentata specialmente come una reazione al libertarismo e alle dottrine estetizzanti dell'individualismo dell'anteguerra e come un tentativo di filosofia della cooperazione. Sotto tale aspetto, benché quasi nulla sopravviva di esso, che pur ha avuto influenze notevoli su alcune teorie giuridiche, come quella del Duguit, il solidarismo costituisce un sintomo della stanchezza della coscienza contemporanea di fronte al disfrenarsi della lotta sociale e politica derivata dai principi del sec. XIX [...]». Cfr., del resto, quanto rilevato, con nettezza, da E. PICOZZA, *Vicende e procedure della programmazione economica*, in AA. VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. I (La costituzione economica), Padova, Cedam 1977, pp. 263-299, alle pp. 264-265: «La prima compiuta esperienza di pianificazione si ha durante gli anni '30. Non si tratta di una esperienza di programmazione globale, anche se non mancano orientamenti in tal senso: basta pensare alla concezione della economia programmatica corporativa. A livello di diritto positivo si trovano organiche pianificazioni di settore. I caratteri fondamentali di tali pianificazioni si possono così sintetizzare: la natura "settoriale" del piano; la strumentazione giuridica di tipo amministrativo, anche se i fondamenti di massima della strumentazione amministrativa vengono fissati da norme di legge; la mancanza di un'organizzazione *ad hoc*, del tipo ufficio della pianificazione o relativo comitato interministeriale. Ed infine, ma di grande rilievo, la constatazione che queste pianificazioni si attuano prevalentemente al di fuori dell'ordinamento corporativo. Le pianificazioni amministrative di settore degli anni '30 lasciano una profonda traccia nell'epoca successiva. Non solo va rilevato che una parte consistente della disciplina normativa in materia è tuttora vigente; ma anche, e soprattutto, vanno tenuti in giusta considerazione i caratteri della originalità e della compiutezza di queste esperienze». Molte altre utili indicazioni e ampi riferimenti stanno ora in K. RÖTTGERS, *Die französischen Sozialismen des 19. Jahrhunderts und der Solidarismus*, in T.S. HOFFMANN, K. HONRATH (eds), *Handbuch Wirtschaftsphilosophie, I. Genealogien der Wirtschaftsphilosophie*, Springer VS, Wiesbaden 2025, pp. 385-405, <https://doi.org/10.1007/978-3-658-27982-0_25> (ultimo accesso 27 luglio 2025).

¹⁶ Tutti aspetti che assai bene emergono da alcune efficacissime pagine di Ugo Coli (e per felice circostanza, il nome di Coli è presente anche nel citato carteggio GROSSI/SBRICCOLI – *supra*, nt. 12 –, a p. 84, in nota 38: ivi, Lacchè riferisce il giudizio, lusinghiero, di Grossi su Coli, e che si legge nella prefazione alla raccolta di scritti di diritto romano di quest'ultimo, pubblicati nel 1973). Mi riferisco a: U. COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata*, apparso nel (bellissimo e molto significativo, ma oggi poco letto) *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Barbèra, Firenze 1950, vol. I, pp. 341-

383, e cfr. in particolare il seguente passaggio, che si legge alle pp. 360-361: «Come si ricava a *silentio* dai lavori preparatori, i costituenti hanno prescisso completamente, nella elaborazione di questi artt. [41-43 Cost.], dall'abbondante materiale di studi e di esperienze fornito dal movimento corporativo del periodo fascista, primo esperimento di economia regolata nel nostro paese. La cosa è tanto più rimarchevole in quanto non mancano punti di contatto fra la dottrina economica cristiana, principale ispiratrice di questi artt., e la dottrina corporativa. Anche la dottrina corporativa, infatti, postulava la subordinazione dell'economia all'etica ed una concezione organicistica, che veniva presentata come un superamento della concezione individualista e della collettivista; dottrina volontaristica anch'essa, tendeva al coordinamento delle forze economiche per il conseguimento di fini extraindividuali, mirava alla conciliazione delle classi e proclamava la funzione sociale della proprietà. Affinità non sorprendenti quando si consideri che la dottrina corporativa risaliva, attraverso il nazionalismo economico suo progenitore, a quella opposizione antiliberal dell'Ottocento, che abbiamo chiamata "conservatrice" e che è la stessa da cui deriva il c. d. socialismo cristiano [...]. Vero è, d'altro canto, che le differenze tra le due dottrine erano profonde, data la diversità delle premesse etico-sociali, dalle quali ciascuna muoveva. L'organismo a cui i teorici del corporativismo si riferivano era lo Stato, non la società, e perciò, dove i cristiano-sociali parlano di fini sociali, essi parlavano di fini nazionali o statali e, dove quelli pongono come obiettivo il bene comune, essi ponevano come obiettivo "la potenza economica della nazione". Inoltre una dottrina che si basa sull'affermazione del valore trascendente della personalità umana non può certo condividere la statolatritia caratteristica del corporativismo. Intorno alla Carta d. l. e in rapporto al nuovo Codice civile si erano svolte a suo tempo discussioni di notevole interesse scientifico, che valeva la pena di utilizzare per la preparazione degli artt. 41-43. Non risulta, invece, che siano state utilizzate. E qui il richiamo al precedente del morto (e ben morto!) corporativismo fascista pone in evidenza la rinuncia della corrente dem.-cr., nonostante la sua preponderanza, a inserire nella Cost. un qualsiasi rimedio ai conflitti fra capitale e lavoro, che è rinuncia al tradizionale programma cristiano-sociale di armonizzamento dei contrastanti interessi di classe. Indubbiamente su questa rinuncia, come sul partito preso di non accettare alcun apporto dell'esperimento corporativo, ha influito la reazione psicologica alla ventennale oppressione politica del regime fascista, reazione che ha improntato tutta l'opera di ricostruzione del nuovo Stato democratico e quindi anche la preparazione della nuova carta costituzionale. Comprensibile reazione, che ha assunto l'aspetto di una vera *damnatio memoriae*. Oggi, si spera, i tempi sono ormai più che maturi per andare ben oltre una *damnatio memoriae* che, se praticata, si rivelerebbe, come sempre, un ostacolo alla conoscenza. In questa linea, molto hanno naturalmente contribuito gli studi di Sabino Cassese: qui mi limito a rinviare a S. CASSESE, *Riflessioni sui miei studi sul fascismo*, in «Nomos. Le attualità nel diritto», 2/2017, pp. 1-8, <<https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/saggi/sabino-cassese-riflessioni-sui-miei-studi-sul-fascismo/>>. Da vedere altresì la brillante trattazione di M. CAU, «*Grufolare ancora in un passato maledetto*». *Il discorso sul corporativismo dopo il*

Emilio Betti' si è già, tangenzialmente, interrogato, ma che, a mio avviso, andrebbe direttamente studiata, del rapporto – come sempre tra continuità e discontinuità¹⁷ (e se, ovviamente, è un errore enfatizzare unilateralmente

fascismo (1943-1953), in «Rivista storica italiana», 1/2019, pp. 306-332. Il pdf dell'articolo (pp. 1-20), è liberamente accessibile qui: <<https://cris.fbk.eu/retrieve/9c00cac7-4fa2-4dc2-902f-805dd99b767c/Cau-2.pdf>> (ultimo accesso 7 agosto 2025).

¹⁷ Ha osservato con ragione Pietro Rescigno: «Bisogna intanto dare atto al legislatore del codice, o meglio alla generazione di giuristi che contribuì all'elaborazione del testo resistendo a pressioni ed attese, di aver rifiutato la formulazione dei principi generali di diritto, e di avere altresì respinto l'inserimento nella trama del codice civile di affermazioni che al disegno appartenevano. Al Codice civile rimase estranea la “funzione sociale” della proprietà che ritroviamo nella norma della Costituzione e che di per sé sola non basta per certo a fornire una guida illuminante per capire il senso, l'evoluzione e il destino dell'istituto» (P. RESCIGNO, *Cinquant'anni dopo il Codice civile*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio – Napoli, gennaio-novembre 1996*. Atti, Editoriale Scientifica, Napoli 1998, pp. 423-437, a p. 436). In prospettiva più ampia, e con particolare riferimento al rapporto continuità/discontinuità di cui faccio qualche cenno nel testo, va ovviamente richiamato, in primo luogo, il fondamentale volume collettaneo, in due tomi, dal titolo *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», vol. 28, 1999. Altresì di riferimento il ben noto studio di S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, il Mulino, Bologna 2016, <<https://www.darwinbooks.it/doi/10.978.8815/326546>> (ultimo accesso 7 agosto 2025). In un articolo equilibrato e ricchissimo di documentazione, A. RIDOLFI, *I “decostituiti” de “La Sapienza”: Santi Romano, Maurizio Maraviglia e Carlo Costamagna*, in «Nomos. Le attualità nel diritto», 3/2017, pp. 1-27, <<https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/andrea-ridolfi-i-decostituiti-de-la-sapienza-santi-romano-maurizio-maraviglia-e-carlo-costamagna/>> (ultimo accesso 4 agosto 2025), ricorda la ‘continuità necessaria’, non certo esclusiva dell'ambiente accademico, anzi generalizzata: «Le epurazioni in ambito universitario si inseriscono nell'ambito del processo di epurazione del personale burocratico e amministrativo, avviato dal Governo Badoglio con il r.d.l. n. 29/B – che prevedeva l'allontanamento di tutti i dipendenti che avessero ricoperto cariche nel P.N.F.7 –, e poi proseguito dal Governo Bonomi con il d.lgs.lgt. n. 159/1944, definito, non a caso, la *Magna Charta* dell'epurazione politica. È opinione comune che le epurazioni in Italia siano sostanzialmente fallite in tutti i settori. Tra le cause che hanno portato allo svuotamento di esse va considerata, in primo luogo, l'Amnistia varata dal Guardasigilli Togliatti per scopi di pacificazione nazionale, la cui applicazione portò alla scarcerazione di molti esponenti del Regime, finanche quelli imputati di gravissimi reati. Un ruolo fondamentale nel freno delle epurazioni è stato svolto, inoltre, anche dall'autorità giudiziaria, che, nell'ammettere prima l'impugnazione delle pronunce dell'Alta Corte di Giustizia, e poi nel riformarle, ha contribuito a far naufragare numerosi procedimenti. Questo sostanziale fallimento risulta molto evidente non solo per quanto

le continuità, è altrettanto erroneo escluderle radicalmente, quando dalle fonti – e tra le fonti c'è anche la cultura, la mentalità, e, in senso più ampio, il contesto culturale che caratterizza un determinato momento storico – emergano elementi che vanno in senso opposto alle aspettative o alla sensibilità del ricercatore)¹⁸ –, all'interno della categoria, appunto molto ampia e variegata (e che, come tale, ben può presentare contraddizioni, o, meglio, svolgimenti non lineari), del solidarismo, tra solidarismo corporativista e solidarismo costituzionale, nonché, in particolare, la questione del delicato passaggio dal solidarismo corporativista al solidarismo costituzionale (per poi ulteriormente distinguere le varie fasi tanto del solidarismo corporativista quanto del solidarismo costituzionale).

Ma, appunto riprendendo il cenno di cui sopra circa la possibile utilità di questa veloce ricognizione ai fini dell'attuale lavoro del civilista, essa potrebbe anche servire nella prospettiva della discussione intorno alla riforma del codice civile. Discussione, anch'essa, non casualmente, venutasi presoché a esaurire dopo un brevissimo periodo iniziale di entusiasmo programmatico.

C'è, naturalmente, un aspetto in comune tra l'inacidimento della pulsione codificatoria europea e di quella italiana, e direi che è il seguente, ed è duplice: da un lato, il successo, in questa prospettiva beffardo, della critica rivolta alla fattispecie ha indebolito la stessa idea di codificazione (nonché l'esigenza di ricodificare); dall'altro lato, l'idea di diritto globale e di globalizzazione giuridica ha a sua volta indebolito l'idea di un codice nazionale. Entrambi questi due aspetti sono innegabili (ma non mi pare, in verità, che possano essere unilateralmente assunti in senso critico, anche se hanno prodotto conseguenze, a mio avviso, invece criticabili); e tuttavia non sono una buona, o comunque così persuasiva, ragione per contrastare tanto il processo di codificazione eurolunitaria, quanto il processo di ricodificazione

riguarda la magistratura, ma anche per quanto riguarda gli apparati militari e di sicurezza, e la stessa Università non fa eccezione in questo senso – si parla, non a caso, di continuità necessaria [qui il riferimento è a G. MONTRONI, *La continuità necessaria – Università e professori dal fascismo alla Repubblica*, Mondadori Education, Milano 2016] –, a maggior ragione visti alcuni emblematici casi di docenti esponenti di primo piano del Regime, incredibilmente riabilitati in seguito».

¹⁸ Sicuramente di conforto le seguenti parole di Paolo Grossi (tratte dal *Carteggio GROSSI/SBRICCOLI*, cit. nt. 12): «Rifuggiamo dalle conclusioni nette, suggestive, brillanti, che certi presunti canoni interpretativi ci invogliano ad assumere, e guardiamo piuttosto con umiltà al dato storico, lasciando concludere le fonti e tralasciando di imporre noi una conclusione ad esse» (p. 75).

italiana. Anzi, dovrebbe essere considerata, questa, una eccellente occasione per mettere a frutto, tanto nel linguaggio giuridico, quanto nella metodologia giuridica, ciò che, soprattutto negli anni a noi più vicini, è risultato essere il frutto di una riflessione mossa da apprezzabili ambizioni innovative (le quali solitamente emergono quando si distoglie lo sguardo dal proprio ambito, e ci si volge altrove, così tenendosi a una certa distanza di sicurezza da quegli specialismi della ricerca di cui sopra), e che non dovrebbe essere invece visto, magari pure con qualche scetticismo (quando non con irritazione), come un insieme (magari pure confuso, o inconcludente) di mere *ideas in the books*¹⁹.

Al contrario, questo innegabile arricchimento culturale e queste idee metodologiche (che, al contempo, esprimono quella esigenza di profondo rinnovamento prima richiamata) dovrebbero trovare pratica e piena attuazione legislativa, all'insegna, aggiungerei, della massima recezione possibile. Il che significa, ovviamente (e soprattutto), prendere le distanze da una dogmatica civilistica senza dubbio nobile, in chiave storiografica, ma, sotto molti aspetti, ormai (e comunque, al momento) sorpassata, perché non in grado di esprimere la fenomenologia giuridica della contemporaneità (peraltro, il rinnovamento metodologico non è, di per sé, incompatibile con una professione di fede nella fattispecie, né è una sconfessione di quest'ultima: una dogmatica rinnovata può benissimo marciare al fianco di fattispecie rinnovate, o comunque ripensate, che è poi il senso complessivo del movimento del diritto, sempre a cavallo di continuità e discontinuità): non è questa, infatti, la voce di una dogmatica in grado di farsi ascoltare oggi, e quindi deve essere ricalibrata, onde evitare che la dogmatica giuridica in sé venga svilita e trattata alla stregua di quella astuzia giusargomentativa non lontana dall'idea, deteriore, di 'scaltrezza avvocatessa', che ovviamente conduce dritti alla degenerazione della forma giuridica, che è strumento di rappresentazione della fenomenologia giuridica, in formalismo giuridico, sempre da avversare, perché strumento occultatore dei reali interessi in gioco²⁰.

¹⁹ Molte sono quelle che ad esempio si leggono in Th. KUNTZ, P.B. MILLER (ed. by), *Methodology in Private Law Theory. Between New Private Law and Rechtsdogmatik*, Oxford Univ. Press, Oxford 2024.

²⁰ In tema, mi paiono calzanti i seguenti rilievi (prevalentemente riferiti al diritto pubblico, ma estendibili a pressoché ogni ambito giuridico) di G. REBUFFA, *La Costituzione impossibile. Cultura politica e sistema parlamentare in Italia*, il Mulino, Bologna 1995, p. 134: «[L]a ragione vera della fuga dalla coraggiosa ricerca istituzionale di molti giuristi è un'altra. Ed è che vengono alla luce, di fronte ai problemi, prima di tutto teorici, che pone una radicale ri-

Una riforma del codice civile – dicevo qui sopra –, a mio avviso, è urgente; e ciò tenendo innanzitutto presente che non mancano, anzi, sono aumentati, negli ultimi anni, i contributi programmaticamente mossi da consapevolezza metodologiche evidenti e lineari, nel segno di un pluralismo metodologico che trova un solido sostegno soprattutto nella sociologia²¹,

scrittura di un intero sistema costituzionale, gli antichi limiti e i tradizionali vizi della cultura giuridica nazionale: il concettualismo privo di riferimenti storici, l'attenzione alla forma del testo anziché all'obiettivo istituzionale, una sottovalutazione costante dei meccanismi di tutela dei diritti individuali. Tutto ciò porta a pensare che il limite di fondo della cultura giuridica italiana di fronte a profonde trasformazioni di regime, si trovi ancora una volta nell'assenza di un linguaggio e di un impianto teorico capace di descrivere realisticamente le trasformazioni e di proporre nuove e solide architetture costituzionali»; p. 95: «Venne costruito così un diritto pubblico che, credendo di imitare il formalismo geometrico del diritto privato, travestì le dinamiche istituzionali in problemi esegetici. [...] Veniva da questa impostazione il fastidio, per non dire il disprezzo, per i sistemi giuridici che non fossero fondati sui concetti e sugli istituti e che procedevano per casi, che davano cioè una garanzia dei diritti, non una garanzia delle definizioni»; p. 96: «La conseguenza del “metodo giuridico” fu quella di trattare l'ordine costituzionale, come un teorema; e di discutere in aula secondo gli schemi tecnico-avvocatizi di chi pensa alla legge scritta come strumento per risolvere problemi (cruciverba, come talvolta confessa anche oggi qualche avvocato-professore), non come modelli per indirizzare, modificare, determinare i comportamenti dei membri della comunità e degli attori istituzionali. Insomma: tutti erano ipnotizzati dalle geometrie del “sistema”. [...] In sintesi la tradizione giuridica italiana aveva concetti al posto di esperienze, categorie esplicative generali, anziché precisione di meccanismi; ma soprattutto statualismo anziché individualismo».

²¹ Va senz'altro visto R. LEROUX, Th. MARTIN, S. TURNER (ed. by), *The Future of Sociology. Ideology or Objective Social Science?*, Routledge, London 2023, e la recensione che vi dedica FRANCESCO DI IORIO, in «Philosophy of the Social Sciences», 2025, vol. 0(0), pp. 1-24, <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/00483931251336775>> (ultimo accesso 5 giugno 2025), il quale opportunamente sottolinea come la ricerca di oggettività da parte della sociologia sia una, direi, fisiologica reazione a un eccesso (ma per nulla nascosto) di ideologismo, non già di ideologia: e l'ideologismo si rivela spesso essere veicolo di falsificazione storica, e quindi di incomprendimento della realtà (incomprendimento tendenzialmente colposa, ma che può essere anche dolosa). A veder bene, questa discussione in atto dovrebbe essere di incoraggiamento per il giurista. Il quale, invece, è ancora prigioniero del sistema e della sistematica, come se il diritto fosse una realtà oggettiva in quanto realtà normativa (cfr. *infra*, nt. 85), e non la realtà risultante da un costante conflitto tra interessi, che portano a mettere in primo piano la dimensione, e cioè la rilevanza, sociale di tale conflitto, prima di poter essere risolto, sussumendolo in una disposizione, ovvero in una fattispecie astratta. Del resto, un giurista celebre per il ‘metodo tipologico’ professato [al-

ludo, ovviamente, a Tullio Ascarelli: in tema, v. almeno G. FERRI *jr*; M. STELLA RICHTER *jr* (a cura di), *Tullio Ascarelli e il metodo tipologico*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2022] era al contempo ben convinto che «si deve spesso tenere conto delle premesse implicite dei vari istituti, o dei vari sistemi giuridici dei vari paesi, seppure non chiaramente enunciate dagli autori nazionali. Il legislatore, come l'interprete, ha sempre presente una determinata situazione di fatto, un determinato conflitto di interessi, un determinato orientamento generale. Questa osservazione permette ricordare un fenomeno di più vasta portata, e cioè il diverso campo di applicazione nei vari paesi delle regole sociali e di quelle di diritto positivo. È perciò che, nel confrontare il diritto dei vari paesi, si deve tener conto anche delle regole morali e sociali di condotta, e della possibilità che gli stessi rapporti trovino in un paese la loro disciplina di diritto positivo, ed in un altro invece in regole sociali. [...] Studiare il diritto, senza prendere in considerazione le norme sociali, significa esaminare solo una delle due facce di una medaglia»: T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in ID., *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano 1949, pp. 3-40, alle pp. 29-30. Si può allora aggiungere che i giuristi, e dunque il diritto, dovrebbero derivare un po' di quel 'troppo' di 'politica' che è venuto a progressivamente caratterizzare la sociologia, nella convinzione metodologica che il diritto (come del resto ogni osservazione e ogni teorizzazione intorno alla realtà umana) ha necessariamente la propria origine nella politica, intesa come esigenza di convivenza tra esseri umani, e che, il diritto (come la stessa sociologia, del resto), non è una modalità di lotta partitica (perché, allora, il legittimo spazio dell'ideologia e della militanza ideologica, che non sono un male, se trasparenti e intellettualmente oneste, viene indebitamente occupato da quell'ideologismo che, invece, è, tendenzialmente, se non falsificazione, occultamento di una realtà, di cui si nega l'esistenza pur vedendola, che è un altro modo per approdare a una falsificazione, non certo in senso popperiano, ma in senso materiale, descrittivo e ricostruttivo). E dunque, quel 'di più' e di 'improprio' appena richiamato, presente nella sociologia, ben potrebbe trasmigrare nel diritto, sì che quest'ultimo possa divenire a pieno titolo scienza di interessi e non scienza di norme: dunque, un diritto che assume (o che torna a assumere) una ben riconoscibile veste istituzionale, e che guarda alla regola giuridica (qualunque ne sia la fonte) in costante dialogo, se non con le norme sociali, con gli interessi, individuali e sociali, presenti all'interno di quel contesto sociale che proprio l'attenzione prestata alla dimensione istituzionale dovrebbe offrire, in termini aggregati, all'attenzione del giurista. Al proposito, vanno ora viste le ricche considerazioni metodologiche (nonché le indicazioni bibliografiche) che si leggono in M. LIBERTINI, voce «Abuso di potere e interesse sociale», in *Enciclopedia del diritto, I Tematici, IX. Società*, diretto da C. Angelici, con G. Ferri *jr* e M. Stella Richter *jr*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2012, pp. 1-12, in particolare il § 8, pp. 8-10, e specialmente il seguente passaggio, che si legge alle pp. 8-9: «In linea generale, l'istituzionalismo giuridico, che aveva celebrato i suoi successi nella prima metà del secolo XX, sembrava dimenticato negli ultimi decenni del secolo. La visione complessiva della società civile (e della politica) era occupata dalle teorie contrapposte dell'individualismo e della lotta di classe di matrice marxista. Negli

da intendersi quale indispensabile metodo epistemologico, e quindi di comprensione della realtà, e quale indispensabile metodo di analisi effettivamente rispettoso della pluralità del reale.

ultimi decenni del secolo, com'è noto, le teorie marxiste sono entrate in crisi e, per qualche tempo, l'individualismo (metodologico, ma anche, per alcuni, radicale) è rimasto padrone del campo. La reazione a questo orientamento è iniziata sul terreno dell'analisi politologica, con l'opera di March e Olsen (1989), volta a criticare gli assunti della *Public Choice Theory*, e quindi l'autosufficienza delle analisi della politica come insieme di scelte razionali egoistiche dei diversi attori politici e a rivalutare, nella comprensione dei fenomeni, il peso reale delle istituzioni, formali e informali. Pur tra alterni contrasti, questo "ritorno delle istituzioni" nelle scienze sociali è proseguito negli anni successivi, fino ad essere ritenuto, sul piano filosofico, strumento essenziale (anche se non autosufficiente) di comprensione della società umana in generale. In questa visione si rivaluta l'essenzialità delle *regole* e del *potere*, come elementi necessari per il funzionamento delle istituzioni e si sottolinea il ruolo di queste come strumenti di contenimento fra stabilità (al di là del variare degli individui impegnati nell'organizzazione) e divenire (le istituzioni come strumenti di governo di un'attività, come tale suscettibile di mutamenti nel tempo). In tale contesto, l'istituzionalismo è stato riscoperto, a livello teorico, anche nel campo del diritto, insieme con la rivalutazione dell'istituzionalismo giuridico classico del primo Novecento (Hauriou, Romano). La ragione di fondo di questa rivalutazione è vista nella esigenza di ancorare le analisi giuridiche ad una corretta ricostruzione tipologica della realtà, che tenga conto della irriducibilità di questa ad un gioco non cooperativo tra individui. Questa ripresa di orientamenti istituzionalistici si è riflessa anche nel diritto societario, in particolare nella dottrina inglese. Peraltro, se l'ispirazione fondamentale di questo orientamento sta nell'esigenza di ancorare le analisi giuridiche a corrette ricostruzioni della realtà sociale, si deve riconoscere che, se una visione della realtà come insieme di organizzazioni pluripersonali variamente cooperanti o confliggenti è oggi parzialmente messa in crisi, per tanti aspetti, dalla rivoluzione comunicativa originata da internet, tale visione rimane tuttora valida per il mondo delle imprese: queste continuano ad essere, su un piano sociologico – anche per la pressione dell'ambiente concorrenziale in cui normalmente operano – organizzazioni solide (e variamente cooperanti o confliggenti); in altri termini, organizzazioni in grado di permanere, nella vita sociale, con una loro identità, pur nel mutare degli individui che operano al loro interno. L'analisi sociologica non può essere utilizzata in modo deterministico, per giungere a conclusioni giuridiche. Tuttavia, se si riconosce che le organizzazioni, pubbliche o private, sono un dato della realtà, è ragionevole pensare che la costruzione delle norme giuridiche governanti questi fenomeni debba giovare di soluzioni specifiche loro destinate, anziché cercare di adattare norme tradizionali dettate a tutela della proprietà e dei contratti di scambio. È questa la base teorica su cui si innesta la proposta di elaborare una serie di norme appropriate a disciplinare gli atti delle organizzazioni, con la possibilità di individuare regole comuni al diritto delle organizzazioni pubbliche e private» (corsivo orig.).

Dunque, un metodo, quello giussociologico, fin da subito in contrasto con il classico metodo giuridico improntato alla costruzione di tipi legali tendenzialmente troppo rigidi cui ricondurre, attraverso la tecnica della sus-sunzione, la fattispecie concreta. (E si potrà forse non inopportuno accostare a tutto ciò una ripresa di interesse, non solo in Italia, per l'apporto metodologico di Feyerabend, e in generale per questa singolare figura di studioso, che invece, nel recente passato, era stata spesso messa ai margini, quasi fosse un esempio di bizzarria epistemologica e di inconcludenza metodologica). Peraltro, una conciliazione tra metodologia giussociologica e diritto per fattispecie non è impossibile²².

Ecco che, allora, riprendere certe discussioni anche remote può essere utile, se non altro per sottolineare come le resistenze ad aprire il codice ai principi e alle clausole generali, fossero diffuse anche allora. Ma per una ragione ben precisa (se ci fosse bisogno di conferma): la questione è tutta, e sempre, profondamente politica: non si è contro le, o a favore delle, clausole generali per ragioni tecniche; lo si è per ragioni politiche. Metodologicamente, quindi, non è affatto corretto formulare l'equazione 'clausole generali = arbitrio giudiziario'. Tutto dipende dal modo in cui quella clausola generale, o quella formula, sarà poi applicata; a partire da quali premesse assiologiche dell'interprete e in vista di quale scopo di tale applicazione. Qui, è chiaro, c'è lo spazio, ben visibile e ben delimitato, del rapporto tra tecnica e politica, nella chiave del dialogo e della dialettica (ovvero del conflitto) tra le diverse 'fonti di produzione e di applicazione' del diritto, in riferimento, appunto, alle strettamente connesse fasi (spesso sovrapposte o comunque sovrapponibili) della produzione di norme e dell'applicazione di norme. Qui sta l'*ubi consistam* della 'politica dell'interprete', che naturalmente può assumere contenuti diversificati, e qui, dunque, in parallelo, emerge il problema del rapporto tra la politica degli interpreti e la politica

²² Oltre a quanto rilevo brevemente *infra*, testo e nt. 24, richiamo qui una considerazione preziosa di Giovanni Tarello, a proposito della 'sociologia giuridica formalistica': «È possibile che un certo grado di formalismo di origine giusculturale sia inevitabile quando si analizzano le funzioni sociali di istituti giuridici particolari nel quadro di una concezione per cui Stato e diritto non sono specificamente peculiari di un sistema di produzione ma sono "concetti" di riferimento e, come tali, astorici; ma quest'ultima concezione è necessaria, o per lo meno molto utile, alla prospettazione di ipotesi di sviluppo riformistiche (non rivoluzionarie): non a caso la più tipica sociologia giuridica di un marxista riformista, quella di Karl Renner, presentò in massimo grado i caratteri del formalismo. [...] Chi scrive non crede che "riformismo" valga ingiuria» [G. TARELLO, *Sulle istituzioni (giuridiche) dell'economia capitalistica*, in «Politica del diritto», 1975/2, pp. 261-272, a p. 270].

socio-ordinamentale del legislatore (da cui la consequenziale esigenza di stabilità ordinamentale), che in questo senso diviene *naturaliter* politica istituzionale, che come tale deve rappresentare una garanzia ordinamentale in termini di liberaldemocrazia.

Le ‘osservazioni e proposte’ esprimono (pur con accenti diversi, e naturalmente tra retorica, compiacimento, nicodemismo, insincerità, sincerità, schiettezza) spesso tutte queste molteplici preoccupazioni (dovendo peraltro esse muoversi con cautela e circospezione trascorrendo dal piano politico al piano tecnico, e viceversa, salvando il più possibile la scelta politica e polemizzando il più possibile con la tecnica redazionale: ma si tratta, ovviamente, di una – ben comprensibile – strategia argomentativa, o, come appunto direbbe Tarello, di una operazione culturale); preoccupazioni, che sono anche, almeno in certa misura, una vera e propria resistenza, a volte, appunto, espressa con difficoltà, ambigualmente, proprio perché si tratta di preoccupazioni prima politiche che giuridiche, e si vengono dunque a situare nel punto esatto di intersezione tra la tecnica giuridica e l’ideologia di un regime autoritario.

Oggi, al contrario, la società aperta nella quale tutti noi viviamo come persone e operiamo come giuristi rappresenta un contesto politico opposto, e in questo senso è del tutto comprensibile, e condivisibile, che quel pluralismo liberale alla base della nostra società sia messo a frutto in primo luogo da una giurisdizione dialetticamente dialogante con le altre fonti del diritto, nell’idea (ovvia, ma mai sufficientemente ripetuta) che il diritto è un prodotto sociale, è un’impresa collettiva, è un carattere fisiognomico della dimensione sociale (un carattere che, se si segue l’affascinante prospettiva di Warburg²³, assai utile anche il diritto, non rappresenta la sconfessione né del metodo tipologico, né della fattispecie, operando esso, invece, al fine di individuare, alla stregua di una formula iconografica, quelle idee generali che, proprio in quanto concretamente affermatesi, esprimono il complessivo assetto sociale, e quindi ordinamentale, rappresentando così un fattore di stabilizzazione e di stabilità istituzionale, proprio perché è a partire da esse e sulla base di esse che si svolge l’affascinante, vorrei dire anche in senso metafisico, e irrinunciabile operazione del giudizio – del resto, è l’intero ‘diritto’ a essere, riandando con la mente al volume di Alessandro Peckel, ‘giudizio costante’: il diritto come giudizio costante, appunto; e giudi-

²³ Qui basti il rinvio a un contributo molto chiaro di S. SETTIS, *Aby Warburg, il demone della forma. Antropologia, storia, memoria*, in «La Rivista di Engramma», n. 100, settembre/ottobre 2012, <https://www.egramma.it/eOS/index.php?id_articolo=1139> (ultimo accesso 15 luglio 2025).

care significa necessariamente circoscrivere, dunque individuare dei limiti)²⁴.

Ancora un'osservazione, per concludere questa veloce panoramica iniziale di raccordo, di nuovo a cavallo tra continuità e discontinuità.

Spigolando, appunto, qua e là tra i lavori preparatori che costituiscono l'oggetto specifico di questo mio intervento e che hanno poi condotto al terzo libro del codice civile, emerge una linea, di fondo e di sfondo, che mi pare, al contempo, problematica e interessante²⁵, perché c'è, in essa, una buona dose di nicodemismo ideologico²⁶ che (sbaglierò, ma), insisto (ed

²⁴ Cfr. M. ORLANDI, *La fattispecie nascosta*, in *Per Cesare Ruperto nel centesimo genetliaco – Studi*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2025, pp. 395-409, qui a p. 405: «La scienza dei tipi si rivela così anche tecnica del limite. Criterio, in forza del quale tagliare il confine del tipo e distinguere forma da forma; condotta da condotta. Si costruisce per questa via, con certezza e rigorosa lena, una sistematica dei tipi [...]».

²⁵ Sono assai calzanti le considerazioni di U. MATTEI, *La proprietà*, 3ª ed., a cura di A. Quarta, E. Ariano, R.A. Albanese, A. Coucourde, M.W. Monterossi, A. Vercellone, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Wolters Kluwer Italia (Utet Giuridica), Milano 2025, pp. 104-117; in particolare, con riferimento alla nozione di funzione sociale fascio-corporativista, cfr. quanto si legge alle pp. 108-109: «La storia solitamente narrata è quella per cui la funzione sociale, vicina all'ideologia fascista e menzionata dallo stesso Mussolini, non sarebbe riuscita a penetrare nel Codice per una resistenza (di matrice liberale) della civilistica italiana, raccolta nelle facoltà di Giurisprudenza. In realtà, le cose andarono diversamente e fu la stessa concezione fascista della proprietà a respingere finalmente la funzione sociale, come nozione a un tempo rafforzativa dell'individuo nei confronti dello statalismo corporativo e troppo vaga per esprimere l'essenza precisamente coercitiva delle norme corporative. La funzione sociale nella concezione di Duguit, cioè quella più vicina al dibattito della civilistica italiana era, infatti, nozione ben scarsamente rivoluzionaria, seppure per una "rivoluzione passiva" come quella fascista. Si trattava, invece, di rendere coerente la nozione di "proprietà privata" con quell'accrescersi delle funzioni dello Stato e della regolamentazione pubblicistica che caratterizzò l'occidente industrializzato all'inizio del nostro secolo e che coinvolgeva la proprietà privata più di ogni altra nozione civilistica, facendo sfiorare il ridicolo alle definizioni roboanti sull'assolutezza, sui poteri e sulla sovranità del titolare. Era, in altre parole, necessaria un'opera di rafforzamento e di rilegittimazione della proprietà privata, ché la sua difesa massimalistica, culturalmente fondata sull'idea liberale della sovranità individuale adatta forse a una società borghese monoclasse, non aveva nessuna possibilità di reggere allo scontro con la macchina dello Stato. La via della funzione sociale e dell'indicare la coerenza ultima fra il disegno dello stato regolamentatore e quello del privato "funzionalizzato" pareva a Duguit la strada più percorribile».

²⁶ Mi pare che ciò possa emergere dalla seguente osservazione: «Il secondo libro del progetto del codice civile richiama fortemente l'attenzione, per un certo surrealismo che informa specialmente i primi articoli. Vari, come accade di fronte ai supremi cimenti della

vita, sono i commenti e le osservazioni. Alcuni, ad esempio il Sindacato milanese, coraggiosamente affermano che la progettata impostazione segna un regresso nei confronti degli orientamenti moderni del diritto; altri, cominciando con lodi di convenienza, seminano il cammino di sostanziali obiezioni; ed infine, vi è chi loda in maniera confusa e imbarazzata»: C. CRISTOFARO, *Cose e diritti reali nel progetto del codice civile*, in «Il Foro italiano», 1938, V, cc. 116-120, a c. 116. Peraltro, l'a., avvocato del Foro di Roma, non è affatto un critico della funzione sociale della proprietà privata, al contrario: «Dippiù, appare con qualche timido accenno nel nuovo codice in progetto la lodevole e non mai abbastanza lodata cura di preparare l'avvento a un diritto funzionale, che è in stridente contrasto con le inutili e pericolose cristallizzazioni dei primi articoli» (c. 120). Anche leggendo uno dei primi commenti al libro della proprietà (approvato con regio decreto 30 gennaio 1941, n. 15), si ha l'impressione che l'a. si muova (senza, però, quell'armonia che in questo caso parrebbe essere richiesta da una minimale coerenza ideologica) tra proclamazioni di principi (e di principio) e affermazioni più caute, e soprattutto non in linea con la generale idea di funzionalizzazione dei diritti soggettivi, insistendo egli, in particolare, sulla subordinazione dell'interesse individuale a quello collettivo (anzi, anche da questo punto di vista non pare che tutto si tenga, all'interno del corporativismo fascista: saremmo davanti a una proprietà tra capitalismo e collettivismo/marxismo, onde evitare «due estremi egualmente pericolosi»), ma poi affermando pure che la proprietà «è il completamento necessario della persona umana. Il legislatore può limitare non sopprimere il diritto di proprietà. Secondo taluni interpreti, la proprietà è un male, perché è la causa di tante guerre. Ciò non è esatto. La proprietà non soltanto ha ispirato le prime idee di giustizia e di morale, ma ha ingenerato negli uomini il desiderio e la gioia del lavoro ed ha assicurato ai medesimi l'indipendenza economica. Il legislatore deve riconoscere e difendere la proprietà, perché dessa costituisce la base fondamentale, sulla quale s'inalza la grandezza e la prosperità dello Stato. Le cose divengono in potere dell'uomo mezzi animati dagli scopi cui servono, e cessando di essere impersonali, rappresentano le determinazioni della volontà. L'uomo ha una proprietà connaturale ed un'altra acquisita. La prima è la proprietà nella sua persona, l'altra nel prodotto delle sue potenze. Il carattere comune di ogni proprietà è riposto nella connessione di una cosa con il principio personale. La connessione è duplice: fisica e morale. L'ordine corporativo non solo riconosce, ma rispetta e rinsalda il principio della proprietà privata, considerandola come il completamento necessario della personalità umana. Mette però in particolare risalto che se la proprietà è un diritto è anche un dovere, in quanto la proprietà privata deve essere intesa in funzione sociale. Non dunque la proprietà passiva, ma la proprietà attiva che non si limita a godere i frutti della ricchezza, ma li sviluppa, li aumenta, li moltiplica. La proprietà privata e l'iniziativa privata sono rispettate, ma l'una e l'altra devono essere dentro lo Stato, che solo può proteggerle, controllarle, vivificarle»: così, A. BUTERA, *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli (R. D. 30 gennaio 1941, n. 15) – Libro della proprietà, parte prima*, Utet, Torino 1941, p. 65 (ma, in riferimento alla mancata armonia del discorso generale cui ho fatto cenno, e a quanto qui

sopra riferito alla lettera, cfr., in particolare, le pp. 8 e 61). E del resto, questa stessa impressione (anzi, rafforzata, in ragione dell'autorevolezza della sede in cui la discussione si svolse e delle personalità che alla discussione parteciparono) si ha leggendo il verbale della riunione pomeridiana del 16 febbraio 1940, in *Atti della Commissione delle assemblee legislative – chiamata a dare il proprio parere sul progetto del Codice civile* ('Libro delle cose e dei diritti reali'), Tipografia del Senato, Roma 1940. Alle pp. 66-78 si legge quanto riportato nel verbale n. 6 (cfr., in particolare, le pp. 66-67: «Presidenza del Presidente d'Amelio – Sono presenti i Commissari: senatori Anselmi, Berio, Facchinetti, Giaquinto, Piola Caselli, Romano Michele, Sarrocchi, Scaduto, Scialoja e Tacconi; consiglieri nazionali Biagi, Chiarelli, Costamagna, Leva, Panunzio, Putzolu, Rossi e Rotigliano»). La discussione (che inizia alle 16 e termina alle 18:10) è interamente dedicata all'art. 18 del progetto. FRANCESCO SCADUTO, in apertura di sessione, osserva quanto segue: «[I]l Capo in discussione consta di cinque articoli, il primo dei quali ha piuttosto carattere sociale e politico – mentre gli altri hanno carattere tecnico – e come tale ha dato e darà luogo a discussioni. Le divergenze sorgono soprattutto a proposito dell'espressione: "in conformità della funzione sociale del diritto stesso". Al riguardo i pareri dei Corpi interpellati sono fondati su diverse argomentazioni. Alcuni dicono che non è il caso di parlare di conformità o meno alla funzione sociale, perché questo concetto è già acquisito al nostro diritto positivo e diverse leggi sono informate appunto al concetto della funzione sociale del diritto di proprietà. Altri dicono di non volerne sentire parlare perché implicherebbe una trasformazione del diritto di proprietà che non è ammissibile e che porterebbe il diritto di proprietà stesso fuori del campo del diritto privato mentre qui siamo in materia di Codice civile. Altri sostengono che questa funzione sociale è un sovvertimento del diritto di proprietà privata, specialmente in quanto che non se ne determinano i confini e perciò non si stabilisce quando il diritto di proprietà privata subisca restrizioni per effetto della funzione sociale. Altri infine obiettano che lasciando l'articolo così come è stato redatto si corre il pericolo dell'arbitrio, ma non escludono che si potrebbe mantenere il criterio della funzione sociale della proprietà qualora se ne determinassero i limiti: altrimenti si potrebbe arrivare al punto che il proprietario non è più proprietario nel vero senso della parola, ma soltanto un amministratore per conto dello Stato. In merito alla prima tesi, [Scaduto] conviene che anche nel Codice attuale ci sia un accenno al concetto della funzione sociale della proprietà, ma obietta che si tratta di un accenno molto vago, il quale non esclude che si possa ora fare una dichiarazione più piena ed esplicita, specialmente perché, secondo le direttive del Regime, la funzione sociale della proprietà è ormai innegabile e quindi non resta che regolarla. Quanto alla seconda argomentazione, che cioè quell'espressione non sia opportuna in sede di redazione del Codice civile e quindi in materia di diritto privato, osserva [Scaduto] che non è vero che il Codice civile rifletta esclusivamente il diritto privato; in esso c'è anche molta materia di diritto pubblico e perciò nulla esclude che a proposito della proprietà si introducano delle disposizioni che hanno un carattere sociale e politico. Riguardo poi all'estremo al quale si arriverebbe secondo alcuni, che cioè il proprietario diventerebbe un

ecco l'aspetto maggiormente problematico, non solo in chiave retrospettiva), non è stato rimosso dalla corrente di aria fresca rappresentata dalla Costituzione, forse perché (e, del resto, ne sono facilmente individuabili le comprensibili ragioni contestuali) la Costituzione non è riuscita a esprimere,

semplice amministratore per conto dello Stato, ritiene [Scaduto] che sia un'esagerazione, alla quale – pur essendo un difensore del diritto di proprietà – risponde che, senza eliminare il diritto di proprietà, si può benissimo stabilire il criterio della funzione sociale; il problema sta soltanto nel determinarne i limiti. In altre parole non bisogna lasciare all'arbitrio del magistrato di interpretarlo come vuole, ma occorre, nei singoli istituti, stabilire i confini dell'ingerenza dello Stato e la conseguente limitazione del diritto di proprietà privata. Ciò posto, [Scaduto] sottopone all'attenzione della Commissione la seguente formula in cui i due commi dell'articolo del progetto sono riuniti in uno solo: "La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, salvi i diritti dei terzi sulla medesima e rispettando i limiti, nonché gli obblighi inerenti alla funzione sociale del diritto stesso in quanto determinati dalla legge e dai regolamenti". Nella stessa seduta della Commissione (come si legge alle pp. 77-78 del verbale), il presidente d'Amelio «[m]ette in votazione la proposta Leva-Rotigliano così concepita: "La proprietà è il diritto di godere e di disporre dei beni in modo esclusivo, in conformità dell'ordinamento giuridico dello Stato". Rispondono *si* i Commissari: senatori Anselmi, d'Amelio, Facchinetti, Giaquinto, Romano Michele, Scialoja e Tacconi; consiglieri nazionali Biagi, Chiarelli, Leva, Putzolu, Rossi e Rotigliano. Rispondono *no* i Commissari: senatori Berio, Piola Caselli, Sarrocchi e Scaduto; consigliere nazionale Costamagna. Si astiene il Commissario consigliere nazionale Panunzio. *La Commissione approva tale formula e implicitamente la soppressione del capoverso dell'articolo 18.* PRESIDENTE. Avendo data una definizione della proprietà e non dei diritti del proprietario, si potrebbe, anche come si è già fatto per i beni demaniali, raccomandare al Ministro d'introdurre, se lo ritiene opportuno, questa definizione [ne]i Principii generali. Dal momento che la Commissione ha approvato questa formula, le altre proposte restano assorbite. Osserva poi [d'Amelio] che anche il concetto del relatore era per una definizione della proprietà e che solo per spirito di conciliazione egli era passato a considerare il proprietario: quindi la differenza fra la proposta del relatore e quella approvata dalla Commissione sta soltanto nella sostituzione dell'espressione "funzione sociale del diritto". Riconosce l'importanza di questa differenza; osserva però che nei Principii generali o nell'ordinamento giuridico dello Stato la funzione sociale della proprietà è compresa, non solo, ma si va sempre più accentuando. Quindi si può affermare che il concetto di funzione è insito nell'ordinamento giuridico dello Stato. Osserva ciò per tranquillare coloro che vedono con rincrescimento l'abbandono della formula primitiva» (corsivo orig.). La discussione è tutta molto interessante. Mi limito qui a segnalare che, all'indirizzo già indicato *supra*, nt. 1, e che qui richiamo per comodità, <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_5_1.page#>, può essere scaricato il pdf dell'intero volume che la raccoglie integralmente.

sostanzialmente, un effettivo rinnovamento all'insegna, se non di un liberalismo politico-filosofico (minoritario, ieri e oggi)²⁷, almeno, di quella trasparenza ideologica (quando non vera e propria nettezza ideologica²⁸, in effetti politicamente indispensabile, al di là, poi, della necessità di temperare,

²⁷ Mi pare molto puntuale la seguente osservazione (rilevante anche nella prospettiva, di cui al testo, del rapporto tra continuità e discontinuità, e del rapporto tra autoritarismo fascista e solidarismo corporativista, e poi, appunto, costituzionale) di REBUFFA, *La Costituzione impossibile*, cit. nt. 20, pp. 65-66: «Vi è un ultimo aspetto, apparentemente solo di carattere culturale, che deve essere ricordato a proposito dell'esperienza costituzionale del fascismo. L'idea dei diritti, l'attenzione ai loro meccanismi di tutela era stata debole nel regime liberale, dove finì per ridursi al buon andamento dell'organizzazione amministrativa e alla garanzia della sua imparzialità. La posizione degli individui di fronte allo stato non era stata in alcun modo al centro delle elaborazioni della cultura giuridica nazionale. Così, quando ancora Alfredo Rocco espone uno dei postulati dello "stato nuovo", non fa altro che sintetizzare un'antica dottrina: "i diritti dell'individuo non sono che il riflesso dei diritti dello Stato". Forse è esatto affermare che vi fu una certa chiusura della cultura giuridica italiana di fronte al fascismo. Ma forse più che chiusura fu indifferenza; indifferenza che si basava su un antico postulato metodologico: le trasformazioni costituzionali sono un affare di politica contingente, la scienza procede per concetti. Ma questa è solo una parte della storia. L'altra parte è che proprio in epoca fascista comincia, da parte della dottrina, l'erosione dei diritti soggettivi classici, a cominciare dal diritto di proprietà e dall'autonomia privata. Compaiono per la prima volta le ipotesi sulla "funzionalizzazione" del diritto di proprietà, della sua compressione in nome dell'interesse pubblico. Ed anche questa eredità, forse più di altre, impedirà lo sviluppo di una cultura dei diritti individuali, per favorire invece l'idea dei diritti "condizionati". Anche per questo aspetto il fascismo è il laboratorio della repubblica. Il fascismo non fu solo una soluzione non democratica della crisi dello stato liberale: fu soprattutto una soluzione anticostituzionale. Alzò il livello del coinvolgimento politico (che nel linguaggio della repubblica si chiamerà "partecipazione") e ne trasformò le modalità, ma lo canalizzò nel partito unico. Con la costruzione dello stato sociale aumentò enormemente l'attenzione dello stato per i problemi delle masse, ma secondo postulati autoritari di "giustizia sociale"». Richiamo poi qui un contributo di notevole incisività prospettica (e, per noi oggi, retrospettiva): G. DEMARIA, *L'"ordine nuovo" e il problema industriale italiano nel dopoguerra* [1942], in R. BOCCIARELLI, P. CIOCCA (a cura di), *Scrittori italiani di economia*. Postfazioni di C. Cases e T. De Mauro, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 272-300.

²⁸ V. ora quanto si legge in M. CILIBERTO, *Sfida tra un liberale e un comunista*, in N. BOBBIO, P. TOGLIATTI, *Sulla libertà*, a cura di M. Ciliberto, Edizioni della Normale, Pisa 2025, pp. 5-42, a p. 5: «[L]azione politica ha bisogno di saldi principi teorici, se non vuol precipitare in un empirismo senza visione, da cui scaturiscono fragilità e debolezza strategica, incapacità di svolgere la propria funzione nazionale, subordinazione ai poteri più forti, mancanza di forza egemonica».

ai fini del raggiungimento di un accordo, altrettanto, e ancor più, ‘politico’, perché tale proprio in ragione della esigenza di bilanciare interessi e situazioni differenziate e, verosimilmente, tutti, interessi e situazioni, pur magari in parte minima, meritevoli di una qualche attenzione ‘politica’) che dovrebbe essere invece, a ben vedere, intrinseca a ogni ambizione programmatica (tanto più di fronte all’esigenza di una riforma radicale dell’ordinamento).

Questa ambiguità (o non trasparenza) è ravvisabile tanto in sede di lavori preparatori al codice civile (ma qui l’ambiguità, come si diceva poco sopra, è ovviamente comprensibile e, anzi, può essere intesa quale forma di velata opposizione alla dittatura), quanto in sede di elaborazione e poi predisposizione della carta costituzionale (e qui, invece, l’ambiguità è assai meno comprensibile, pensando ai testi costituzionali quale atti fondativi di una nuova politicità e di una nuova giuridicità, dunque di una nuova dimensione istituzionale).

2. *La funzione sociale della proprietà privata, tra politica legislativa e tecnica giuridica*

Muoviamo, allora, come anticipato, dal messaggio che Mariano d’Amelio, presidente della commissione che ha elaborato il progetto, indirizza al ministro Solmi il 14 agosto 1937²⁹.

²⁹ Si legge in *Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Progetto)*, cit. nt. 1, pp. V-VII, e per comodità del lettore non storico del diritto si trascrive integralmente: «Eccellenza, ho l’onore di presentare a V. E. il progetto per il secondo libro del codice civile (cose e diritti reali). Nella relazione che lo accompagna V. E. troverà sinteticamente illustrati i motivi che hanno determinato la Commissione Reale a proporre riforme di interi istituti giuridici, che appaiono non più rispondenti alle esigenze odierne della scienza e della rinnovata vita sociale o di singole norme che, per difetto di tecnica, determinano oggi dubbi d’interpretazione e quindi controversie più frequenti e più complesse. Mi limito ad accennare che un nuovo titolo sulle cose disciplina, nel primo capo, in modo organico la materia, che finora ha dato luogo a non poche dispute dottrinali; e nel secondo capo precisa il concetto delle cose di proprietà pubblica e lo inquadra, meglio di quel che possa intuirsi dalle incomplete disposizioni vigenti, nel sistema della nuova dogmatica giuridica pur limitandosi alle poche norme indispensabili per conoscere i limiti della proprietà individuale di fronte a quella pubblica. Quanto alla prima, la Commissione Reale ha ritenuto che, conformemente ai dettami della Carta del Lavoro, non potesse e non dovesse prescindere dalla funzione sociale della stessa proprietà privata e ha accentuato tale carattere sia nel darne la definizione, sia nel disciplinarla, in applicazione del principio Fascista, che la proprietà è un diritto, ma importa anche il dovere di servirsene in modo che l’esercizio e il godimento di essa soddisfino le esigenze individuali senza recar danno e, anzi, favorendo in pari tempo gli interessi della produzione, che sono quelli della Nazione. Numerose e notevoli

Il punto di partenza è ovvio, richiamandosi egli espressamente alla Carta del Lavoro, e dunque a un ideale di generale funzionalizzazione del diritto privato, e anzi dell'intero ordinamento giuridico, corporativisticamente orientata.

Sono due, infatti, le linee direttive di fondo:

(i) serve una nuova dogmatica per conoscere al meglio i limiti della proprietà individuale di fronte a quella pubblica;

(ii) muovendosi nella logica della Carta del lavoro, il pilastro del progetto è la funzione sociale della proprietà privata: una funzione sociale che il progetto definisce, in prospettiva applicativa, in conformità al principio fascista, per cui la proprietà è sì un diritto, ma porta con sé il dovere di servirsene in modo che l'esercizio e il godimento di essa soddisfino alle esigenze individuali senza recare danno, e anzi favorendoli, al contempo, agli interessi

sono le riforme concernenti i diritti reali su cosa altrui, cioè l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, le servitù prediali e l'enfitensi, la cui disciplina è stata trasportata in questo libro per le ovvie ragioni largamente esposte nella relazione. Anche questo vecchio istituto è stato vivificato dallo spirito dei tempi nuovi con la tutela della pubblica economia e dei diritti del lavoro. Sono, del pari, rilevanti le riforme in tema di comunione in generale, di privilegi e di ipoteche, di occupazione e ritrovamento, e di prescrizione. Il capo della "comunione familiare", che colma una lacuna del codice vigente, mira a rafforzare il nucleo familiare, favorendo il mantenimento dell'unione tra i membri della famiglia che desiderino conservare la comunione di vita o di interessi, la quale è spesso molto utile non soltanto ai partecipanti, ma al pubblico interesse, in quanto impedisce o almeno ritarda lo spezzettamento della proprietà e, per contro, rende meno pesante e più proficuo il lavoro di produzione. Un altro capo regola il condominio degli edifici, che ha acquistato oggi tale estensione e importanza, che sono da ritenersi assolutamente insufficienti le poche norme del codice civile, le quali, per di più, disciplinano la materia in maniera così poco rispondente alle necessità dell'industria e della vita odierna, che la legislazione speciale le ha già in più parti riformate. La trascrizione muta nel progetto la funzione che le è attribuita dal codice vigente. Essa è oggi un semplice mezzo di pubblicità dei diritti reali; secondo il progetto diventerà un essenziale negotiū, perché dalla pubblicità dipenderà l'acquisto del diritto reale. La nostra coscienza giuridica è ormai matura per tale riforma, la quale darà maggiore sicurezza ai trasferimenti della proprietà e dei diritti reali, garantirà meglio i terzi e imporrà maggiore lealtà nelle contrattazioni tra le parti. Anche il possesso trova nel progetto una disciplina più ampia e sistematicamente più perfetta di quella che ci offre il codice vigente. La Commissione Reale esaurisce così la serie dei progetti preliminari, che essa ebbe il mandato di redigere, ed è lieta di concludere il proprio lavoro quando resta ancora qualche anno alla scadenza del termine, che l'Augusta parola del Re e Imperatore ha fissato per la rinnovazione dei codici. Dare buone leggi ad un popolo è segno di civiltà e di progresso sociale, e il Regime Fascista è e sarà anche in questo campo di esempio agli altri popoli. Contribuire ad un'opera di così alta importanza è di per sé motivo di soddisfazione, la quale tanto più sarà grande quanto più la Commissione Reale saprà di avere corrisposto, come si augura, alla fiducia concessale dal Governo Fascista. Con la maggiore considerazione. Roma, 14 agosto 1937 – Anno XVI» (corsivo orig.).

della produzione, che sono quelli della nazione – citandosi appunto alla lettera d'Amelio³⁰.

³⁰ Cfr. altresì quanto si legge nella 'Conclusionone', a firma ALBERTO AZARA e MARIANO D'AMELIO, della relazione al progetto: «Pensiero costante della Commissione è stato, poi, quello di adeguare le nuove norme alle mutate esigenze della tecnica agraria, industriale ed edilizia, mirando al fine supremo ed imprescindibile degli interessi generali della produzione, che, nella marcia della Nazione verso i suoi più alti destini imperiali, costituisce il fulcro della sua indipendenza economica» (*Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Relazione al progetto)*, cit. nt. 1, p. 253). In perfetta simmetria con l'affermazione di d'Amelio di cui al testo, cfr., ad esempio, quanto scritto da un civilista illustre quale Francesco Ferrara *sr*: «La proprietà non è solo un diritto, ma un dovere, non è solo il mezzo per il proprietario per procurarsi delle utilità a suo vantaggio, ma è uno strumento di cooperazione sociale, perché serve a realizzare interessi che riguardano l'intera società. Il proprietario è investito di un mezzo economico, che egli deve saper adoperare, anzi che è obbligato ad usare nell'interesse pubblico. La proprietà è diventata un dovere sociale, una funzione sociale. Ecco qual è il nuovo orientamento della proprietà. Nella Carta del Lavoro al n. VII troviamo il principio fondamentale: "Lo Stato corporativo considera la iniziativa privata nel campo della produzione, come lo strumento più efficace e più utile, nell'interesse della Nazione". Ora, se sostituiamo alle parole "iniziativa privata" quelle di *proprietà privata*, abbiamo la formulazione classica del *concetto nuovo di proprietà privata in regime fascista*. "Lo Stato considera la proprietà privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione". E perciò l'organizzazione privata della produzione, è una *funzione di interesse sociale*. Data questa premessa, si applica pure il principio programmatico dell'art. IX della Carta del Lavoro: "L'intervento dello Stato nel regime della proprietà ha luogo, quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta". Ecco il programma della proprietà futura. Il proprietario deve sentire non solo il diritto, ma il dovere di proprietario, rendendo la sua proprietà utile nell'interesse sociale. Finché la sua iniziativa corrisponde agli interessi generali, e si svolge in armonia di essi, la proprietà è tutelata e sarà tutelata dallo Stato, ma se il proprietario dimentica questo dovere, o per inerzia o per incomprendimento delle esigenze pubbliche, interviene lo Stato, come rappresentante degli interessi politici, controllando l'azione del proprietario, e dove questa rimanga inerte od esiziale, spogliando il proprietario della gestione della cosa sua, come di uno strumento che egli non ha saputo adoperare, ma che deve perciò essere servibile incondizionatamente agli interessi della Nazione. Certo la proprietà è un diritto degno del massimo rispetto, e che deve costituire il saldo fondamento di ogni bene costituita società, perché la proprietà rappresenta il frutto del lavoro accumulato, se non dell'attuale investito, di coloro da cui egli l'ha ricevuta, ma il rispetto di questo bene non deve far dimenticare che la proprietà non è semplicemente un valore morto suscettibile di solo godimento, da parte di chi l'ha, ma una fonte sempre viva e perenne di ulteriore produzione, e

Al centro del discorso sta ovviamente l'art. 18 del progetto, che, come ricordato all'inizio, definisce la proprietà in questi termini: «*La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, in conformità alla funzione sociale del diritto stesso.*»

Il proprietario deve inoltre osservare i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti e i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa.

Poiché d'Amelio fa espresso riferimento alla definizione di funzione sociale reperibile nel progetto, va osservato che, a ben vedere, in esso (e segnatamente negli artt. 19 e 20)³¹ troviamo non già una definizione di funzione sociale, quanto, piuttosto, l'idea che funzione sociale significhi conformità all'interesse generale: un interesse generale che, peraltro, deve risultare da una causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata, come appunto leggiamo nell'art. 20.

Alla stessa ottica antiindividualistica (che, a ben vedere, può poi assumere una proiezione pubblicistica o privatistica: sono infatti configurabili limiti nell'interesse privato altrui, o nell'interesse privato di gruppi; e sono al contempo configurabili limiti nell'interesse ultraindividuale) possono essere certamente ricondotti l'art. 25³² (in tema di atti emulativi), nonché, al-

perciò deve perpetuare questa sua destinazione nell'interesse di tutti» [F. FERRARA, *La proprietà come "dovere sociale"* (1939), in ID., *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano 1954, pp. 509-515, alle pp. 514-515; corsivo orig.].

³¹ Art. 19 (*Potere di esclusione*): «Il proprietario non può escludere o respingere l'azione o l'ingerenza sulla propria cosa da parte della pubblica autorità, quando sia determinata da un interesse generale ed esercitata nei casi e con le forme prescritte dalle leggi, salvo il diritto ad indennizzo pel danno a lui cagionato. / Neppure è autorizzato a respingere l'azione o l'ingerenza del terzo, se essa sia imposta dalle necessità di rimuovere un grave pericolo attuale od imminente, sempre che il danno minacciato sia superiore al pregiudizio che si arreca al proprietario, e salvo anche in tal caso il diritto ad un'equa indennità».

Art. 20 (*Espropriazione per pubblica utilità*): «Nessuno può essere costretto a cedere in tutto o in parte la cosa di sua proprietà od a permettere che altri ne faccia uso, se non per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata e premesso il pagamento di una giusta indennità. / Le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di espropriazione per pubblica utilità sono determinate da leggi speciali».

³² Art. 25 (*Proprietà del suolo e atti di emulazione*): «La proprietà del suolo importa quella di tutto ciò che è piantato o costruito sul suolo. / Il proprietario può fare sopra il suolo qualsiasi costruzione, piantagione od altra opera nei limiti consentiti dalle leggi e dai regolamenti, salvi sempre i diritti spettanti ad altri. Egli però non può fare od imprendere opera alcuna, che rechi pregiudizio ad altri senza utilità propria».

meno in certa misura, l'art. 31³³ (divieto di immissione)³⁴.

Se, a questo punto, come già anticipato, ci immergiamo nelle pagine della Relazione al progetto dedicate alle disposizioni generali in tema di

³³ Art. 31 (*Divieto di immissione*): «Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili derivanti dal fondo del vicino, quando tali immissioni siano l'effetto dell'uso normale che il vicino faccia della cosa propria e non impediscano al proprietario del fondo il normale godimento di esso. / Nella valutazione della normalità dell'uso il giudice deve tenere conto anche delle esigenze e delle necessità dell'industria, contemperandole coi riguardi dovuti alla proprietà. Può tener conto altresì della priorità di un determinato uso rispetto alle proprietà vicine».

³⁴ Se appunto consideriamo queste due disposizioni alla luce della funzione sociale della proprietà, si può osservare che, in sede di osservazioni e di proposte, la discussione non ha conosciuto quello sviluppo e quell'intensità che invece ha conosciuto in relazione all'art. 18. Ma la ragione di ciò è evidente: il cuore della funzionalizzazione proprietaria sta appunto tutta nell'art. 18. È quindi da esso che si irradiano quelle direttive (o quelle linee poi da concretizzarsi in sede di giudizio – e questo è, in effetti, il principale aspetto problematico posto dalla formula della funzione sociale, come vedremo a breve) che andranno così a incidere, a cascata, sugli atti emulativi, nonché sulle immissioni. È dunque l'art. 18 che deve cadere (o meglio il riferimento, in esso, alla funzione sociale), per colpire *in radice* la funzionalizzazione, da cui una consequenziale attenuazione assiologica tanto dell'art. 25 quanto dell'art. 31 (nelle loro componenti funzionalizzate, s'intende). Mi limito a minimi rilievi: GIOVANNI BATTISTA FUNAIOLI e FRANCESCO FERRARA *sr*, svolgendo le loro considerazioni in riferimento all'art. 25 (tra le due disposizioni, senza dubbio è l'art. 25 che, potenzialmente, si presta a una convergenza con l'art. 18: meno l'art. 31, contenendo un precetto maggiormente circoscritto), osservano: «[I]l comportamento di lui [il proprietario] incontra un altro freno: ogni qualvolta sia assunto un difetto di interesse, dunque *senza* diritto, e con altrui danno, dunque *contro* diritto. Trattasi dell'ostacolo posto ad un contegno sempre socialmente e individualmente anormale del proprietario, che il progetto, sull'esempio di recenti codici, opportunamente esprime, sotto la configurazione concreta del divieto degli atti emulativi (non dell'abuso del diritto, come è detto nella relazione)» (*Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, *sub* art. 25, p. 318; corsivo orig.). GUIDO/GAD TEDESCHI, in relazione all'art. 31, critica l'espressione 'effetto dell'uso normale', proponendone la sostituzione con l'espressione 'effetto delle esigenze e della necessità di un uso normale': «La formula "uso normale" *sic et simpliciter* potrebbe essere in contrasto con lo spirito del divieto dell'abuso del diritto e del divieto degli atti emulativi, qualora la si intendesse nel senso che le immissioni derivanti da un uso normale devono essere tollerate, ancorché non rispondano ad esigenze o necessità del vicino» (*Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, *sub* art. 31, p. 352). Tedeschi, quindi, non la pensa allo stesso modo di Funaioli e Ferrara, in punto abuso del diritto, ma certamente non sta nell'art. 31 (come non sta nell'art. 25) il fondamento della disputa intorno alla funzionalizzazione del diritto di proprietà.

proprietà (sono appunto le pagine scritte da Roberto de Ruggiero)³⁵, vediamo come in essa emerga l'idea – e direi abbastanza pianamente (cioè, non come problema particolare dell'ordinamento italiano, tanto meno in senso autoritario, ma come fisiologico svolgimento storico della proprietà privata: e del resto, è indiscutibile che l'autoritarismo del regime non sia stato il presupposto della funzionalizzazione in senso antiindividualistico degli istituti giuridici; presupposto ne fu, semmai, il diffuso antiindividualismo e antiliberalismo, al di là delle connotazioni, autoritarie o meno, che poi questi ultimi abbiano assunte)³⁶ – che il diritto di proprietà deve sotto-

³⁵ Peraltro, scomparso prima che il progetto venisse pubblicato: *Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Relazione al progetto)*, cit. nt. 1, p. 16, nt. 1; e cfr. spec. le pp. 17-18. Più in generale, ulteriori indicazioni programmatiche si leggono ivi, p. 1, nella 'Introduzione' alla *Relazione al progetto*: «Il progetto per il libro II del codice civile (cose e diritti reali), che la Commissione Reale ha l'onore di presentare, è stato redatto per ultimo, non per minore importanza della materia regolata, ma perché esso, ancor più che gli altri, richiedeva una profonda e attenta osservazione dell'orientamento impresso dal Regime Fascista a tutto l'ordinamento sociale ed economico della Nazione, per poter a questo adeguare le norme destinate a regolare i rapporti di proprietà e di possesso nelle loro molteplici e svariate manifestazioni. Il progetto è, invero, ispirato ai principî informativi della dottrina fascista, riassunta nelle dichiarazioni della Carta del Lavoro, per cui l'iniziativa privata nel campo della produzione è considerata lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione, ed il lavoro è un dovere sociale, ricollegandosi all'interesse generale della produzione. Nella definizione stessa della proprietà è precisato e accentuato il concetto della funzione sociale di essa, e tale concetto è ribadito in singole disposizioni ogni qual volta è stato necessario mettere in maggiore evidenza che l'interesse individuale deve cedere sempre innanzi all'interesse della collettività e della produzione».

³⁶ Sul punto, rimangono significativamente esemplari le seguenti affermazioni di Tullio Ascarelli: «Nel prospettarmi il problema della riforma sono partito dal concetto che questa costituisce insieme un problema tecnico e un problema politico: la differenza tra l'impostazione odierna del problema della riforma e quella invece che è stata data nei tentativi iniziatisi fin dalla fine del secolo scorso, dipende essenzialmente dalla particolare importanza dell'elemento politico del problema. La gravità e l'importanza del problema della riforma riposano appunto su questo elemento. Nell'esaminare il problema della riforma non bisogna dimenticare che sono radicalmente cambiate le premesse economiche di fatto, che è radicalmente mutata quella struttura economica che deve essere oggetto di disciplina e che a sua volta è radicalmente mutato l'orientamento politico generale e sono profondamente mutati quei principî generali politici dei quali ogni particolare regolamentazione giuridica costituisce un'applicazione. Perciò non sembrerebbe neanche a me, come già ad altri, nè possibile, nè opportuno creare, accanto al vecchio diritto commerciale, un nuovo

stare a tutte quelle limitazioni derivanti dalla necessità della convivenza so-

diritto della economia, come da qualcuno si propone. Non si tratta difatti solo di nuovi problemi e nuovi istituti che richiedono una particolare disciplina accanto a quella degli istituti tradizionali, ma del necessario rinnovamento di tutto l'ordinamento in tutti (naturalmente con diversa intensità) gli istituti. Leggi speciali e discipline giuridiche più o meno autonome, sono un indizio (non scevro di inconvenienti per l'unità dell'ordinamento giuridico) di questa necessità di totale rinnovamento. In sostanza si tratta di passare da un diritto commerciale individualistico, necessario riflesso del mondo capitalistico del secolo XIX, a un diritto commerciale corporativo e cioè a quella disciplina giuridica che sembri la più opportuna per la produzione e lo scambio in un regime corporativo e in applicazione ai principi corporativi» (T. ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma delle società anonime*, in «Il Foro italiano», 1936, IV, cc. 19-31, qui alle cc. 19-20); «Il codice appare come un corpo di leggi che, almeno tendenzialmente, è completo e rispetto al quale la legislazione speciale non solo assume una posizione subordinata, ma è destinata a sancire norme che hanno generalmente carattere eccezionale rispetto a quelle del codice e che perciò, in sede di interpretazione, non possono essere generalmente suscettibili di applicazione analogica. Questo concetto è la conseguenza della sopravvalutazione, propria di un diritto ispirato alle premesse del liberalismo, di quella esigenza di certezza che è immanente nel diritto. Questa sopravvalutazione porta a ravvisare nel codice un corpo di leggi tendenzialmente invariabile e completo, perchè ciò concorre appunto alla difesa dell'individuo contro lo Stato, a determinare quell'ambito dell'autonomia individuale dalla quale il sistema politico liberale vuole escludere ogni possibilità di ingerenza statale. Queste premesse politiche si rilevano del resto nella stessa tendenza a concepire essenzialmente il diritto da un profilo semplicemente normativo e a sotto-valutare spesso lo scopo perseguito dalle varie norme per accentuare invece il valore dei loro caratteri formali, secondo quell'indirizzo che altrove (ove più vive sono state le controversie metodologiche) è stato detto della giurisprudenza concettuale. Il nuovo ordinamento costituzionale dello Stato italiano prevede invece, attraverso la norma corporativa, la possibilità di una concreta disciplina dei rapporti economici. Questa disciplina si pone come una norma di categoria tra quella della legge in senso formale e quella del contratto individuale (mentre il codice ignora la disciplina di categoria e le sue norme si fondano appunto sulla mancanza di una disciplina di categoria); si presenta rispetto a quella del codice come più elastica e variabile in relazione alle mutevoli esigenze economiche e politiche (e ciò in contrasto col presupposto di completezza che è tendenzialmente immanente al codice); regola concretamente i vari rapporti tenendo conto della loro sostanza economica (mentre il codice generalmente ignora la funzione economica del singolo atto in concreto), pertanto dettando norme diverse a seconda delle varie categorie (in contrasto con il formalismo del codice); conservando, ma insieme concretamente regolando il contratto individuale, quale strumento dell'iniziativa privata» (T. ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, in «Il Foro italiano», 1937, IV, cc. 25-36, qui alle cc. 25-26).

ciale: anzi, più si estende il concetto di solidarietà sociale e più numerosi e intensi sono i vincoli e le restrizioni che gravano sulla proprietà, nell'interesse generale e per la utilizzazione sociale della ricchezza³⁷.

³⁷ Qui di seguito, alla lettera, l'intero passaggio di DE RUGGIERO, in *Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Relazione al progetto)*, cit. nt. 1, pp. 17-18: «La formula adottata nell'art. 18 mette su nuove basi quella dell'art. 436 del vigente codice. “La proprietà – si dice – è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, in conformità della funzione sociale del diritto stesso – e si aggiunge che – il proprietario deve inoltre osservare i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti e i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa”. Con la espressione ormai tradizionale “diritto di godere e di disporre della cosa” (usata in quasi tutti i codici vigenti) si riassumono tutte le facoltà che competono al proprietario, non essendo né facile né possibile enumerarle esaurientemente. Tale diritto di godimento e di disposizione viene qualificato con la espressione “in modo esclusivo” per stabilire che il diritto di proprietà esclude un eguale diritto di altri sulla medesima cosa, e tale espressione caratterizza l'ampiezza del diritto di proprietà in modo più preciso che non facciano le parole “nella maniera più assoluta” usate dal vigente codice, in quanto non risulta da queste il concetto della esclusività. Il diritto di proprietà tuttavia, pur essendo esclusivo in potenza, deve anch'esso sottostare a quelle limitazioni che derivano dalle necessità della convivenza sociale, ed anzi, quanto più il concetto della solidarietà sociale si sviluppa, tanto maggiori sono le restrizioni e i vincoli a cui, nell'interesse generale e per la utilizzazione sociale della ricchezza, la proprietà va sottoposta. Ogni nuova restrizione imposta alla proprietà per il bene pubblico non sembra neppure un sacrificio dell'interessato, ma una rivendicazione del diritto della collettività. A questo concetto si ispirano, nella definizione, sia l'espresso richiamo alla funzione sociale del diritto di proprietà, sia l'obbligo per il proprietario di osservare “i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti”. Sul punto, cfr. allora quanto è stato affermato, in sede di osservazioni e proposte, dalla Corte d'Appello di Genova (Rel. Primo Pres. Chiarini): «Invero il nuovo pensiero politico, le svariate applicazioni della scienza al tecnicismo della produzione, la elevazione di tutte le classi, la concezione più profonda e più estesa degli interessi generali ed il sentimento sempre più vivo di solidarietà, e più che altro il principio affermato nella dichiarazione VII della Carta del lavoro, che considera “la iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione”, sono nuovi fattori intervenuti a creare il bisogno di nuove norme regolatrici di vita: in corrispondenza di tale evoluzione anche l'istituto della proprietà privata, di cui l'ordinamento [sic] è legato alle vicende umane, non poteva conservare i limiti di un'epoca trascorsa, giacché, per rispondere alla sua finalità, la funzione della proprietà deve essere considerata come un mezzo per essere utile alla convivenza sociale, di modo che la limitazione al diritto di proprietà non possa considerarsi una restrizione, un sacrificio imposto al proprietario, ma, come giustamente si esprime nella sua relazione il compianto prof. De Ruggiero [sic], come “una rivendicazione del di-

Tanto che – precisa de Ruggiero – ogni nuova restrizione imposta alla proprietà per il bene pubblico non sembra neppure un sacrificio subito dall'interessato (e quindi a suo danno), ma una rivendicazione del diritto della collettività (che da tale sacrificio trae dunque una utilità, appunto collettiva, e come tale tendenzialmente prevalente sull'utilità individuale).

Interessante (ma pure problematico), in questa prospettiva, anche il cenno agli atti emulativi e all'abuso del diritto. In breve: pure rispetto a questa tematica circoscritta (atti emulativi e immissioni: l'abuso del diritto può essere infatti letto come principio implicito all'interno di un sistema privatistico funzionalizzato, e dunque non solo esiste, pur se non codificato, ma irradia su istituti quali quelli degli atti emulativi e delle immissioni una luce, se non nuova, nettamente direzionata in chiave solidaristica), si assiste a una distinzione (a cavallo tra politica del diritto e tecnica giuridica, come si è già osservato, in riferimento alla funzione sociale della proprietà), che è anche una divisione, e in certi termini una spaccatura – pur sempre fermi restando i forti limiti entro i quali un autentico dissenso politico avrebbe potuto essere espresso, donde la trasformazione della ragion politica in ragione tecnica, avvalendosi, in questo caso, della risorsa del concettualismo e del formalismo –, tra sostenitori e critici dell'abuso del diritto quale principio generale.

A ciò va anche aggiunto (ma accenniamo solo alla questione, che imporrebbe un lavoro, forse ormai neppure possibile, di collazione delle varie bozze preparatorie sfociate poi nel testo definitivo del progetto) che occorrerebbe pure tener conto delle varianti contenute nelle differenti redazioni del progetto³⁸.

Orbene, scrive de Ruggiero che non è stato «necessario comprendere espressamente nella formula in esame [la funzione sociale] il divieto di atti emulativi o di abuso di diritto, perché tale divieto è ormai entrato [...] nei

ritto della collettività» (*Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, pp. 229-230).

³⁸ In tema, ALLARA, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 22, ha stigmatizzato la mancanza, nel progetto, di una «precisa ed accurata dizione legislativa», soggiungendo: «Questo ultimo difetto maggiormente si rileva nelle norme che contengono definizioni [...]». Soprattutto, Allara ha criticato la «frequente incongruenza fra il testo del progetto e la relazione», precisando: «Tale incongruenza – sia essa dovuta ad effettiva non conoscenza del relatore di altre parti del progetto, ovvero ad una modifica del testo sopravvenuta per ultima e non accompagnata da una corrispondente revisione della relazione – rimane pur sempre a testimoniare quella mancanza di accuratezza e di finitura del lavoro particolarmente desiderabili nei lavori legislativi».

principi generali cui il nuovo codice si ispira»³⁹.

³⁹ DE RUGGIERO, in *Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Relazione al progetto)*, cit. nt. 1, p. 18. Molto interessante (e non solo sullo specifico punto di cui al testo, ma per il complessivo contenuto della trattazione, a cavallo tra il diritto interno, cui è dedicata la prima parte: pp. 11-52, e il diritto internazionale, cui è dedicata la seconda parte: pp. 55-122) il contributo di M. SCERNI, *L'abuso di diritto nei rapporti internazionali*, Anonima Romana Editoriale, Roma 1930, il quale, richiamando «le limitazioni, che la tutela dell'interesse sociale è venuta imponendo al più assoluto ed individualistico dei diritti soggettivi: la proprietà» (p. 39), e sottolineando l'«elemento della socialità e della solidarietà [...] [che] ha avuto poi la sua solenne sanzione nella "Carta del Lavoro" 21 aprile 1927 nella quale vengono enunciati i seguenti principi generali del nuovo diritto Corporativo: "Il lavoro sotto tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche, manuali è *un dovere sociale*. A questo titolo e solo a questo titolo è tutelato dallo Stato" (paragr. 2° - 1°cpv). "Nel contratto collettivo di lavoro trova la sua espressione completa la solidarietà tra i vari settori della produzione, mediante la conciliazione degli opposti interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori, e la loro subordinazione agli interessi superiori della produzione" (paragrafo IV)» (p. 40; corsivo orig.), conclude nei seguenti termini: «Questa situazione legislativa così progressista, per cui la determinazione delle situazioni di diritto, quale è prevista dall'ordinamento giuridico, è mantenuta in stretta aderenza con le evoluzioni della vita collettiva, giustifica, a parer mio, il fatto che nel nostro sistema è affatto sconosciuto il "divieto degli abusi di diritto", né si cerca di introdurre tale concetto tra i principi generali. Infatti gli inconvenienti che inevitabilmente derivano dagli impreveduti sviluppi dei rapporti giuridici sono oggetto di continuo studio da parte dell'autorità legislativa che segue attentamente i bisogni del Paese e provvede a riportare l'equilibrio là dove, secondo le vecchie norme, sarebbe stato possibile agire in modo abusivo cioè contrario alle esigenze volute dalla collettività. È la legge dunque, nel suo più ampio significato, che interviene a rendere illecito ciò che si rivela manifestamente abusivo, il che evita che sia la volontà del giudice, più facilmente soggetta a subire influenze extra-giuridiche, a definire in tutti i casi i limiti del lecito e dell'illecito. Non per questo dovrà ritenersi il magistrato inerte e passivo esecutore della lettera della legge, al contrario l'opera sua potrà sempre essere feconda, poiché a lui è devoluto il compito di trovare (non mai però di creare) la norma da applicarsi, studiando l'ordinamento giuridico sotto i suoi molteplici aspetti, per vedere se, dall'insieme delle regole positive, non possa ricavarsi una nuova idea regolamentatrice generale che permetta di considerare illecito un determinato atto che fino a quel momento era stato giudicato come l'esercizio di un diritto. In altre parole anche il giudice può cooperare a mantenere il diritto conforme ai mutamenti che i rapporti giuridici subiscono nella loro evoluzione; ciò che egli può e deve fare con i mezzi a lui forniti dal tradizionale metodo costruttivo di interpretazione. Questo metodo, come osserva giustamente il Ferrara [il riferimento è al "Trattato", p. 232], non esclude valutazione d'interessi, apprezzamenti di esigenze sociali, scrutando la natura

Si può allora aggiungere, se consideriamo in parallelo funzione sociale e abuso del diritto, che il principio dell'abuso del diritto e la formula della funzione sociale della proprietà sono una specie di vasi comunicanti e comunque l'uno sostiene l'altro (in chiave antiindividuale).

Questo complessivo disegno, in effetti, pare del tutto coerente con la generale funzionalizzazione del diritto privato.

Che nel progetto vi sia un riferimento espresso al divieto degli atti emulativi (art. 25), può stupire, in chiave di politica del diritto (il divieto degli atti emulativi è *species* del *genus* funzione sociale della proprietà/abuso del diritto), ma occorre considerare che una parte significativa dell'accademia italiana che si è espressa in sede di osservazioni e proposte temeva proprio il rischio di indeterminatezza insito in formule quali appunto quelle della funzione sociale della proprietà e dell'abuso del diritto.

In effetti, de Ruggiero, soffermandosi sull'art. 25 del progetto (cioè appunto la disposizione, già più volte richiamata, in tema di atti emulativi) e quindi sottolineando, in particolare, la regola per cui il proprietario non può fare opere che arrechino molestie ad altri senza alcuna utilità propria⁴⁰, afferma che la norma riconosce il principio dell'abuso del diritto, introdotto espressamente nel codice in rapporto al diritto di proprietà (e questo rilievo andrà espressamente riferito alla formula della funzione sociale), nella stessa linea di quanto è avvenuto rispetto al diritto delle obbligazioni: «È il divieto dell'abuso del diritto introdotto espressamente nel codice in rapporto al diritto di proprietà, e che trova riscontro nel progetto nel libro delle “*Obbligazioni e contratti*?” in cui, nell'art. 74, si dispone che è “tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti alla buona fede o dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto”»⁴¹.

E de Ruggiero prosegue osservando come un moderno diritto di proprietà possa, e anzi debba, proteggere solo quelle condotte, e cioè quegli eser-

e la configurazione dei vari rapporti; solo l'interprete induce quegli apprezzamenti che la legge ha fatti, non quelli che gli piace far lui, desumendoli dal proprio sentimento o dalle sue personali convinzioni» (pp. 40-41).

⁴⁰ Cfr. DE RUGGIERO, in *Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Relazione al progetto)*, cit. nt. 1, p. 24: «[P]iù importante e nuova è un'altra limitazione imposta dal capoverso dell'articolo in esame [25], quella cioè per cui il proprietario non può fare od imprendere opera alcuna che rechi molestia ad altri senza alcuna utilità propria».

⁴¹ Ivi.

cizi del diritto di proprietà, che abbiano una qualche utilità generale, e non siano utili soltanto per chi eserciti il diritto (*prima facie*, si potrebbe anche ritenere che ci si trovi qui di fronte alla contrapposizione tra l'egoismo giusindividualistico e il solidarismo giuscorporativistico, ma, a veder bene, è assunzione teorica opinabile quella per cui l'individualismo liberale, e in questo caso l'individualismo proprietario, siano *naturaliter* egoistici: la libertà è tale solo rispetto al contesto entro cui essa possa effettivamente e ampiamente svolgersi – nella logica di una piena cooperazione sociale –, e dunque una libertà egoistica è una non-libertà, perché potenzialmente pregiudizievole per gli altri esercenti della medesima libertà), e in questa direzione, in effetti, de Ruggiero enfatizza come, sempre, la proprietà debba avere una funzione sociale, in quanto, sempre, realizza esigenze umane (evidentemente, si tratterà poi di capire come l'ordinamento consideri queste 'esigenze umane', potenzialmente infinite, e, ancora, come l'ordinamento bilanci il rapporto tra interesse individuale e interesse collettivo): «Il diritto non accorda la sua protezione se non ad atti umani che abbiano una qualche utilità, mentre d'altra parte la proprietà ha una funzione sociale, in quanto soddisfa ad esigenze umane, siano di interesse individuale, siano di interesse collettivo, con prevalenza di questo su quello. Fin dove la proprietà risponde a tale esigenza, l'ordinamento giuridico la protegge, garantendo al singolo ogni più larga facoltà di uso, di sfruttamento e di disposizione; ma la protezione deve cessare quando il titolare del diritto pretenda valersene a fini contrari a quello suindicato. E basta all'uopo accertare obiettivamente l'inutilità dell'opera e la molestia che essa cagiona ad altri, perché l'opera stessa sia vietata o eliminata. È evidente, poi, che, concorrendo gli estremi del capoverso dell'art. 74 del progetto del libro delle “*Obbligazioni e contratti*”, il proprietario debba altresì esser tenuto anche al risarcimento del danno. Le due disposizioni si integrano a vicenda in quanto mentre l'art. 74 del libro IV ha funzione risarcitoria e repressiva, l'art. 25 di questo libro ha funzione preventiva»⁴².

Non mi pare, invero, una posizione nettissima, anzi, la direi un po' ambigua (e vedremo, invece, che molto più netti – ma essi stessi non esenti, forse per prudenza, da disarmonie argomentative –, nel senso di esprimere contrarietà alla formula della funzione sociale, orientata in senso antiindividuale – in particolare, in ragione del rischio di indeterminatezza, e soprattutto di indeterminabilità, *ex ante* di tale formula – sono Mario Allara, Cesare Grassetti e Giuseppe Stolfi, e in specie Domenico Barbero, che adotta – invero compiacendosene – un tono leggermente canzonatorio).

In effetti, dire, come fa de Ruggiero, che la proprietà privata ha sempre

⁴² Ivi.

una funzione sociale, perché soddisfa sempre a esigenze umane (il che è innegabile, ma non è risolutivo a fronte del problema politico insito nella formula della funzione sociale), non è molto significativo, perché proprio il disegno complessivo di riforma⁴³ (strettamente connesso ai principi di

⁴³ Cfr. quanto si legge in un assai significativo volumetto a cura del 'Circolo giuridico di Milano': *Linee fondamentali della nuova legislazione civile italiana sulla famiglia, la proprietà privata, il lavoro e l'impresa*, Officina D'Arte Grafica A. Lucini & C., Milano 1943: ivi, pagine di Oreste Ranalletti, Mariano d'Amelio, Gaetano Azzariti, Antonio Azara, Alberto Asquini, Paolo Greco. In particolare, cfr. il contributo di M. D'AMELIO, *La codificazione italiana e la sua evoluzione storica*, pp. 11-26, spec. alle pp. 23-24: «È col terzo Libro, che tratta della proprietà, che la concezione politica si è accentuata. Non già che l'istituto della proprietà ne desse l'occasione; se ci si sofferma alla definizione accoltane ci si convince che non molto si è innovato. Ma l'evoluzione delle idee aveva progredito e il terzo libro ha segnato una vera svolta nelle direttive dell'opera di riforma. Come già si è detto, non è nella definizione della proprietà che ciò si osserva, ma nella eccezionale prefazione al Libro, costituita dalla Carta del Lavoro, che domani sarà la prefazione di tutto il codice civile. Questo importante documento del Regime ha un significato maggiore del suo stesso contenuto, che pure è imponente, perché è l'espressione delle nuove tendenze sociali della nostra età: esso deve ormai ispirare tutta la interpretazione e l'applicazione delle norme del codice e delle altre. Nel codice, sono state raggruppate ed ordinate le idee-madri delle principali leggi di carattere economico[-]social[e], che si sono pubblicate nel ventennio del Regime, che hanno trasformato il concetto giuridico della proprietà, e stabilito i doveri, che essa importa, considerata come strumento del pubblico benessere, che il titolare deve tutelare anche col sacrificio del proprio. [...] È questa coorte di disposizioni, che è sembrata a qualcuno fuori posto nel codice, che qualifica il codice stesso e lo fa apparire come prodotto del nostro tempo, figlio della nostra passione sociale, nemica di ciascun egoismo ed aspirante ad un comune superiore benessere. La proprietà rimane rafforzata nelle mani del titolare, purché questi se ne serva per la detta finalità. Così si attuano la norma VII della Carta del Lavoro che considera l'iniziativa privata come l'istrumento più efficace e più utile nel campo della produzione e la norma II che riconosce il carattere unitario del complesso della produzione, i cui obiettivi sono il benessere dei singoli e lo sviluppo della potenza nazionale. Sotto questo punto di vista possiamo anche ammettere che la codificazione abbia fatto una sterzata a sinistra. Senza di essa però sarebbe stata anemica e flaccida, come i figli dei vecchi»; e *ibid.*, p. 24, M. D'AMELIO altresì osserva: «Nel Libro delle Obbligazioni e in quello della Tutela dei diritti la nuova materia trattata, è meno permeabile alle nuove idee sociali-politiche, per quanto non manchino ammirate norme di equità e di tutela dei diritti dei più deboli. In detti libri però il valore tecnico è quello che maggiormente interessa». Ma cfr. anche A. AZARA, *Il regime della proprietà privata nel nuovo codice civile italiano*, *ibid.*, pp. 49-71, e spec. p. 49: «In questo libro [il terzo] [...] come nel quinto (lavoro) i principi basilari dell'ordinamento corporativo fascista [...] hanno più largo campo di applicazione

che negli altri libri del codice civile, ispirati anch'essi ai postulati dell'etica fascista»; e pp. 50-51: «Le norme del vecchio codice in materia di proprietà miravano principalmente alla tutela delle esigenze individuali. Quelle sociali vi facevano ogni tanto capolino ma, più che per se stesse, erano prese in considerazione e disciplinate per evitare possibilmente il cozzo degli interessi contrastanti dei singoli. È superfluo che mi indugi con Voi in esemplificazioni. La definizione stessa della proprietà, mettendo in evidenza l'assolutezza del diritto di godimento e di disposizione, aveva una amplissima portata per l'azione del singolo proprietario, al quale, tolto quello dell'osservanza delle leggi e dei regolamenti, nessun altro limite era posto alla libera volontà, che poteva impunemente trasformarsi in capriccio e giungere alla distruzione delle cose formanti l'oggetto della proprietà. Il diritto di proprietà era insomma considerato come il più assoluto dei diritti. Oggi una tale absolutezza, che consenta la distruzione, lo sciupio dei beni, non si intona più col nuovo ordinamento giuridico, che collega col diritto la responsabilità del titolare imponendo a costui il dovere di usarne in modo che non soltanto siano evitati sciupio e distruzione di beni ma anche che questi siano messi in grado di essere produttivi; si è voluta, in altri termini, come ha detto il DUCE “non la proprietà passiva ma la proprietà attiva, che non si limita a godere i frutti della ricchezza, ma li sviluppa, li aumenta, li moltiplica”. Il limite posto dal vecchio codice al proprietario nell'art. 436 era semplicemente negativo; il nuovo codice, invece, precisando il contenuto del diritto, impone al proprietario l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico, cioè dall'ordinamento corporativo, che trova nella Carta del lavoro la sua più alta espressione; e in pari tempo gli assicura di fronte ai terzi la possibilità di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo. In tal guisa è fatta salva e garantita la libera iniziativa privata del proprietario, che intenda uniformarsi ai nuovi principi e assolvere degnamente il suo compito di produttore – si intende, per tutti quei beni che hanno una attitudine alla produzione economica – e lo Stato rispetta e fa rispettare tale iniziativa privata, vigila e assiste il proprietario nella sua opera produttiva. Ma se questa egli non compie come un proprio dovere, se resta inerte e abulico attendendo che dalla proprietà gli vengano spontanei i frutti come una manna dal cielo, lo Stato interviene a risvegliarlo con efficaci pungoli, e se neppure questi producono effetto, può giungere perfino a privarlo dell'esercizio del diritto nei casi più gravi, quando cioè il proprietario tenga tale comportamento da mettere l'opera propria in opposizione a quella stabilita dallo Stato nell'interesse generale. È questo concetto di subordinazione dell'interesse del singolo a quello della collettività, che domina nel codice, che ha portato all'allargamento della categoria dei beni demaniali e dei beni indisponibili; che ha determinato il divieto degli atti di emulazione, compiuti, cioè, senz'altro scopo che quello di nuocere o di recare molestia ad altri; che ha indotto all'inserzione di norme concernenti l'espropriazione per pubblico interesse, le requisizioni, gli ammassi, i vincoli e gli obblighi temporanei imponibili alle aziende industriali, commerciali e agricole, la forma particolare di espropriazione di beni che interessano la produzione nazionale o che sono di prevalente interesse pubblico; che ha, infine, reso necessaria la disciplina del riordinamento della proprietà fondiaria e quella

cui alla Carta del Lavoro) intendeva procedere appunto alla funzionalizzazione corporativistica della proprietà privata (e, più in generale, dell'intero diritto privato)⁴⁴. È un modo, direi, per politicizzare solo apparentemente, mentre al contempo si depoliticizza, un complessivo assetto ordinamentale (quantomeno nelle ambizioni del legislatore), perché si stempera il fondamento politico stesso alla base dell'esigenza di una rinnovata codificazione.

È ben vero che de Ruggiero, con maggior nettezza, subito precisa che, fin dove la proprietà privata risponde all'interesse collettivo, lì, allora, l'ordinamento la protegge, garantendo così al singolo ogni più larga facoltà di uso, di sfruttamento e di disposizione. Il che, senza dubbio, è, al contempo, il presupposto e la conseguenza della funzionalizzazione nazionalcorporativistica della proprietà privata, in questo senso, al limite, tendente verso una proprietà 'di Stato', o comunque funzionalmente e economicisticamente nazionalizzata (siamo senza dubbio di fronte a una espressione di quel diritto pubblico dell'economia che tante forme differenziate può assumere e che tante stagioni ha attraversato e ancora attraverserà)⁴⁵.

Si può aggiungere un rilievo, di fronte a questa, al contempo, chiarezza e vaghezza programmatica e realizzativa. Ovvero: se la protezione accordata dall'ordinamento alla proprietà privata deve cessare quando il titolare del diritto pretenda di servirsene per finalità contrarie a quelle ordinamentali (e sintetizzate appunto dalla formula della funzione sociale), emerge un problema, che è il seguente (e infatti è puntualmente richiamato in più d'una osservazione al progetto): se la scelta politica generale – ovviamente non contestata; al limite, temperata *sub specie* di osservazioni meramente tecniche, che poi mai tali saranno o potranno essere – è quella di procedere con nettezza lungo la strada della funzionalizzazione corporativistica in conformità alle direttive politiche del regime, che, come tali, ovviamente non potranno appunto essere *ex professo* avversate, parrebbe indispensabile una

della bonifica integrale. In questi due ultimi gruppi di norme entra ancor più decisamente in funzione l'ordinamento corporativo, che impone a tutti non soltanto spirito di solidarietà, ma esplicamento di questa in una unione di forze, che dia un'effettiva e dinamica collaborazione per il fine superiore dell'aumento di potenza dello Stato».

⁴⁴ V. ora la sintesi di G. ALPA, *Prima lezione di diritto privato*, Laterza, Bari-Roma 2025, Cap. 24 («Ordinamento corporativo e codice civile»), pp. 122-127 (alla funzione sociale della proprietà privata sono dedicate le pp. 124-125).

⁴⁵ Informazioni e utili considerazioni, al contempo, di prospettiva e di analisi si leggono in L. DI STEFANO, *Ugo Spirito filosofo, giurista, economista*, Giovanni Volpe Editore, Roma 1980. Cfr. altresì G. RASI, *La società corporativa. Partecipazione – Programmazione*, 2 voll., Istituto di Studi Corporativi, Roma 1973.

disciplina specifica⁴⁶, proprio per evitare che la vaghezza di questa formula sia poi affidata alla sensibilità di ciascun giudice, anzi: alla coscienza sociale per come filtrata dalla giurisprudenza (e anche questo è un aspetto sul quale Barbero fa un po' di sarcasmo: di coscienze sociali ce ne sono tante quanti sono i giudici...).

Veniamo così, a questo punto, a considerare più nel dettaglio (pur senza svolgere su di esse un minuzioso lavoro di analisi, che, in effetti, non pare neppure indispensabile, posto il carattere ripetitivo di molti interventi) le 'osservazioni e proposte' formulate, in particolare, dalle università.

La documentazione contenuta nei tre volumi di 'osservazioni e proposte' raccolgono e sistematizzano (articolo per articolo) quanto trasmesso dalla Corte di Cassazione, dalle Corti d'appello, dal Consiglio di Stato, dall'Avvocatura generale dello Stato, dalle Università, dai Sindacati fascisti avvocati e procuratori, dai Ministeri, dalle Confederazioni.

Direi che non c'è dubbio che sono le osservazioni della magistratura, e in particolare della Cassazione (il primo presidente era del resto d'Amelio), a esprimere la massima vicinanza alla politica legislativa del regime e alla questione (che poi è forse quella più discussa, all'interno delle osservazioni) della funzione sociale della proprietà, e quindi alle collegate questioni del potere del giudice, della certezza del diritto, nonché della sicurezza delle contrattazioni (su questo aspetto direi che, sul versante accademico, Cesare Grassetti e Giuseppe Stolfi sono i più critici).

Ora, appunto nella parte dedicata alle osservazioni di carattere generale sull'intero progetto del libro II, le parole della Corte di cassazione sono molto nette: la proprietà privata è conservata quale uno dei cardini aristotelici dello Stato, ma è stata modernizzata, sotto il profilo del contenuto e dei limiti; e ivi viene richiamata una pagina di Raymond Saleilles a proposito del rapporto tra diritto privato e pubblico e si sottolineano, naturalmente con adesione, le ingerenze della pubblica autorità in un campo finora riservato alla sconfinata discrezionalità individualistica⁴⁷.

⁴⁶ Che era infatti anche l'idea di un Tullio Ascarelli: cfr., in particolare, T. ASCARELLI, *Alcuni aspetti del diritto commerciale nello stato corporativo*, in «Il diritto del lavoro», 1935, I, pp. 318-326.

⁴⁷ CORTE DI CASSAZIONE DEL REGNO, *Osservazioni di carattere generale su tutto il progetto*, in *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, pp. 1-3: «Si esprime un giudizio di lode e di plauso per l'egregia opera legislativa, nella quale la Commissione Reale per la riforma dei codici ha saputo tradurre in formule chiare, precise e quasi sempre felici la nuova disciplina del settore più arduo del diritto privato, perché abbraccia gli istituti sui quali opera più fortemente l'impulso innovatore del dinamismo economico-sociale. Di esso infatti il diritto se, per la

Da questo punto di vista, proprio in ragione della circostanza che i rapporti tra i poteri dei privati, i poteri pubblici e il ruolo del giudice possono rivelarsi difficili, e comunque delicati, la Cassazione ritiene opportuno che le norme di dettaglio sulla proprietà siano precedute da una parte generale che contenga le idee direttrici, anche se, lungo questa linea espansionista della funzione sociale della proprietà (che è certamente la linea del progetto), può allora risultare del tutto sufficiente l'esplicito utilizzo della formula della funzione sociale nel testo del primo comma dell'art. 18, proprio in quanto principio generale che si appoggia sulla Carta del Lavoro.

sua funzione connettiva [forse da leggere 'correttiva'], raffrena i moti, ne subisce però anche le influenze plasmatrici per la correlata funzione di disciplina di tutti i rapporti che erompono dall'assetto della economia, il quale si riconnette, a sua volta, al particolare atteggiarsi del rapporto di signoria che lega l'uomo alle cose, quali strumenti di produzione della sua ricchezza. [...] La proprietà privata è conservata, quale uno dei cardini aristotelici dello Stato, ma ne è precisata, modernizzandola, la funzione per contenuto e per limiti, determinati dalle esigenze economico-sociali, cui l'istituto deve servire. Fermo il carattere di *esclusività*, connaturale alla concezione privatistica del dominio, cede e viene meno l'altro carattere della *assolutezza* con l'ammettere l'ingerenza della pubblica autorità diretta a mantenerne l'esercizio all'altezza di quella funzione ed a contenerlo nei limiti di quelle esigenze. È sostituita, nella definizione dell'oggetto del diritto reale, alla nozione astratta di *beni* del codice vigente quella più restrittiva e realistica di *cose*, per meglio scolpirne quella funzione economica in relazione a cui la categoria concettuale acquista rilevanza giuridica; ed è accentuato nella definizione del possesso quell'elemento psicologico che, appena adombrato nel vigente art. 685 cod. civ., viene dal progetto assunto quale nota chiarificatrice della nozione dell'istituto e ragione giustificatrice di una sua più energica difesa. Ispirata a più vasta comprensione di solidarietà d'interessi e di socialità d'intenti è la regolamentazione d'istituti ignoti o malnoti al nostro codice quali la *comunione civile*, la *comunione familiare*, il *condominio degli edifici*. [...] In queste ingerenze d[e]lla pubblica autorità in un campo sino ad oggi riservato alla sconfinata discrezionalità individualistica si palesa quella parentela, venuta facendosi sempre più stretta, fra il diritto pubblico e il privato, che bene è stata messa in rilievo dal Saleilles, osservando che mentre il secondo ha fornito al diritto pubblico, ed in specie all'amministrativo, le sue abitudini di costruzione dottrinale, il diritto amministrativo ha comunicato in compenso al diritto civile un po' della sua pieghevolezza e di quella maggiore indipendenza, che è propria di un diritto non rinserrato entro l'armatura di un codice. Ma queste interferenze fra le due tradizionali *positiones iuris* pongono all'attività dell'interprete e della pubblica autorità e del privato in questo campo di rapporti giuridici un delicatissimo problema di competenze e di limiti, affinché i due principi fondamentali su cui si asside il rinnovato assetto giuridico d[e]lla proprietà (quello della sua concezione privatistica con le inerenti facoltà e l'altro della sua funzione economico-sociale con i relativi doveri) possano nella pratica applicazione razionalmente armonizzare» (corsivo orig.).

Del resto, in una osservazione della Corte d'Appello di Milano (relatore, il presidente di sezione Pelosi) si dice espressamente non solo che è stato opportuno che la formula della funzione sociale della proprietà sia stata inserita nell'articolo che definisce la proprietà medesima, ma soprattutto che questa formula avrà una forza espansiva che troverà applicazione anche in tutti gli altri diritti del singolo.

Inoltre – e qui nella stessa linea della Cassazione –, la Corte d'appello di Milano ritiene opportuno che vi sia una parte generale del codice civile in cui le direttrici, appunto ideologiche, del regime siano espresse con nettezza e incisività, proprio allo scopo di una penetrazione in tutto il diritto privato della linea corporativistica⁴⁸, ovvero allo scopo della corporativizzazione dell'intero diritto privato.

Che è poi quello che è accaduto, ma ovviamente nel dopoguerra, e rispetto al rapporto Costituzione/codice/diritto privato/diritto *tout court*, e dunque in termini di una costituzionalizzazione avvenuta in larga misura nel segno di quel solidarismo costituzionale, che, a partire dagli anni Sessanta del Novecento, ha iniziato a produrre e tuttora produce significative conseguenze (direi anch'esse espansionistiche, a danno, o comunque in attenuazione, a mio avviso eccessiva, di quel 'liberalismo costituzionale' che, da noi, è sempre apparso troppo fragile e recessivo, ai fini della fondazione istituzionale di un ordinamento politico e giuridico: da cui, potremmo dire, un liberalismo impossibile)⁴⁹.

⁴⁸ CORTE D'APPELLO DI MILANO (Rel. Pres. Sez. Pelosi), in *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 5: «Pregio fondamentale è quello di aver adeguate le norme dei diritti sulle cose al principio fondamentale della dottrina fascista, espresso nei §§ 2° e 7° della Carta del lavoro, per cui l'iniziativa privata nel campo della produzione è considerata lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione, ed il lavoro è un dovere sociale per il benessere stesso dei singoli e per lo sviluppo della potenza nazionale. Nella stessa definizione della proprietà è pertanto giustamente precisato ed accentuato il concetto della *funzione sociale* della proprietà. E questo principio, sebbene applicato particolarmente all'istituto della proprietà, ha in sé una forza espansiva, che troverà applicazione, secondo le circostanze, anche in tutti altri diritti del singolo, e potrebbe forse essere contenuto in una eventuale parte generale del codice civile» (corsivo orig.).

⁴⁹ Cfr. REBUFFA, *La Costituzione impossibile*, cit. nt. 20, *passim*, ma qui, in particolare, il Cap. V («Il dibattito repubblicano»), § 1 («La debolezza della cultura liberale»), pp. 109-112. E cfr. altresì l'importante rilievo che si legge ivi, a p. 94: «La ragione per cui il codice seppe resistere, ha una risposta semplice: la dottrina italiana del diritto privato aveva allora principi solidi. Ed erano principi individualistici e liberali. Ed anche se erano già stata formulate le teorie della "funzionalizzazione" dei diritti, che affermavano la loro sottoposizione agli

Sul fronte universitario, stando ancora all'interno di questa panoramica generale sul libro II, ci imbattiamo, ad esempio, in Luigi Cariota Ferrara⁵⁰, il quale, dal punto di vista politico, e in particolare sotto il profilo del fondamento politico-sociale degli istituti giuridici, apprezza il fatto che il progetto abbia cercato di adeguare la disciplina della proprietà e degli altri diritti reali ai nuovi principi del regime fascista e agli interessi della produzione, ma poi muove alcune circoscritte osservazioni critiche sotto il profilo di una valutazione strettamente tecnico-giuridico (e qui, naturalmente, riemerge il classico tema, almeno in potenza, della 'dissimulazione tecnicamente onesta', se vogliamo dire così), che però non toccano, perché allora sarebbe autocontraddittorio, l'elogio, di carattere politico, da cui Cariota muove, ovvero l'opportunità di un adeguamento tecnico del codice alla complessiva ispirazione politica del regime (del resto, è anche vero che un tale adeguamento, o meglio, la volontà di un tale adeguamento, è *in re ipsa*, emergendo essa, quantomeno rispetto al codice civile, dall'innesto del diritto privato nel diritto corporativo, ovvero nel diritto pubblico: ma la pubblicizzazione del diritto privato non significa, ovviamente, trasformare il diritto privato in un diritto autoritario).

Orbene, se a questo punto andiamo a leggere le osservazioni di Cariota all'art. 18 del progetto, egli si interroga sul rapporto tra interesse pubblico e diritto di proprietà, precisando che l'interesse pubblico può funzionare non da contenuto, ma solo da limite, rispetto al diritto di proprietà, che è, e resta, un interesse privato.

Di qui la critica che Cariota formula nei confronti dell'art. 18: la norma è soprattutto carente perché non precisa questa distinzione. Ma, a commento, è facile rilevare: è ovvio che la norma non lo precisi, proprio perché la *ratio* è esattamente quella di pubblicizzare complessivamente la proprietà privata, portando la funzione sociale all'interno del contenuto della proprietà, e non lasciandola all'esterno (e qui, infatti, si apre – o meglio, si aprirebbe – lo spazio per una effettiva dialettica politico-giuridica, ovvero tra politica legislativa e tecnica giuridica; ma è ovvio che, in quel contesto, ciò che non può dirsi, o che non può dirsi fino in fondo – limitandosi così all'allusione –, sul piano politico si recupera poi, ma certo poco efficacemente, sul piano tecnico-giuridico); e del resto, questo dei limiti è un

obiettivi collettivi e alla discrezionalità del legislatore per limitarli, queste non entrarono nella codificazione. Vi entrarono molto più tardi, con la legislazione repubblicana che rese il codice civile una norma residuale».

⁵⁰ CORTE D'APPELLO DI MILANO (Rel. Pres. Sez. Pelosi), in *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 9.

classico tema civilistico, protrattosi ben oltre la caduta del fascismo, e ancora oggi non esaurito: la lettura solidaristica della proprietà privata, e quindi la funzione sociale in senso costituzionale della proprietà privata, hanno valorizzato anch'esse la funzione sociale come parte del contenuto del diritto (da cui una funzione conformativa), e non come limite esterno a esso, salvaguardandosi così il contenuto del diritto: tanto è vero che è stata poi elaborata la celeberrima dottrina del contenuto minimo essenziale della proprietà privata, oggi messa nuovamente in discussione soprattutto dai teorici dei beni comuni, che senza dubbio rappresentano, al tempo nostro, la massima rivendicazione contemporanea della funzionalizzazione sociale della proprietà privata, riproponendosi così, con notevole evidenza, il problema della individuazione, e della conseguente disciplina, di distinte categorie di beni oggetto del diritto di proprietà privata, onde appunto sottrarsi a una generica, e in questo senso pericolosa, funzionalizzazione sociale della proprietà privata in quanto tale.

Dicevo che Cariota critica la formulazione dell'art. 18, rispetto alla funzione sociale: è però singolare che egli scriva che la norma non fa capire se la funzione sociale faccia parte del contenuto del diritto, o ne sia un limite esterno. Certamente, nella prospettiva generale del progetto, la funzione sociale è intrinseca all'istituto della proprietà privata.

Del resto, Cariota critica altresì, e *in radice*, la stessa presenza nell'art. 18 della formula della funzione sociale: la definizione di proprietà⁵¹ «pecca di una indeterminatezza, che quasi la fa apparire meta giuridica»⁵². In altri ter-

⁵¹ Peraltro, la delicatezza del problema definitorio non era affatto occultata, nel progetto (pur schiacciando il problema definitorio sul versante strettamente tecnico – il che, naturalmente, è un riduzionismo indebito, perché impossibile), come emerge dal seguente passaggio di DE RUGGIERO, in *Commissione reale per la riforma dei codici – Sottocommissione per il codice civile – Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali (Relazione al progetto)*, cit. nt. 1, p. 17: «Il primo e più arduo compito che si presentava alla Commissione era quello di decidere se dovesse darsi, e in quale forma, la definizione della proprietà. Sono note le difficoltà che si incontrano per tale definizione, sia per la vasta comprensione che da una parte ha in sé il dominio, capace di abbracciare ogni più varia facoltà d'uso e di disposizione della cosa che ne forma oggetto, sia, d'altra parte, per l'attitudine che esso ha a comprimersi e a ridursi nel suo contenuto fino quasi al nulla come potere del dominio, senza che tuttavia la compressione giunga a distruggere totalmente il vincolo di appartenenza della cosa alla persona».

⁵² L. CARIOTA FERRARA, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 236. Certo allora colpisce non poco che un SERGIO PANUNZIO (soprattutto perché «è autore in cui risulta – per sua stessa ammissione – difficile distinguere momento speculativo e azione politica»: così scrive F. LANCHESTER, *Sergio Panunzio, un dottrinario per la "rivoluzione"*, in ID., *La dottrina co-*

stituzionalistica dallo Stato liberale alla Repubblica, cit. nt. 12, pp. 119-126, a p. 119) abbia affermato quanto segue (e invero, come già riferito *supra*, nt. 26, egli poi coerentemente si astenne, in sede di votazione del testo dell'art. 18 del progetto): «PANUNZIO. Rileva che senza dubbio l'esame della Commissione verte su di un punto cruciale. Bisogna però considerare che ci si trova in presenza di una definizione semplicemente dogmatica, né politica, né sociale, né filosofica. D'altra parte la Commissione ha presentemente il compito di definire in sede di Codice civile la proprietà, ma a sua volta la norma riguardante la proprietà privata deve agganciarsi ad una norma più fondamentale, che nella riunione precedente fu detta la norma delle norme. È vero che nel Codice civile c'è una più o meno ricca penetrazione di elementi pubblicistici, ma non bisogna dimenticare che il Codice civile è il Codice del diritto privato per eccellenza, e che quindi la proprietà, disciplinata dal Codice civile, non è e non può essere che la proprietà privata e quindi bisogna stare bene attenti, anche dal lato tecnico e dogmatico, a tener presenti gli elementi intrinseci e caratteristici della proprietà privata, o, se si vuole, della proprietà di diritto civile. Per quanto però si tratti per ora di tener di mira la proprietà nel senso civilistico della parola, la Commissione, tuttavia, non può prescindere da una norma di base. Tutto il nostro sistema giuridico non può non partire dalla definizione di proprietà e questo non soltanto relativamente alla proprietà privata, ma anche a quella pubblica. Abbiamo – è vero – la Carta del lavoro, tanto che anche il prof. De Ruggiero [*sic*] nella sua relazione, che è di largo respiro dal lato politico e sociale, fa riferimento appunto alla settima dichiarazione di essa. Anche al Congresso di studi corporativi di Ferrara molti argomentarono che poiché nella Carta del lavoro si parla di iniziativa privata, e non di proprietà privata, sarebbe estraneo al sistema del diritto fascista il concetto di proprietà privata! Egli [Panunzio] però ritiene che in una predefinizione di tutti i nostri precetti giuridici, come norma fondamentale, debba definirsi la proprietà come diritto, intesa in tutta la sua complessità ed in tutta la sua portata. Questa definizione – a suo avviso – non può trovare posto che nella enunciazione dei Principii generali, per cui pensa che oggi la Commissione debba limitarsi a far voti che in quella sede sia definita la proprietà. Osserva poi che definendo la proprietà nel senso fascistico non ci si deve fare abbagliare troppo dal concetto di funzione sociale, il quale in primo luogo è troppo generico, e in secondo luogo non è tecnicamente ed esclusivamente fascista, perché non c'è sistema di diritto socialista che non parli di doveri sociali della proprietà e di funzione sociale di essa. Quello che invece si deve affermare, andando oltre il concetto di iniziativa della Carta del lavoro, è che la proprietà è un'espressione della personalità umana. Quindi, non il concetto filosofico socialista della proprietà, ma il concetto filosofico fascista, in altri termini il concetto spiritualistico della proprietà, il che vuol dire riferimento della cosa alla persona e all'attività della persona. Senza questo abbinamento, senza questa intima compenetrazione del concetto di personalità e del concetto di proprietà non si potrebbe basare il concetto di proprietà nel sistema fascista, sia in sede di diritto pubblico (perché anche lo Stato è un soggetto), sia, in sede di diritto privato, dato che il soggetto è spirito ed ha tra le altre sue esplicazioni quella della proprietà» (*Atti della*

mini: una proprietà privata funzionalizzata non è più tale, e, in particolare, una proprietà privata funzionalizzata è una proprietà ‘politica’, non più giuridica (potremmo dire, non è più un concetto giuridico ma è una funzione politica): «Qual’è il significato, quali sono i confini della “funzione sociale” del diritto di proprietà? Quando si eccedono tali confini? E quali ne sono le conseguenze? Per lo meno bisogna eliminare il pericolo che il concetto di funzione sociale si possa foggare caso per caso dall’interprete della legge, chiarendo e precisando che esso è tale quale risulta dai principi e dalle altre norme dell’ordinamento giuridico positivo, preso, s’intende, nella sua complessa unità»⁵³.

In questa prospettiva (e si tratta di un rilievo che, ovviamente, non stupisce), il pericolo di tale indeterminatezza di fondo (che poi, a veder bene, non era indeterminatezza, o, peggio, incertezza giuridico-concettuale, ma, appunto, lineare e piena proiezione sul diritto privato della complessiva istanza corporativistica) si ha soprattutto nel momento applicativo: il pericolo, in altre parole, è che il concetto di funzione sociale venga poi costruito e ricostruito caso per caso dall’interprete, e dunque servirebbe un intervento specifico di dettaglio, da parte del legislatore, proprio per circoscrivere il significato della funzione sociale (non smentita, dunque, in termini politici, ma da specificarsi e da rafforzarsi in chiave tecnica).

Tuttavia, il ragionamento svolto da Cariota presenta, se non vogliamo dire una fallacia logica, una debolezza argomentativa, che discende da una debolezza di impostazione: proprio perché, se è lo stesso Cariota (e verosimilmente sarebbe stato difficile esprimere una posizione politicamente diversa) a riconoscere che le ricadute sulla definizione del diritto di proprietà sono la lineare conseguenza della premessa politica, non può, poi, al contempo, il medesimo autore dolersi che la dimensione politica incida su quella giuridica (colpisce, altresì, il riferimento critico alla dimensione metagiuridica, ovvero, politica, che è appunto la premessa inevitabile dell’intero progetto).

Mi sono soffermato con una certa attenzione sulle osservazioni di Cariota, proprio perché ci troviamo di fronte alla posizione di uno studioso che (è un aspetto che ho già sottolineato più sopra, e che però torno qui a enfatizzare) fa emergere con sufficiente chiarezza un certo imbarazzo. Ovvero: da un lato, l’accettazione di un dato invero inevitabile: i riflessi che «il nuovo clima politico» deve necessariamente produrre sul diritto di proprietà; e a ciò si aggiunga che Cariota riconosce e accetta il peso spe-

Commissione delle assemblee legislative, cit. nt. 26, pp. 67-68).

⁵³ CARIOTA FERRARA, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, pp. 236-237.

cifico dell'interesse pubblico nei rapporti giuridici privatistici («L'interesse pubblico [...] ha, oggi specialmente, pure qui, anzi soprattutto qui [*scil.* nel diritto di proprietà], il suo peso. Ciò si è giustamente intuito e creduto di dover porre in rilievo nel progetto»)⁵⁴; dall'altro lato, però, Cariota muove un rilievo critico non perfettamente coerente con la premessa, invero consentanea alla 'pubblicizzazione' della proprietà privata – donde la distinzione (che, appunto, ritornerà spesso nella dottrina civilistica italiana impegnata intorno alla 'funzione sociale costituzionale') tra interesse pubblico/contenuto e interesse pubblico/limite –, per cui la predicata, dal progetto, conformità alla funzione sociale risulterebbe in sostanza una formula, più che ambigua, non concretizzabile (ovvero, concretizzabile in forza dei differenziati soggettivismi decisorii, e di qui quel riferimento, ambiguo – o meglio, opinabile –, alla 'indeterminatezza quasi metagiuridica', fonte di arbitrio).

Stando ancora sulla critica rivolta espressamente contro la funzione sociale, molto più incisivo e netto è Domenico Barbero, il quale redige un'osservazione assai ampia e dettagliata⁵⁵ (e che, a ben vedere, meriterebbe un'analisi a sé).

Il punto di partenza è apparentemente lo stesso di Cariota: in chiave politica (Barbero scrive 'concettuale', ma non intende significare una cosa diversa da 'politica') c'è approvazione (la nozione di proprietà, scrive infatti Barbero, cambia, e poi usa questi quattro avverbi: 'profondamente', 'giustamente', 'equamente', 'umanamente')⁵⁶.

Ecco che arriva però subito la critica: sotto il profilo della tecnica legislativa questa definizione di proprietà, e quindi il collegamento tra proprietà e funzione sociale, lascia molto a desiderare; anzi, nelle parole di Barbero, è quanto di meno opportuno si potesse formulare in una norma giuridica (l'art. 18 del progetto, appunto).

Da questo punto di vista, un rilievo può essere formulato nei termini seguenti. Non è molto chiaro (e direi che non è per nulla convincente) l'argomento specifico usato da Barbero per formulare la sua critica. Leggiamo

⁵⁴ *Ibid.*, p. 236.

⁵⁵ BARBERO, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, pp. 241-246.

⁵⁶ Questo il passaggio, che si legge *ibid.*, p. 241, in esordio di osservazione: «Il titolo sulla proprietà si apre con una definizione che, dal punto di vista *concettuale*, mira ad innovare profondamente – e deve aggiungersi senza esitazione, giustamente, equamente, umanamente – la nozione giuridica del diritto di proprietà; ma dal punto di vista della *tecnica* legislativa è, a nostro sommo avviso, quanto di meno opportuno si potesse formulare in una norma giuridica» (corsivo orig.).

questo passaggio: «Siamo al solito punto: cosa debba essere e sia un istituto giuridico, in sede *legislativa* risulta dal complesso delle norme che gli danno la fisionomia: è in sede *dottrinale* che da questo complesso di norme si ricava, anzi si deve poi ricavare, la visione sintetica dell'istituto medesimo. Sarà quindi in sede dottrinale che, dal complesso delle norme, da cui è disciplinato, nel progetto, il diritto di proprietà, l'interprete avrà da sentirsi guidato e spinto a definire: la proprietà è, in questo sistema, il diritto di godere e disporre della cosa in modo esclusivo, in conformità della funzione sociale del diritto stesso»⁵⁷.

Ora, se la previsione legislativa è il fondamento della ricostruzione dottrinale, che appunto lavora sul complesso di norme, non si comprende dove starebbe la stranezza di un legislatore che proprio all'inizio della disciplina sulla proprietà assegna a essa una funzione sociale, che, come tale, è elemento portante, ai fini della complessiva definizione operativamente rilevante dello stesso diritto di proprietà.

A meno che Barbero stia pensando (ma, allora, è un pensiero in parte occultato) a una formula che va tecnicamente respinta in quanto politicamente inopportuna, e che dunque rappresenta sì un ostacolo all'attività ricostruttiva (o meglio, a un'attività ricostruttiva orientata in una certa direzione), ma, appunto, per ragioni politiche e non tecniche.

Accennavo qui sopra al sarcasmo (che si dirige su due fronti: quello della funzione sociale e quello della coscienza sociale) di Barbero: «[La funzione sociale] fa tutto l'effetto – si passi la riverente ilarità – che il legislatore, per evitare di scordarsene cammin facendo, abbia voluto distendersi ben chiare innanzi le linee del suo *programma*, al fine di potervene rispecchiare, man mano, lo svolgimento e constatarne la più piena, meno piena, eventualmente mancante, rispondenza e portare i necessari ritocchi. Appunto più che un valore programmatico una tal dichiarazione, così generica, non potrebbe infatti avere»⁵⁸.

Il punto, nella prospettiva di Barbero, non è se la proprietà privata abbia o non abbia una funzione sociale (ogni istituto giuridico l'ha); è di sapere quale sia, e quindi in che direzione tenda, questa funzione sociale.

Qui, la linea di ragionamento è abbastanza convergente (ma più netta) con quella di Cariota. Se, oltre al principio, ci fosse anche una disciplina *ad hoc*, volta a tradurre in precetti concreti la funzione sociale, ciò sarebbe rassicurante, se non altro rispetto all'esigenza della certezza del diritto.

Invece, se la disciplina manca, oppure (e questo è senza dubbio un ri-

⁵⁷ *Ibid.*, p. 241 (corsivo orig.).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 242 (corsivo orig.).

lievo fondato) se la formula della funzione sociale, appunto in quanto clausola generale, va comunque (o può fisiologicamente andare) oltre a quanto già previsto dall'ordinamento attraverso norme di dettaglio, aventi esse un contenuto più circostanziato, a chi si potrà fare appello per capire il significato della formula?

Ed ecco, appunto, il secondo rilievo sarcastico di Barbero: «Alla coscienza sociale? E dov'è questa? O quante ce ne sono di coscienze sociali? Alla fine si arriverebbe necessariamente alla coscienza del giudice, l'unica che sia qualcosa di reale e che alla fine riuscirebbe a farsi strada. Ora non vorremmo essere sospettati da lontano mille miglia che noi non abbiamo la più assoluta fiducia nella bontà della coscienza sociale dei giudici; ci si permetterà, però, di dubitare che assai probabilmente, anzi certamente, pur avendola tutti sostanzialmente buona, non l'avranno tutti del medesimo stampo, fin nei minimi particolari. Ne deriverebbe, sempre, un criterio oscillante. Ma si dirà: succede la stessa cosa in altre materie. È appunto qui, si noti, la differenza: che v'è materia e materia. In talune materie tanto l'oscillazione *può concedersi*, che sembra addirittura *inevitabile*. In altre (e quella che abbiamo in esame sembra di queste altre) è al sommo antipolitico ammetterla: tale è appunto o, almeno, ci sembra, l'introduzione di un elemento oscillante a giudizio del giudice, nella definizione stessa del principale dei diritti, il diritto di proprietà»⁵⁹.

Può sottolinearsi come, qui, il riferimento alla politicità/impoliticità attinga allo spazio della certezza del diritto; ma, allora, la formula della fun-

⁵⁹ Ivi (corsivo orig.). C'è un po' di sarcasmo, ma c'è pure qualche contraddizione, nel complessivo ragionamento di Barbero, a me pare. Come ad esempio in questo passaggio, che si legge *ibid.*, p. 244: «Tutte queste osservazioni ci pare che rendano indiscutibile una conclusione: la conclusione che quel richiamo alla funzione sociale della proprietà, contenuta nell'art. 18, non può essere lasciato sussistere senza che o si aprano le porte agli abusi più inverosimili o si lasci sussistere una norma, di cui già *a priori* si conosce e si *sanziona* la *possibilità* e l'*impunità* di innumerabili violazioni. Bisogna avere il coraggio, un coraggio proprio da legislatore, di sacrificare e bandire dalla legge anche le più belle enunciazioni letterarie, la presentazione dei migliori programmi e delle più apprezzabili idealità, per limitarsi ad attuare gli uni e le altre, in quelle disposizioni positive, e quelle sole, che sono *necessarie* e *sufficienti* allo scopo. Stia pure, allora la riforma della proprietà, in conformità della funzione sociale che i tempi, finalmente, sono giunti a scorgere in questo diritto: non saremo certo noi, eredi d'una tradizione cattolica, la quale risale all'epoca dello spietato imperante egoismo romano e proprio in mezzo a quest'egoismo si afferma, che ci opporremo ad innovazioni di questa specie. Ma si tagli via, senza rimpianto, e nel *primo* interesse del programma stesso che si mira ad attuare, il richiamo dell'art. 18 del progetto alla funzione sociale della proprietà» (corsivo orig.).

zione sociale della proprietà, se adottata proprio per temperare il tasso di individualismo presente nella proprietà privata, pur senza cancellare *in radice* questo diritto soggettivo, dovrebbe consentire, parrebbe, quel controllabile (e quindi prevedibile, a tutela del principio della certezza) bilanciamento tra interesse individuale e interesse collettivo, nella certezza (appunto) che dovrà comunque sempre trattarsi di un bilanciamento maggiormente orientato a favore delle ragioni pubblicistiche. Con evidente (e quindi certa, e come tale, di nuovo, prevedibile) compressione delle ragioni e degli interessi privatistici.

Ho fatto più sopra qualche cenno, anche indiretto, alla problematica oscillazione (lontananza/vicinanza) tra l'adesione alla politica del diritto del regime e le critiche apparentemente solo tecnico-giuridico, o comunque presentate come tali⁶⁰. E si è appena visto come la posizione dello stesso Barbero, senza dubbio nettamente critico rispetto alla funzionalizzazione antiindividualistica della proprietà privata, non riesca poi a sottrarsi alle secche della politica legislativa, pur assumendo un'altrettanto netta (ma assai fragile) distinzione tra 'materie giuridiche politiche' e 'materie giuridiche impolitiche'.

Sotto questo profilo, direi, spiccano le osservazioni svolte da Cesare Grassetti⁶¹.

L'*incipit*, ancora una volta, non ci sorprende: apprezzamento complessivo per il progetto (ovvero: per le esigenze politiche di modernizzazione espresse nel progetto, e anzi alla base del progetto), appunto perché, in questo modo, il diritto civile italiano (e in particolare il diritto di proprietà) viene adeguato alle esigenze dell'era nuova. Se, quindi, la concezione sociale della proprietà è da condividersi (del resto, avendo prima richiamato Tullio Ascarelli, si può ora fare il nome di un civilista quale Guido/Gad Tedeschi – il quale riparò poi in Israele, ivi insegnando nella Hebrew University of Jerusalem e non ritornando più stabilmente in Italia: egli, nella sua succinta osservazione, rileva che «[l]a menzione della funzione sociale della proprietà, nella definizione che di essa dà il progetto, è adeguata espressione della evoluzione che l'istituto ha certamente subito nell'ultimo secolo, e ri-

⁶⁰ In tema, due contributi di riferimento (anche se, oggi, non necessariamente in tutto condivisibili) sono i seguenti: J. STONE, *Theories of Law and Justice of Fascist Italy*, in «The Modern Law Review», 1937, vol. 1, n. 3, pp. 177-202; G. CALABRESI, *Two Functions of Formalism: In Memory of Guido Tedeschi*, in «University of Chicago Law Review», 2000, vol. 67, n. 2, pp. 479-488.

⁶¹ GRASSETTI, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, pp. 239-240.

sponde bene alla coscienza giuridica del nostro tempo»⁶², gli aspetti maggiormente problematici emergono, di nuovo, nel momento in cui si tratti di definire il contenuto specifico della funzione sociale, perché la formula non può restare indeterminata (argomentazione, anche in questo caso, se non sorprendente, neppure del tutto condivisibile, proprio perché il senso della formula della funzione era proprio quello di essere una clausola generale, anzi un principio generale, operante, del resto, in perfetto parallelismo con il divieto dell'abuso del diritto e, se volgiamo lo sguardo al rapporto obbligatorio, con quella solidarietà corporativa di cui all'originario tenore dell'art. 1175 – come in effetti aveva fatto osservare Roberto de Ruggiero nella relazione al progetto).

Alla determinazione del contenuto della funzione sociale – osserva Grasseti, il quale, ovviamente, per ragioni dogmatiche, cui mai abdicò⁶³, si muove nell'ambito della 'fattispecie positivista' – si perviene «con l'imposizione di obblighi a contenuto positivo al proprietario. La astratta funzione sociale assume, infatti, atteggiamenti e fisionomie differenti in relazione alle concrete finalità da raggiungere (Pugliatti), ed è questa che importa determinare. La "funzione sociale del diritto di proprietà", espressa in formula generica, non può significare che un rinvio: intesa come principio di valor generale ed a sé stante, importa un potere discrezionale del magistrato o della Pubblica Amministrazione, che distrugge l'essenza stessa del diritto di proprietà»⁶⁴.

Il che, di nuovo, significa trasferire (indipendentemente dalla consapevolezza dell'operazione culturale che si stava compiendo) sul piano tecnico ciò che ha una evidente portata politica.

Di più. La critica, invero principale, di Grasseti, dando uno sguardo d'insieme al progetto del libro II, è che in esso ci sono troppe regole di ca-

⁶² TEDESCHI, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 250.

⁶³ Ciò è ben noto, ma cfr. comunque quanto ebbe modo di rispondere (con tono piuttosto secco, a me pare, se non vogliamo dire scortese) a N. IRTI, *Intervista sul diritto privato*, Cedam, Padova 1998, p. 78 (le domande di Irti, tra le altre, erano le seguenti: «Quale metodo di ricerca dominava allora nella sua disciplina? Vi era consapevolezza di compiere una scelta metodologica? Nella sua esperienza scientifica, si è tenuto fedele al metodo dei primi lavori, o ha invece adottato altri criteri e prospettive di indagine?»): «Il metodo di ricerca era essenzialmente dogmatico e non vi era consapevolezza di compiere particolari scelte metodologiche dato che il metodo dogmatico era comunemente accettato. [...] Mi sono tenuto fedele al metodo dei primi lavori, cioè al metodo dogmatico, sia pure con maggiori riferimenti alla esperienza pratica».

⁶⁴ GRASSETTI, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, pp. 239-240.

rattere dottrinale, troppe definizioni (e allora viene subito alla mente quanto ebbe a scrivere Tullio Ascarelli, proprio in riferimento al codice civile come tale: è un codice troppo dottrinale; e v. infatti la critica che anche Giuseppe Stolfi rivolge al progetto, nella sua interezza: riflette eccessivamente le prospettive dogmatiche, e soprattutto i contrasti dogmatici, dei vari partecipanti ai lavori di riforma, in ragione dell'autorevolezza scientifica personale)⁶⁵. Che, mi pare, è un altro modo per svolgere la critica per cui il codice è meno giuspositivisticamente precettistico di quanto dovrebbe invece essere. Con l'ulteriore rischio, si potrebbe facilmente congetturare, che un codice che accoglie (in modo peraltro disarmonico)⁶⁶ un po' tutte le varie impo-

⁶⁵ STOLFI, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 16.

⁶⁶ Anche BARBERO, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 14, muove, *grosso modo* (anche se la esprime in termini più sintetici e meno netti), la stessa critica: «Nonostante questa generalissima riserva, il giudizio potrebbe essere in massima favorevole, essendo che si possono scorgere, a mio avviso, in questo progetto le basi di un ottimo testo legislativo, solo che, su queste basi appunto, si potesse da questo momento attuare una veramente stretta collaborazione fra gli studiosi della Commissione e gli altri studiosi: è questo, infatti, a mio modo di vedere, il momento più importante d'un'opera di legislazione e in cui la collaborazione può dare i migliori frutti. E poiché nessuna opera merita, come la riforma d'una legislazione, di essere minutamente, scrupolosamente ponderata, sarà piuttosto minuto l'esame che siamo per fare». Lo stesso Barbero (*ibid.*, pp. 13-14) osserva quanto segue, che va riferito *in extenso* e brevemente commentato: «[U]na formazione legislativa ha pure un compito altrettanto importante, anzi necessario, che si può chiamare di *tecnica giuridica*. Tanto è grave la funzione della tecnica nell'opera di legislazione, che dal suo ruolo concettualmente di sussidio (quindi, parrebbe, secondario) circostanze le più impensate possono farle prendere il sopravvento e balzarla al ruolo di dominio della stessa concezione giuridica, ad esprimere essa stessa la norma per la situazione. Cosa da tutti risaputa in teoria, ma qualche volta, come accade rilevare, per quel che sembra, in questo progetto, inavvertita nel momento di farne conto in pratica» (corsivo orig.). Anche qui, mi pare, ci troviamo di fronte a affermazioni solo apparentemente lineari, che, in realtà, sono problematiche. Ora, che la tecnica giuridica – in base a quella che, oggi, è la *communis opinio* – possa scavalcare e soppiantare la politica legislativa, ma soprattutto la politica del diritto degli interpreti (qui riunendo giuristi teorici e giuristi pratici), è assai dubbio: anzi, è falso. E del resto, proprio il ricorso alla funzione sociale, e in particolare alla 'codificazione' di essa, attesta una determinata politica legislativa, da attuarsi, ovviamente, tramite la tecnica giuridica. Da questo punto di vista, si può allora ritenere (in qualche misura leggendo tra le righe) che Barbero sostenga (con una certa prudenza, del tutto comprensibile) che l'interpretazione dottrinale (e giurisprudenziale) della funzione sociale (e di tutti gli altri principi e istituti nati per funzionalizzare in senso pubblicistico il diritto privato) dovrebbe essere invece rivolta a un depotenziamento politico della funzione sociale medesima. Non

stazioni dogmatiche della giusciviltistica del tempo si presta a essere strumentalizzato politicamente, così, però, legittimando quello che potremmo anche definire un occultamento politico consumato *sub specie iuris*, cioè assegnando, rispettivamente a diritto e politica, ruoli opposti, da cui un ribaltamento delle rispettive posizioni di potere (ma, lo si deve ribadire – pur essendo ovvio –, la trasparenza, nel momento in cui l’operazione politico-culturale venga svolta, può pretendersi, e aversi, solo all’interno di un regime liberaldemocratico: *infra*, in chiusura di discorso, faccio un cenno alla questione, rilevante anche oggi, ma nella diversa prospettiva di un opportuno ritorno a un *self restraint* giudiziale, che non significa affatto depolitizzazione del lavoro del giurista-interprete, né indolenza giudiziaria⁶⁷, e che invece significa, all’opposto, diffusa consapevolezza politica dell’inopportunità democratica – e vorrei dire istituzionale – di un conflitto ermeneutico tutto interno alle stesse fonti del diritto, tra cui, ovviamente, la giurisprudenza: ciò, oggi, ben può essere indicato come obiettivo di carattere appunto istituzionale, operando tutti all’interno di un assetto ordinamentale liberaldemocratico. E del resto, ma detto qui solo come cenno, l’indifferenza politica e partitica che spesso caratterizza larghe componenti delle società liberaldemocraticamente stabili non è affatto un segno negativo, perché, al contrario, esprime una complessiva fiducia nella generale stabilità del sistema; in parallelo, un minor coinvolgimento giusciviltistico e giusermeneutico della giurisdizione, rispetto a legislativo e esecutivo, esprime la consapevolezza, politica, e quindi giuridica, che il momento interpretativo ben può perdere quei connotati conflittuali, perché la comune linea di orizzonte istituzionale è la liberaldemocrazia, fondata, oggi più di ieri, su di un pluralismo che è costituzionalmente legittimato e che, come tale, a sua volta legittima un significativo tasso di discrezionalità legislativa: direi anche che, in questa prospettiva, la stessa Costituzione assume, prevalentemente, un ruolo più strutturale che funzionale, più organizzativo

già, ovviamente, nel senso che la tecnica, come tale, possa spodestare la politica, ma nel senso (tutto politico) per cui la tecnica, in sé, è lo strumento attuativo di un disegno (in questo caso giuridico), e come tale può, e anzi deve, essere indirizzata a un fine. In sostanza, anche se Barbero (ma non sapremmo dire quanto convintamente) lo afferma, nessun giurista (a meno che lo voglia; a meno che non si renda conto di poterlo non essere) diventa prigioniero della tecnica, che è il classico (pensando a Benedetto Croce e alle sue varie polemiche contro plurime rivendicazioni al diritto di autonomia concettuale e categoriale) ‘strumento di orientazione’.

⁶⁷ FR.A BENATTI, *Essere giudice oggi. L’esperienza di Justice Scalia*, Mimesis, Milano-Udine 2023, p. 100, nt. 188.

che promozionale, più stabilizzante che non deflagrante – ma perché tutto ciò possa, almeno in parte, accadere è ovviamente indispensabile una serie di operazioni politico-culturali dei giuristi e dei giuristi-interpreti, in difetto delle quali è impossibile procedere a quel riassetto istituzionale oggi da più parti invocato).

Ora, tornando alla prospettiva che all'interno di questa mia parziale e rapida panoramica ho inteso di maggiormente valorizzare, e cioè, in sostanza, il rapporto tra politica del diritto e tecnica giuridica, tra ideologia e tecnica della codificazione, su questo aspetto Cesare Grassetti appare molto netto: una definizione di proprietà privata rispetto alla funzione sociale è una definizione non solo inutile ma dannosa, perché – scrive letteralmente Grassetti – è facile la tentazione di intenderla non come semplice definizione (e qui 'definizione' va letta nel senso di linea programmatica: una linea programmatica che, però, lo stesso Grassetti, nelle vesti di osservatore tecnico della politica del diritto espressa nel progetto, approva)⁶⁸, ma come espressione fornita di un vero e proprio contenuto normativo. Egli infatti aggiunge che, se la funzione sociale può star bene in una dichiarazione programmatica, non può essere invece contenuta in un articolo del codice, «che esige la certezza e la sicurezza nella sua applicazione»⁶⁹.

Una certezza e una sicurezza che, in questa prospettiva, possono (o potrebbero) soltanto risiedere nel precetto legislativo, lasciando, evidentemente, il minor margine possibile aperto alla discrezionalità dell'interprete. E Grassetti, infatti, glossa (con riferimento al progetto considerato nella sua interezza): sempre meglio non definire, da parte del legislatore⁷⁰: «Un

⁶⁸ GRASSETTI, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 10: «La Facoltà, sente il dovere di esprimere il suo vivo plauso per l'opera sagace e profonda compiuta dalla Commissione Reale che ha redatto il progetto. Esso costituisce, nel suo complesso, una riforma degna delle nostre tradizioni e rispondente all'intento di adeguare il nuovo diritto alle esigenze dell'era nuova: compito, questo, particolarmente arduo perché, come giustamente avvertito nell'introduzione alla relazione, la materia regolata nel libro II, ancor più che quella disciplinata negli altri libri, richiede una profonda e attenta osservazione dell'orientamento impresso dal Regime fascista a tutto l'ordinamento sociale ed economico della Nazione. Anche dal punto di vista sistematico e tecnico-legislativo, il progetto contiene innovazioni importanti e segna, in complesso, un notevole progresso».

⁶⁹ GRASSETTI, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 239.

⁷⁰ In senso conforme, anche ALLARA, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 22: «Data la difficoltà della formulazione di queste ultime e il grave rischio di provocare, con una definizione inesatta, un contrasto tra essa e il regolamento analitico della materia definita, sembra augurabile che il nuovo legislatore riduca al minimo le definizioni, lasciando alla

primo e gravissimo dubbio concerne l'assunzione nel progetto di una serie di regole di carattere dottrinale, delle quali è per lo meno discutibile, non tanto la necessità, quanto l'opportunità di inserzione nel codice. Questo rilievo di carattere generale vale massimamente per un cospicuo numero di definizioni accolte nel progetto. [...] Il legislatore deve fare un codice, non un'opera di dottrina: e perciò è bene che nel codice non siano ripetute, ovvero lo siano nella minore misura possibile, le classificazioni, le sistemazioni, le costruzioni, appunto perché esse non appartengono alla competenza materiale legislativa e, quando sono formulate nei testi, non vincolano l'interprete più di quanto vincoli una autorevole opinione scientifica. Il rilievo vale [,] a maggior ragione, per le definizioni, almeno per quelle che sono definizioni vere e proprie, cioè che non pongono elementi condizionanti il dispositivo di altre norme giuridiche»⁷¹.

È comunque Giuseppe Stolfi a indirizzare al progetto la critica forse più corrosiva, e ciò non solo per ragioni ideologiche ma anche (o soprattutto) per ragioni attinenti all'impostazione sistematica, e in particolare alla cultura giuridica – alla dogmatica.

Dice in sostanza Stolfi (e ne ho già fatto cenno più sopra): il progetto non è armonico perché in troppi casi ciascuno dei partecipanti ai lavori della Commissione ha portato in esso la sua specifica convinzione dottrinale: la sostanziale differenza di mentalità, di cultura, di propositi dei singoli relatori – citando qui alla lettera Stolfi – si è ripercossa in maniera tanto accentuata nella redazione del progetto da renderlo pieno di contraddizioni, della più varia natura⁷².

dottrina, più adatta in questo lavoro e della quale i risultati erronei sono meno dannosi, il compito di definire».

⁷¹ GRASSETTI, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, pp. 10-11.

⁷² STOLFI, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 16. E cfr. il rilievo che si legge, *ibid.*, p. 15: «È agevole invero notare che l'opera della Commissione è stata volta a volta dominata da quattro tendenze fondamentali, che, per accordarsi male tra loro, hanno conferito al progetto la sua peculiare caratteristica di costituire un insieme di norme scarsamente coordinate, il che spiega come esso non abbia suscitato un eccessivo entusiasmo». Ma allora cfr. altresì quanto affermato da Stolfi in apertura di osservazione, e subito a seguire: «È apparso altamente meritorio lo sforzo dei compilatori del progetto di assicurare meglio la certezza dei diritti [...], nonché di colmare le lacune più notevoli del codice vigente, regolando magari interi istituti lasciati finora nell'oblio, com'è ad esempio quello della comunione familiare. La Facoltà peraltro deve osservare che non sempre il progetto esce vittorioso dal confronto con l'attuale codice, sia in linea politica, sia soprattutto in linea di tecnica legislativa, il che probabilmente dipende dal sistema di lavoro seguito dai commis-

E poi ci sono, naturalmente, le circostanziate (e già riferite sinteticamente qui sopra) critiche di Stolfi all'impiego della formula della funzione sociale: ancora una volta, l'aspetto cruciale attiene all'incertezza circa la esatta fonte da individuare onde stabilire il contenuto di tale formula. Un aspetto invero capitale, proprio considerando lo specifico punto di partenza di Stolfi, all'insegna della lode per «lo sforzo dei compilatori di assicurare meglio la certezza dei diritti [...]»⁷³. Questa 'certezza politica' verrebbe poi infatti tradita dall'«incertezza tecnica» insista nella funzione sociale, la cui concretizzazione verrebbe così necessariamente affidata all'«apprezzamento, per sua natura variabile, e pur sempre arbitrario, del giudice: il che sembra grave, specie a chi pensi al carattere assoluto del dominio, che, anche secondo il progetto, costituisce il diritto reale per eccellenza. Or se, dati gli artt. 19 e 25 cap., è attenuato il diritto del proprietario di godere e disporre “in modo esclusivo” della cosa sua, è lecito temere che questo inciso della definizione sia destinato a non avere senso, ove mai *il dominus* dovesse inoltre preoccuparsi della funzione sociale del suo diritto senza riuscire a comprendere con precisione in che cosa essa consiste»⁷⁴.

Quello appena riferito (lo si è ormai visto più volte) è per l'appunto un rilievo abbastanza ricorrente (anche Antonio Cicu, ad esempio, osserva che, se si vogliono introdurre nuovi limiti alla proprietà, pur mantenendola all'interno del diritto privato e quindi non trasformandola in un istituto di diritto pubblico, è necessario specificare come si voglia intervenire in senso funzionalizzante, dunque nella logica di una funzione sociale che opera come limite esterno alla proprietà privata: ma è la stessa premessa, allora, a essere, almeno in parte, opinabile)⁷⁵, perché, a ben vedere, tutti i giuristi che hanno preso parte alla discussione collettiva e che, in particolare, sono intervenuti su questo aspetto hanno soprattutto espresso preoccupazione in riferimento alla ampia discrezionalità del giudice, cui far ricorso nel momento della indispensabile concretizzazione della formula della funzione

sari. Se è vero quanto appare a chi legge con una certa cura gli articoli proposti e le relazioni, che il compito di redigere uno o più dei vari titoli, è stato diviso tra i vari componenti della Commissione, è ovvio che nell'assolvere tale incarico ognuno si sia lasciato dominare – magari inconsciamente – dal proprio temperamento di studioso, sicché si è giunti in definitiva a comporre, non un progetto organico di un solo libro, concepito e redatto in maniera unitaria, ma tanti progetti assai dissimili tra loro, riuniti per affinità di materia in un unico libro» (pp. 14-15).

⁷³ *Ibid.*, p. 14.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 246.

⁷⁵ CICU, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 238.

sociale. Come ad esempio scrive Lino Salis, infatti, «questi limiti, perché il privato possa averne coscienza e uniformarvisi, devono essere consacrati in norme giuridiche od essere almeno facilmente desumibili dai principi generali (quelli, ad esempio, su cui è fondato l'ordinamento corporativo nel nostro Stato), poiché solo così è possibile evitare una incertezza quanto mai pericolosa sulla possibilità di valersi e sul modo di esercitare le più importanti facoltà (di disposizione e di godimento) inerenti al diritto di proprietà. Non si può quindi fare a meno dal preoccuparsi di far rispettosamente presente tutta l'opportunità di eliminare nella definizione dell'art. 18 del progetto l'inciso: "in conformità della funzione sociale del diritto stesso", sostituendola, se proprio lo si ritenesse indispensabile, con la formula: "in conformità dei principi sull'ordinamento corporativo"»⁷⁶.

È ormai tempo di concludere questa sommaria ricognizione, emersa da una semplice spigolatura tra le non poche pagine rivolte, in particolare, all'art. 18 del progetto⁷⁷.

Vengono allora in taglio alcune considerazioni di Mario Allara riferite all'impostazione generale del progetto del libro II e alla tecnica legislativa impiegata: eccessivo uso di norme vaghe ed elastiche – questa la sua critica principale.

Egli non si professa contrario, *in radice*, all'impiego di norme elastiche⁷⁸, che rispondono all'esigenza di rendere l'ordinamento giuridico maggiormente conforme alla varietà dei casi regolati, ma la presenza di norme elastiche rende meno certa l'applicazione del diritto⁷⁹.

Anche su questo punto, e rispetto all'argomentazione di Allara, non mi pare che tutto torni perfettamente. In questo senso: da un lato Allara apprezza sia le norme elastiche, sia l'attribuzione al giudice di larghi poteri discrezionali⁸⁰; dall'altro lato, tuttavia, si duole che nel potere discrezionale

⁷⁶ SALIS, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 253.

⁷⁷ Cfr., infatti, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, e in particolare le pp. 219-264.

⁷⁸ ALLARA, *Osservazioni e proposte*, cit. nt. 3, vol. I, p. 23: «Il rilievo da noi fatto non significa una nostra opposizione alla categoria delle norme elastiche, che rispondono alla esigenza di rendere l'ordinamento giuridico più conforme alla varietà dei casi regolati e che pertanto non possono essere proscritte dall'ordinamento giuridico, specie quello moderno».

⁷⁹ Ivi: «Ma è pure vero, d'altro canto, che la presenza di norme elastiche rende meno certa l'applicazione del diritto e pertanto non va fatto abuso delle norme suddette».

⁸⁰ Ivi: «La questione delle norme elastiche è connessa con quella dell'attribuzione, in sede di diritto privato, di larghi poteri discrezionali[i] al giudice. Indubbiamente il progetto ha sensibilmente allargato i casi in cui tali poteri sono conferiti al giudice in confronto al re-

si annidi, vorrei dire così, un ‘demone giuridico’ che fa sì che tale potere sia poi rivolto in direzione opposta rispetto a quella desiderata... dal medesimo Mario Allara (e di molti altri suoi colleghi) – da cui un abuso di potere discrezionale⁸¹ –, sì, ma non certo dal legislatore, trasparentemente orientato alla funzionalizzazione del diritto privato.

È un ulteriore esempio della insuperabile difficoltà in cui si ricade, quando si voglia pretendere che la tecnica giuridica controlli la politica legislativa, o la politica del diritto degli interpreti.

È il tema di ieri; è il tema di oggi.

È, se vogliamo dir così, il travaglio del diritto, sempre a cavallo tra testi e contesti, tra tecnica e politica, tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, tra diritto positivizzato e diritto vigente, sempre alla ricerca di un diritto che è vigente perché è vivente, in quanto socialmente opportuno, e soprattutto avvertito come tale dal corpo sociale.

È una costante dialettica⁸², che segue i ritmi del tempo storico, del pensiero e dell’azione⁸³.

golamento del codice vigente».

⁸¹ Ivi: «Ora, non si dubita che tale potere discrezionale possa essere opportuno e rispondere a talune esigenze sociali, ma anche qui non si deve abusare di tale conferimento, che urta contro l’esigenza della certezza nell’applicazione del diritto. Ed anche quando il conferimento dei suddetti poteri sembra giustificato, sarà forse opportuno corroborare, nel caso di valutazione d’ordine tecnico, la valutazione del giudice mediante l’intervento consultivo di organi adatti».

⁸² «La quadratura del cerchio semplicemente non c’è»: così G. PINO conclude (ma non è affatto una chiusa pessimistica) la sua ampia voce «Poteri interpretativi e principio di legalità», in *Enciclopedia del diritto. I Tematici, V. Potere e Costituzione*, diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, pp. 960-984, qui p. 984.

⁸³ Un’ampia riflessione, che definire splendida sarebbe riduttivo, è svolta nel lungo saggio introduttivo, di T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, al volume che raccoglie uno scritto di Hobbes (il celebre *Dialogue*, con annotazioni di G. Bernini) e quattro scritti di Leibniz (*Specimen quaestionum philosophicarum* ecc.; *Specimen certitudinis* ecc.; *De legum interpretatione* ecc., con un elenco delle fonti giuridiche a cura di D. Maffei), Milano, Giuffrè, 1960, pp. 3-69, e che, invero, rappresenta il suo testamento intellettuale e culturale. E andrebbe allora altresì ricordato il classico volume (oggi, invece, abbastanza ignorato, e che però, a mio avviso, esprime un’idea di diritto, e di giurista, assai convincente) di L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. it. e introduzione di G. Tarello, *Lawrence M. Friedman e il sistema del diritto*, il Mulino, Bologna 1978, qui spec. il Cap. 10 («Mutamento giuridico e mutamento sociale»), pp. 439-501. Lo scritto di Tarello, con alcune modifiche, è apparso anche in «Sociologia del diritto», 1977/1, pp. 1-19 (ma allora

3. *Una considerazione finale: coscienza politica dell'interprete e self restraint giudiziale, oggi (tra attivismo giudiziario, giurisdizione della libertà e liberaldemocrazia)*

Se, rapidissimamente, volgiamo uno sguardo retrospettivo allo 'spazio e al tempo del diritto' che va dal 1942 a oggi, è senza dubbio lecito affermare che una certa dogmatica concettualistica (e come tale rivendicante al diritto la massima autosufficienza epistemica, così escludendo il dialogo con gli altri ambiti del sapere, e dunque esasperando assertivamente l'idea di un diritto quale tecnica giuridica, troppo a lungo praticata, al limite, appunto 'contra tempora' – ma lo sfasamento spazio-temporale tra diritto e società, verosimilmente, è un dato fisiologico: tuttavia, ne può variare l'intensità) ha condotto alla benefica 'reazione ermeneutica', soprattutto, a me pare, quale urgenza culturale, onde sottrarsi a quell'asfissia tecnica, che alla fin fine, e in tutti gli ambiti scientifici ove sia praticata, è poco più che un giochetto con cui si divertono le persone non colte: una reazione giusermeneutica, dunque, quale benefica valvola di sfogo culturale, ma io direi esistenziale in senso proprio, cui sta facendo seguito, oggi, una altrettanto benefica (e fisiologica) reazione a catena, ovvero l'esigenza di un 'ritorno alla legge' (non certo di quel 'ritorno al diritto' su cui tanto intensamente ha insistito Paolo Grossi, negli anni, potremmo dire così, dello splendore – che per molti è stato forse un'illusione – giusermeneutico): fiducia nella legge, più che fiducia nel diritto, appunto; fiducia nelle parole della legge; fiducia nel testualismo interpretativo; fiducia nel ruolo eminentemente applicativo dell'interprete (una ermeneutica, tendenzialmente, dialettica, ma non correttiva; del resto, in questa prospettiva, lo spazio di azione della Corte costituzionale ben sussiste, ma è proprio quello dell'espunzione dall'ordinamento di tutto ciò che, vorrei dire, oltre ogni ragionevole dubbio si pone in contrasto con il complessivo assetto ordinamentale e istituzionale); fiducia, altresì, in una deontologia ermeneutica che guarda con favore alla dialettica ordinamentale-istituzionale, e che guarda con sfavore al conflitto ordinamentale-istituzionale; fiducia, in sintesi, nella prudenza e nella moderazione dell'interprete, e dunque, nella necessità stessa di praticare (intellettualmente, deontologicamente, operativamente) il senso del limite⁸⁴ (che

vedi pure, *ibid.*, 1976/2, l'intervento, non privo di accenti critici, di U. SCARPELLI, *Lawrence M. Friedman e il sistema giuridico*, pp. 299-307, con cui Tarello dialoga). In tema, oggi va visto C. CASTRONOVO, *Dogmatica del diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2024 (volume sul quale mi prefiggo di tornare analiticamente in altra sede).

⁸⁴ Cfr. ora una pagina di R. RORDORF, Ius dicere, in *Per Cesare Rupertò nel centesimo genetliaco*, cit. nt. 24, pp. 7-19, al § 7 («La virtù della prudenza»), p. 19: «Si è parlato di discrezionalità

è anche una forma di rispetto – in questo caso istituzionale).

Ecco che, allora, ben potranno essere, i nostri prossimi anni, quelli di un rinnovato ritorno all'esegesi, anche in chiave (di nuovo) di rassicurazione psicologica (una rassicurazione psicologica che attraversa l'intera dimensione della politicità e della giuridicità, e dunque l'intera dimensione istituzionale). Ma, del resto, è proprio questa la benefica dialettica intrinseca al diritto, quale strumento per ordinare tutto ciò che esiste, si manifesta, si percepisce, si desidera, si teme, si avversa, si afferma, si nega.

Se i segnali che ci portano a dire che è probabile si apra una fase che potremmo anche chiamare, senza originalità, della 'svolta esegetica' sono diffusi e plurimi, al fondo di tutto ciò sta una ragione più ampia e più forte, che tocca il cuore (e l'aggettivo ritorna) istituzionale dell'ordinamento.

Qui a seguire alcune rapidissime considerazioni.

Se il significato della norma non sta più nel testo della disposizione, ma all'interno delle varie e mutevolissime 'esigenze sociali', nella 'coscienza sociale', nel 'corpo sociale'; ancora: se il lavoro ermeneutico dell'interprete è così avanzato (sul piano della raffinatezza delle tecniche argomentative utilizzate – al limite, anche per occultare l'impronta ideologica di quell'esito interpretativo, presentandolo invece come ordinamentalmente inevitabile⁸⁵)

interpretativa, di bilanciamento di principi, di contemperamento tra regole e principi, tra la certezza del diritto e la discrezionalità dell'interprete: espressioni tutte che ritornano sempre più di frequente quando si tratta dello *ius dicere* e del rapporto tra legalità e giustizia. E si è parlato del compito della giurisprudenza, sottolineando come esso si sia fatto sempre più difficile perché non solo richiede l'approfondita conoscenza dei testi di legge ma anche di quella virtù della "prudenza" che è insita nell'etimo stesso della parola *iuris-prudentia*. Come già in molte altre occasioni mi è capitato di notare, in quest'ambito la prudenza non va però confusa con una qualche forma di tremebonda cautela, bensì intesa nel suo originario significato latino di avvedutezza, saggezza, consapevolezza del proprio agire ed attenzione alle conseguenze. La *prudentia* (come la greca *φρόνησις*) figura, insieme alla giustizia, nel novero delle antiche virtù cardinali, ed anzi primeggia tra esse – la si è definita *auriga virtutum* – perché indirizza e conduce tutte le altre». Per ulteriori considerazioni (e nette, e polemiche, prese di posizione), da vedere il recentissimo R. CUBEDDU, P.G. MONATERI, *I signori del diritto. Il potere più irresponsabile*. Prefazione di N. Zanon, IBL Libri, Torino 2025.

⁸⁵ Cfr. appunto il seguente rilievo di G. TARELLO, *Prospetto per la voce «Ordinamento giuridico» di una enciclopedia*, in «Politica del diritto», 1975/1, pp. 73-102, a p. 74: «Illustrare la nozione di ordinamento non si può, a mio avviso, considerando il termine "ordinamento" come nome di una realtà oggettiva o di una caratteristica essenziale del (di ogni) diritto (oggettivo), ma si può invece analizzando gli usi ed i fini dei parlanti in termini di "ordinamento"»

da risultare in sostanza incontrollabile, non c'è dubbio che il significato della regola non solo sarà allontanato dal testo della disposizione, ma sarà avvicinato alla decisione politica dell'interprete, ovvero alle stesse strategie politico-culturali di quest'ultimo⁸⁶; orbene, se tutto ciò è vero, forse è opportuno porre un freno (per ragioni politiche, culturali, deontologiche, istituzionali) a questa forza espansiva dell'ermeneutica, e compiere invece un esercizio di autolimitazione, che non è affatto traducibile nei termini di una mortificazione intellettuale, e quindi nei termini di una abdicazione alla funzione interpretativa, a favore, invece, di una cieca e forse ottusa applicazione del precetto legislativo, ma che è, invece, traducibile come rispetto – in primo luogo politico – dell'ordinamento, il quale, se liberaldemocratico, è garanzia di libertà (libertà nell'ordine istituzionale; liberalismo istituzionale; pluralismo liberale; liberalismo pluralistico; liberalismo comunitario; liberalismo inclusivo: le etichette possono cambiare, ma non cambia la sostanza della cosa, ovvero la salvaguardia, in capo all'esecutivo e al legislativo, non al giudiziario, della effettiva possibilità di determinare e realizzare l'indirizzo politico).

Del resto, l'ordinamento non è (o non è interamente) creazione dell'interprete, e comunque non è mai creazione *ex nihilo* (e in questo senso l'interprete non è la 'comunità interpretante', ma ha più del 'giudice Ercole' alla Dworkin), e quindi, come tutti, anche l'ordinamento ha i suoi diritti, che proprio l'interprete dovrebbe far valere, anche (anzi, soprattutto) contro la sua personale ideologia, che in questo senso diventa invece ideologismo, nonché violazione di un principio di deontologia professionale (concetto assai prossimo, almeno in questa prospettiva, a quello di onestà intellettuale).

Orbene, oggi, un siffatto esercizio deontologico di moderazione ermeneutica non parrebbe affatto né improponibile, né irrealizzabile; al contrario, direi che dovrebbe essere agevolato proprio dal clamoroso successo

e le operazioni culturali e politiche cui quel termine ha servito o è stato piegato».

⁸⁶ Cfr. la notazione, molto calzante, di REBUFFA, *La Costituzione impossibile*, cit. nt. 20, pp. 133-134, a proposito dell'antica tradizione nazionale, per cui il sogno dei giuristi tecnici è quello di sostituire 'il principe': «Questa modalità della discussione istituzionale suscita però la sensazione che i lineamenti della cultura giuridica italiana vadano sì trasformandosi, magari in direzione di una cultura meno astratta, meno concettualistica, ma più francamente d'occasione. In una parola quella che appare prevalente è una cultura giuridica di partito o, detto in modo più sobrio, molto orientata politicamente. Insomma: la cultura giuridica italiana pare più intenta a fornire argomentazioni "tecniche" a tesi politiche, che a formulare e a discutere i lineamenti costituzionali della invisibile "seconda repubblica"».

epistemologico e metodologico dell'ermeneutica giuridica.

Infatti, proprio perché, ermeneuticamente, si può fare quasi tutto, ci sono spesso ottime ragioni per non farlo. Si tratta di ragioni di politica del diritto, ovvero di politica, e dunque ideologia, ordinamentale; ragioni oggettivamente accertabili – utilizzando l'ampio *corpus* di tecniche interpretative, a disposizione di chiunque –, e da far valere contro le soggettive ideologie (e i maggiormente pericolosi soggettivi ideologismi) degli interpreti, le quali, lasciate a sé stesse, corrono appunto, e fortemente, il rischio di degradare a antidemocratici, perché incontrollabili e sfuggenti (quando non dolosamente occultati), ideologismi.

Qui, tutto si tiene, direi: la tecnica giuridica non ha, come tale, la forza di imporsi sulla politica del diritto, ma quest'ultima non può essere abbandonata alla sensibilità ideologica degli interpreti, perché siffatta sensibilità ideologica è solo un modo più elegante per fare riferimento (ma in modo per nulla trasparente, anzi occultandolo), ancora una volta, all'ideologismo, e quindi all'arbitrio ermeneutico.

Del resto – così cercando di trarre un insegnamento finale da queste spigolature –, se il giurista, teorico o pratico che sia, opera in un regime illiberale⁸⁷, allora sì che le risorse dell'ermeneutica servono, o dovrebbero servire, per colpire l'ideologia illiberale dell'ordinamento; ma se così non è, e se ci si muove, invece, all'interno di un regime liberaldemocratico, e quindi nel quadro dello stato di diritto, non c'è nulla di sostanzialmente e metodologicamente sbagliato nell'ammettere e nell'accettare, quali interpreti, che legislativo ed esecutivo elaborino e attuino, attraverso l'interprete, una determinata politica legislativa, quell'indirizzo politico di cui sopra. E

⁸⁷ Cfr. alcune pagine, come sempre profonde e istruttive, di U. BRECCIA, *Le anime del "fascismo giuridico"*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Diritto e culture della politica* ('Annali 2003 della Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco'), Carocci, Roma 2004, pp. 185-192 (ma tutti i saggi raccolti nella sezione 'Fascismo e cultura giuridica', pp. 157-215, e di cui sono autori, oltre a Umberto Breccia, Aldo Mazzacane, Stefano Rodotà, Raffaele Teti, Giovanni Battista Ferri, Alessandro Somma, si leggono con notevole profitto), in particolare a p. 187: «[N]on ci fu una politica del diritto: ci furono *svariate e contrastanti* politiche del diritto, la cui trasparenza fu precaria a causa della rarità delle testimonianze ardite e dissenzienti» (corsivo orig.), e a p. 189: «Abbiamo dunque, in via di riepilogo, una posizione di *lealtà politica del giurista al regime*; una posizione apertamente e dichiaratamente *eclettica* (nel senso di un'apertura realistica all'innovazione culturale); una posizione di *rifondazione culturale fascista* anche nel campo delle ricerche giuridiche dei giusciviltisti: linea [...] tutta orientata al recupero delle origini che si pretendono rivoluzionarie, eppure largamente intrisa, sul piano dei diritti civili, da un sentimento di nostalgia addirittura premoderna» (corsivo orig.).

la fedeltà, e comunque la lealtà, dell'interprete, in questa prospettiva sono, al contempo, il prodotto e l'obiettivo dello stato di diritto.

Il giurista, tanto teorico quanto pratico, sarà allora chiamato a svolgere il delicato lavoro di far costantemente dialogare società e ordinamento giuridico, così indirizzando progressivamente l'ordinamento lungo quella rotta (ecco il riferimento allo spazio e al tempo del diritto, di cui un cenno più sopra) tracciata da un disegno di politica legislativa che, come tale, è (e deve poter essere), lo ripeto, oggettivamente accertabile dall'interprete – certo, da un interprete ermeneuticamente leale, e che, in quanto tale, necessariamente si autolimita politicamente, sì che la politica del diritto degli interpreti possa venire a coincidere (nella cornice dello stato di diritto) con la politica legislativa⁸⁸.

⁸⁸ Cfr. ora le considerazioni di G. PITRUZZELLA, “*Stato di diritto*” e democrazia, in «Nomos. Le attualità nel diritto», 1/2025, pp. 1-6, <<https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/giovanni-pitruzzella-stato-di-diritto-e-democrazia/>> (ultimo accesso 3 agosto 2025), il quale mette soprattutto in rilievo che «[l]’ideale dello “Stato di diritto” [...] entra in tensione con un altro ideale che fa parte del Pantheon dei nostri concetti giuspolitici, e cioè quello di sovranità e, poi, di sovranità del popolo, ossia con il principio democratico. Il concetto di sovranità implica l’idea della supremazia di un potere rispetto a qualsiasi altro soggetto. Supremazia ma anche unicità, indivisibilità, esclusività nella produzione delle regole giuridiche. Il sovrano che produce il diritto è un’immagine che ha alimentato una visione monistica del potere pubblico. Il potere pubblico è uno solo: non si divide, non si articola, non si separa. Alla fine è uno e tende sempre a ricomporsi» (p. 2); e che «c’è una distinzione tra il potere fondato sulla legge e il potere fondato sul consenso del popolo. Ma come possono coesistere queste due visioni del potere? Questa è una delle grandi questioni del costituzionalismo e, in particolare, del costituzionalismo contemporaneo. In fondo, la sovranità del popolo nella democrazia e lo Stato di diritto, con il governo della legge e l’indipendenza dei giudici necessaria per garantire il primato della legge sulla volontà dei governanti, corrispondono a principi di legittimazione politica diversa. Per il principio democratico il potere si fonda sul consenso popolare; lo “Stato di diritto” risponde a un principio di legittimità diverso, che prescinde dal consenso popolare. Gli interpreti della legge – i giudici, la Corte Costituzionale e così via – non fondano la loro azione sul consenso popolare, cioè sulla legittimazione democratica. Su cosa riposa la loro legittimazione? Essa riposa su altri principi: il principio della competenza tecnica (per cui il Giudice è selezionato sulla base della sua competenza); il principio dell’indipendenza (il Giudice è indipendente da tutti gli altri poteri e, quindi, applicherà al caso concreto una norma non per favorire Tizio o Caio o per servire un qualche potere politico, economico o ideologico, ma applicherà quella norma utilizzando una competenza tecnica specifica, il cui esercizio soggiace a regole professionali e deontologiche ben precise). In quella grande costruzione politico-istituzionale in cui viviamo – la democrazi[a] liberale – entrano

Sotto questo punto di vista, mi pare, le ‘osservazioni e proposte’ al progetto, proprio perché tutte incentrate sul difficile rapporto fra ideologia e tecnica giuridica, non hanno perso di interesse e, anzi, possono forse acquisire oggi una nuova centralità prospettica, a favore, per utilizzare la felice e famosa espressione di Mauro Cappelletti, di una giurisdizione della libertà (in radicale opposizione a quella ‘democrazia della illibertà’, giusta la formula sarcastica di Marx)⁸⁹, che, proprio in quanto istituzione di garanzia

in gioco due principi di legittimazione diversi: da una parte, la legittimazione di chi applica il diritto è fondato su la previa esistenza di una norma di legge e sulla indipendenza e competenza tecnica di chi deve applicarla per risolvere una lite; dall'altra la legittimazione del potere politico che si basa sulla volontà popolare. Nei sistemi liberaldemocratici esistono, pertanto, due circuiti di produzione il diritto. C'è il circuito della politica, che si basa sulle elezioni, sul confronto tra partiti politici, sul dibattito che si svolge nella sfera pubblica e che attribuisce il potere agli organi elettivi (il Parlamento e indirettamente il Governo), che approvano la legge; ma poi c'è il circuito del diritto perché, dopo che il Parlamento fa una legge, essa si stacca dal suo autore ed è immessa in quello che i giuristi chiamano l'ordinamento giuridico. È immessa lì e vi vive, in qualche misura, di vita propria e, come qualsiasi testo scritto, è soggetta a un'opera di interpretazione, la quale è dotata di un carattere in certa misura creativo» (pp. 3-4); e, infine, che «[t]ra l'applicazione della regola al caso concreto e la norma generale c'è nel mezzo un atto di volontà, quindi un elemento creativo, che, ovviamente, aumenta man mano che il sistema giuridico diventa complesso, perché non c'è solo la legge del Parlamento ma una molteplicità di fonti del diritto, mentre le persone chiedono all'ordinamento nuovi diritti e all'interprete si pone il problema di come si debba dare risposta a [...] questa “fame di diritti”. Inoltre, legiferare significa mediare tra i molteplici interessi che affollano le nostre società, scegliere quale ordine dare loro, ma non infrequentemente la politica non riesce a fare una scelta e si limita ad approvare una legge che contiene un “compromesso dilatorio”: la legge non definisce un ordine degli interessi e la regola che ne è espressione, ma rinvia a un momento successivo la scelta effettiva. Il “compromesso dilatorio” sposta su chi deve interpretare (il giudice) il compito di definire quale sia il significato normativo di quella legge dai tratti, appunto, oscuri. In conclusione, ci sono due principi di legittimazione diversa: la legittimazione democratica fondata sul consenso; la legittimazione dei giudici fondata sull'indipendenza e la competenza tecnica, che hanno come corollario alcuni obblighi (come quello di motivare le sentenze, che rende visibile come il giudice applichi delle regole tecniche e sia indipendente rispetto alle parti in causa perché la sua decisione non è il frutto di un capriccio o di una scelta politica ma è il risultato, al contrario, dell'applicazione di un procedimento tecnico). I due criteri di legittimazione diversi fanno riferimento a due [...] circuiti diversi anche se collegati: il circuito della politica e il circuito del diritto, attraverso i quali vive l'esperienza giuridico-istituzionale della nostra società».

⁸⁹ Traggo la citazione da un bel saggio, illuminante per più aspetti e in più direzioni, di C.

delle libertà (e dei diritti individuali)⁹⁰, non dovrebbe assumere i connotati di un contropotere, perché, all'interno delle liberaldemocrazie contemporanee, non c'è alcun potere da abbattere, in quanto autoritario⁹¹ – a meno che si voglia utilizzare la locuzione (e la rappresentazione in chiave di teoria politica che essa esprime), ormai piuttosto diffusa, ma a mio avviso opinabile, di liberalismo (o peggio, neoliberalismo) autoritario⁹²: chi, infatti, ri-

ROEHRSEN, *Lo stato di diritto secondo Rudolf von Gneist ovvero dell'ideologia come reazione*, in ID., *Diritto e politica – Lo stentato affermarsi dello stato borghese in Germania visto con gli occhi dei giuristi*, Ciclope Cooperativa Editoriale, Palermo 1980, pp. 7-30, a p. 14.

⁹⁰ Cfr. REBUFFA, *La Costituzione impossibile*, cit. nt. 20, § 4 («La cultura dei diritti»), p. 85: «La cultura dei diritti è la parte più importante della cultura politica di una comunità: è il modo con cui i cittadini rappresentano il loro rapporto con le istituzioni collettive. I suoi contenuti e la sua funzione dipendono dal modo in cui le posizioni soggettive, i diritti individuali vengono tutelati dai meccanismi costituzionali, dai cosiddetti istituti di garanzie».

⁹¹ In tema (ma certamente in prospettiva più ampia), spicca un rilievo (che richiamo volentieri, anche per il suo graffio polemico) di M.S. GIANNINI, *Riforma della costituzione: un problema aperto* (1985), in ID., *Scritti, Volume Ottavo (1984-1990)*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 305-315: a p. 315, oltre all'espressione «istituzioni di garanzia delle libertà» mutuata nel testo, si legge: «Chi scrive queste note è convinto, fin dall'epoca dell'Assemblea costituente, che la forma presidenziale sia la più razionale tra quelle inventate sinora, e sia la più confacente alla società italiana quale storicamente esistente. Occorrerebbe aver sempre presenti le parole di P. Calamandrei, alla Costituente, per propugnarne l'adozione. Vi è invece una diffusa immotivata opinione che la forma presidenziale generi dittature; il che è avvenuto e avviene in Stati sudamericani e asiatici, nei quali non esistono forze politiche e, soprattutto, istituzioni di garanzia delle libertà, e, infine, nei quali il senso della libertà non ha, in fatto, tradizione». Mentre scrivo, vedo recensita (da L. MASCILLI MIGLIORINI, *Tocqueville e lo sguardo oltre la vecchia Europa*, nella 'Domenica' del «Sole 24 Ore», 27 luglio 2025, p. VII) la ristampa di V. DE CAPRARIIS, *Profilo di Tocqueville*, a cura di M. Griffò, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2025. Sottolineo questo passaggio (che è un messaggio di grande fiducia nella democrazia, e quindi nella cooperazione; e potremmo dire: fiducia nella cooperazione liberaldemocratica) citato da Mascilli Migliorini: «E a chi, in momenti oggi certo difficili di qua e di là dell'Atlantico, qualcuno è preso dal dubbio, Tocqueville porta in soccorso una decina di righe che entusiasmarono [d]e Caprariis: in democrazia, scrive, “gli animi non sono energici, ma i costumi si ingentiliscono e la legislazione diventa umana. Il genio si fa più raro, ma la cultura più diffusa; lo spirito umano avanza per gli sforzi combinati di tutti gli uomini e non per la spinta poderosa di alcune intelligenze solitarie. E nelle opere c'è meno perfezione, ma più fecondità. Tutti i vincoli di razza, di classe, di patria, si allentano, ma il grande vincolo dell'umanità si fa più stretto”». Credo che noi tutti possiamo unirici all'entusiasmo di de Caprariis.

⁹² V. ora E. GALLO, *The Era of Authoritarian Neoliberalism – The Rise of Technocrats, Nationalists*

corre alla formula del ‘neoliberalismo autoritario’ lo fa per individuare in esso il principale nemico della liberaldemocrazia contemporanea.

Tuttavia, l’impiego di questa formula mi pare, se non altro, improprio.

E ciò per almeno tre ragioni: in primo luogo, associare tanto il liberalismo classico quanto il c.d. neoliberalismo all’autoritarismo pare storicamente e teoreticamente contraddittorio; se poi lo si fa, in secondo luogo, come invero capita assai di frequente, per deresponsabilizzare l’individuo responsabilizzando la società, ne emerge una prospettiva, tanto filosofica quanto politica, da respingersi, proprio perché indebolisce la libertà individuale, che invece va rafforzata, anche nella prospettiva comunitaria, con al centro il principio di autoresponsabilità⁹³ (la consapevolezza della propria libertà e della responsabilità alla prima connessa è uno strumento grazie al quale il senso, anche in chiave solidaristica, della *communitas* è ovviamente potenziato, e in parallelo si rafforza quel ‘controllo sociale spontaneo’ così benefico nel prevenire molte condotte antisociali); se, infine, e in terzo luogo, chi avversa il liberalismo lo fa per limitare lo spazio della responsabilità individuale, così indebitamente collettivizzando responsabilità che dovrebbero invece rimanere saldamente individuali, allora ben venga, all’opposto, il massimo rafforzamento e la massima espansione di un liberalismo, certo non autoritario, ma responsabilizzante, che poi, a ben vedere, è l’unica salvaguardia – con riferimento a una società effettivamente aperta (e quindi fondato sul pluralismo quale principio fondante) – della libertà individuale, che può espandersi solo se, in parallelo, si espandono anche la responsabilità individuale e il senso della responsabilità, che dovrebbe in effetti andare di pari passo con il desiderio di libertà: in caso contrario, si va pericolosamente incontro alla perdita e della responsabilità e della libertà.

and Autocrats, Brill, Leiden 2025, e soprattutto Q. SLOBODIAN, *Hayek’s Bastards – The Neoliberal Roots of the Populist Right*, Allen Lane-Penguin Books, London 2025 (volume interessante, accolto anche criticamente, come ad esempio attesta la seguente recensione, di CHRISTOPHER SNOWDON, apparsa il 22 aprile 2025 qui: <<https://iea.org.uk/book-review-hayeks-bastards/>> (ultimo accesso 8 agosto 2025). Si spera dunque che anche da noi possa svilupparsi una vivace discussione intorno a esso e a partire da esso).

⁹³ Molto opportunamente oggi valorizzato da G. SANTUCCI, *Cbi è causa del suo mal pianga se stesso – Emilio Betti e «quel senso di autoresponsabilità che i romani mostrano così vivo»*, il Mulino, Bologna 2025.

4. *Appendice*TITOLO II
CAPO I
Della proprietà

OSSERVAZIONI DI CARATTERE GENERALE

MAGISTRATURA

Corte di Cassazione del Regno – È questo, senza dubbio, il capo più importante del libro, in quanto il progetto vi ha affrontato e risolto, dal punto di vista generale, il problema fondamentale e delicatissimo – negli orientamenti tuttora evolutivi dell'economia fascista – della disciplina del diritto di proprietà e dei rapporti che vi si riferiscono.

Le linee direttive del tracciato sistema, nonchè la sostanza e il tecnicismo formale delle disposizioni in cui si esprime, sembrano nel loro complesso pienamente da approvarsi, rappresentando la felice attuazione in un organico assetto normativo dei principi naturali d[e]lla Rivoluzione riguardo a questo aspetto così essenziale del riordinamento giuridico, ed insieme politico e sociale, dell'azione, al quale attende con tanto fervore di provvedimenti e di opere il Regime.

Rileva la Corte di Cassazione che le coordinate disposizioni del libro, e particolarmente quelle generali di questo capo, appaiono pienamente rispondenti alle proposizioni fondamentali della Carta del Lavoro, intese ad inquadrare in una nuova concezione di socialità e di cooperazione, i rapporti complessi della privata economia. Laddove, se l'iniziativa individuale ed il privato dominio sono stati ancora elevati a caposaldo del sistema economico, tanto che sulla sicura piattaforma della proprietà privata si sono poi impostati, e si vanno impostando, gravi problemi nazionali (come quelli della bonifica integrale e dell'avvaloramento dell'Impero), il fondamento etico-giuridico dell'istituto dominicale, seguendo lo spirito rinnovatore della Rivoluzione, ha subito tuttavia una trasformazione profonda essenziale, in modo che risultano necessariamente alterati molti importanti aspetti della sua tradizionale configurazione.

In verità è ormai di generale accezione che il Fascismo, sconfessando come contrario ai diritti naturali dell'uomo e come negatore di ogni civile progresso il principio informatore del comunismo, per cui tutta la proprietà deve essere accentrata nello Stato, ma nello stesso tempo condannando anche l'assenteismo dei governi demo-liberali riguardo alle manifestazioni

ed ai problemi della privata economia, ha inteso imprimere, con concezione nuova e geniale, alla proprietà privata (ed in tanto l'ha riconosciuta e conservata) una preminente *funzione sociale*: quella di cooperare al benessere generale ed ai fini dello Stato, incrementando la produzione, obbedendo alle direttive impartite dagli organismi che hanno la visione completa delle esigenze nazionali, subordinando gli interessi privati; e talvolta anche sacrificandoli, in omaggio a quelli superiori dello Stato. Mentre il lavoro, nell'attuale organizzazione corporativa, è divenuto un pubblico dovere, la cui infrazione è considerata in certi casi come reato, la proprietà diventa lo strumento assegnato all'individuo per l'assolvimento di questo compito necessario ed in tanto gli è mantenuta e difesa, in quanto se ne avvalga e la diriga verso le finalità eminentemente sociali che le sono proprie.

Ora il progetto ha il merito di avere – sentendone tutta l'importanza e la maturità – trasfuso la nuova concezione nelle sicure linee di un codice destinato a regolare stabilmente sulle nuove basi i rapporti privatistici dei cittadini.

Il progetto anzitutto vigorosamente richiama nella stessa definizione del diritto di proprietà l'accennata funzione sociale dello istituto, per qualificarne intrinsecamente la nuova fisionomia con una nota destinata a dominarlo nelle più importanti manifestazioni della sua esplicazione.

Per vero, nell'ordinamento giuridico fascista, che si va costruendo in modo da potenziare, anche nei rapporti privati, i nuovi principi di socialità e di subordinazione di ogni individualismo agli interessi superiori della collettività e dello Stato, tutti i diritti possono considerarsi al servizio di cotali interessi superiori e quindi qualificati, più o meno intensamente, da una propria funzione sociale. Onde, se alla nuova codificazione fosse premessa una parte generale intesa a contemplare e disciplinare da un ampio punto di vista sistematico le generalità dei rapporti, fissandone i principi fondamentali secondo la nuova concezione politico-giuridica del Regime, l'accennato richiamo alla *funzione sociale* dovrebbe ricorrere per tutti i diritti riconosciuti e garantiti dall'ordinamento positivo, in quanto si estrinsecano altresì in una somma più o meno importante di doveri di generale interesse.

Tuttavia, attesa la mancanza (per quanto almeno risulta) di tale parte generale nel programma complessivo della codificazione civile, ed in considerazione della posizione prominente che assume comunque, nella scala dei diritti, quello di proprietà, nonchè dell'importanza tutta particolare del diritto stesso e dei modi del suo esercizio rispetto ai problemi eminentemente sociali dell'economia e della produzione, non appare superfluo, e sembra anzi opportuno e pienamente giustificato, il sistema seguito dal progetto in questo capo, di fare dell'attributo in questione un immediato e di-

retto richiamo a proposito del rapporto di proprietà privata, in occasione della definizione generale, che si è voluto dare del suo contenuto e delle modalità e dei limiti del suo esercizio.

D'altra parte il progetto non si è fermato: alla proposizione del principio teorico, in quanto tale principio si trasfonde di poi appieno, per molteplici altre disposizioni, nella disciplina concreta dell'istituto, ispirata dalla costante preoccupazione di fare, sotto ogni aspetto, del diritto di proprietà, quello strumento veramente efficace per il civile progresso e per il benessere generale, che ne giustifica tuttora la collocazione fra gli istituti giuridici fondamentali del Regime.

Corte di Appello di Brescia – (Rel. Cons. Astirit): Le disposizioni sulla proprietà sono con nitida evidenza inquadrate nell'ordine dei postulati sociali del Fascismo. Eliminato il carattere di absolutezza nel diritto e fermato quello della esclusività, sostituendosi così a un concetto subbiettivo un concetto relativo, non si è riservata alle sole disposizioni singole, siccome è fatto nel codice vigente, la occasionale limitazione del diritto nell'interesse generale, o nell'interesse privato, inteso quale riflesso dell'interesse generale, ma si è esplicitamente dichiarato, in via di principio, che il diritto si esercita in conformità della sua funzione sociale. La proprietà assume quindi, in questa concezione, un aspetto che rispecchia nettamente l'intento di subordinare, in qualunque momento, le modalità e i limiti d'esercizio alle prevedibili maggiori e più complesse esigenze della collettività. E torna opportuno rilevare che, ove si raffronti questa concezione con i principi fondamentali dell'ordinamento corporativo, appare una perfetta concordanza tra la disciplina della proprietà e quella della iniziativa privata nel campo della produzione.

Immediata conferma di questi concetti si trova nella disposizione con la quale si prevede, con norma del tutto nuova, che un fondo soggetto a coltura o suscettibile di coltivazione possa, attraverso frazionamenti eccessivi, ridursi ad estensione tale da renderne impossibile un razionale sfruttamento, consentendosi di impedire suddivisioni limitanti l'estensione al di sotto di un minimo, denominato «minima unità culturale»: di tale principio fa già applicazione positiva il progetto, facoltando il proprietario ad esercitare il diritto di prelazione per l'acquisto del fondo enfiteutico ove l'enfiteuta sia per vendere una porzione inferiore a detta unità (art. 304); altra norma, perfettamente armonizzante con la definizione del diritto, è quella, con la quale si prevede la possibilità di ingerenza della pubblica autorità nella proprietà privata quand'essa sia determinata da un interesse generale; la relazione ricorda in proposito i provvedimenti, già più volte disposti dal-

l'autorità politica, per la coltivazione di fondi trascurati dai proprietari.

Così l'azione della pubblica Amministrazione non apparirà informata a contingenza di criteri, ma troverà la sua normale ragion d'essere nell'inquadramento, che è già dato al diritto di proprietà in considerazione delle esigenze sociali e del prevedibile sviluppo di queste. E a sua volta l'autorità giudiziaria potrà essere chiamata a contemperare, col suo equo giudizio, gli interessi in collisione per ragioni di vicinato, tenendo particolarmente in considerazione le esigenze della industria.

Considerato nel suo immediato oggetto, il diritto di proprietà si considera esteso allo spazio sovrastante e sottostante solo entro i limiti della utilizzazione del fondo secondo la sua destinazione, espressamente inoltre vietandosi gli atti di emulazione. Se ne contiene così esattamente l'esercizio in vista della sola *utilitas* apprezzabile per il titolare, la quale soltanto costituisce la razionale giustificazione della sua tutela.

Migliorata è la norma che regola l'azione di rivendicazione, sia perché se ne prevede la possibilità di esercizio anche in caso di cessazione dolosa del possesso prima della domanda giudiziale, sia perché ne è consentito, nonostante il primo giudizio, un particolare esercizio contro il successivo possessore; è poi fermata la possibilità di esercizio di un'azione preliminare o di accertamento *negatoria servitutis*, la quale trova giustificazione nell'interesse della dichiarazione di libertà dei fondi di fronte alla possibilità dell'acquisto per prescrizione anche di quelle servitù per le quali il codice vigente prevede la necessità di un titolo. Quest'azione, per la sua manifesta utilità, dovrebbe conservarsi anche nella eventualità che non rimanesse fermo il sistema proposto del progetto e si tornasse, circa i modi d'acquisto, al metodo del codice vigente: finalmente, con particolare disposizione, si è disciplinata l'azione di regolamento di confini, distinguendola da quella di apposizione di termini, sola prevista dal codice.

Migliorate e più complete si presentano le disposizioni sulla caccia e sulla pesca, nelle quali è da notare l'attribuzione al proprietario di un particolare potere di esclusione dall'esercizio di diritto, quando si tratti di persona non munita di autorizzazione della pubblica autorità, secondo le disposizioni delle leggi speciali.

In materia di regolamento dei diritti di acqua, si sono meglio disciplinate le norme del codice, del resto quasi integralmente riprodotte: da rilevare, quale innovazione, la possibilità di formazione di un consorzio obbligatorio tra i proprietari di acque vicine alimentate da unica sorgente, quando l'uso separato di esse dia utilità minore dell'uso comune.

Nessun rilievo è da fare per quanto concerne il sistema e la disposizione della materia, circa il regolamento dei muri comuni, delle distanze tra edifici,

piantagioni, ecc.; è da segnalare, per la sua utilità, poichè elimina una vecchia questione, la norma in virtù della quale il muro di cinta non si computa agli effetti delle distanze legali e così pure, per la ragion di pubblico interesse cui s'informa l'altra, in virtù della quale le distanze fissate dal codice o da regolamenti generali o speciali non possono essere ridotte per convenzione privata.

Disposizione nuova definisce i diritti di luce e di prospetto.

Rendendosi poi meno restrittive e più rispondenti a ragioni di igiene le condizioni poste dal codice vigente, si è eliminata la necessità delle invetrate fisse, reputandosi sufficiente, a complemento della inferriata (che deve rispondere solo a un requisito di sicurezza pel vicino) l'apposizione di una rete metallica di misura determinata.

Nella disciplina della accessione è da notare l'integrale e più razionale disposizione della materia; si è anzi tutto previsto un particolare diritto di superficie su cose incorporate al fondo e spettanti a un terzo, dichiarando applicabili a tale diritto le norme sulla servitù: si è meglio regolata la serie dei casi di costruzione fatti dal proprietario con materie altrui o da un terzo con materiali propri o altrui, fissandosi, nel primo caso, e nella ipotesi di separabilità, la decadenza dell'azione di rivendicazione

col decorso di un anno, nel secondo ponendosi, all'azione del proprietario per la separazione, la condizione che le opere non siano di utilità al fondo e fissandosi la decadenza in un mese dalla notizia dell'incorporazione; con disposizione nuovissima si è inoltre fermato che l'indennità dovuta dal proprietario, che ha fatto opere con materiale altrui, possa essere ratizzata in quote costanti.

Modificandosi poi sostanzialmente le disposizioni vigenti circa l'avulsione, si attribuisce la proprietà della parte staccata al proprietario al cui fondo si incorpora; si ferma poi l'appartenenza allo Stato delle isole e unioni di terra, che comunque si formino nel letto dei fiumi o torrenti, anche se non navigabili o non atti al trasporto.

Corte di Appello di Roma – (Rel. Cons. *Battaglini*): Il titolo relativo alla proprietà contiene, in confronto del codice vigente, notevoli innovazioni, ispirate a un duplice notevole intento, di rendere più semplice e più organica la disciplina giuridica del diritto di proprietà, e nello stesso tempo di armonizzare la disciplina stessa con le moderne esigenze della convivenza sociale con le nuove concezioni politico-economiche, le quali si possono sintetizzare nelle efficaci e scultoree parole del Duce: «La proprietà privata completa la personalità umana; è un diritto, e se è un diritto è anche un dovere».

Ci riserviamo di segnalare in relazione ai singoli articoli i punti in cui si

sembra che l'intento non sia stato completamente raggiunto.

Corte di Appello di Torino – In merito alle disposizioni generali sulla proprietà immobiliare e mobiliare, va notata la larga prevalenza degli interessi generali della Nazione (sia di quelli più larghi della produzione, che di quelli più particolari dello Stato) sulla proprietà privata e sul correlativo diritto del singolo cittadino, in armonia con la funzione sociale, ora ufficialmente attribuita all'istituto della proprietà; prevalenza affermatasi alle volte anche a favore immediato di altro cittadino, purché a vantaggio finale della produzione, con particolare preferenza al lavoro in confronto della mera proprietà.

Ora, nel complesso, le dette limitazioni, sembrano giustamente conformi all'odierno indirizzo di prevalenza dell'interesse generale sull'interesse del singolo, e di solidarietà sociale fra gli interessi e i diritti, alle volte anche opposti, dei singoli cittadini, e come tali per lo più già state riconosciute legittime, in base all'interpretazione del codice attuale, non solo dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza. Molto più che, anche in rapporto alle innovazioni che potrebbero destare maggiori apprensioni, quali il divieto di ulteriori frazionamenti della proprietà agraria al di sotto di un minimo di unità, culturale e il diritto di passaggio coattivo per fondo non intercluso, purché legittimato dal vantaggio per la cultura, la potestà discrezionale attribuita al magistrato offre sicura che l'applicazione non sarà eccessiva.

Corte di Appello di Venezia – Il titolo secondo introduce rilevanti innovazioni alla legislazione vigente, eliminando e modificando opportunamente disposizioni difettose od inutili o non più rispondenti alle esigenze attuali.

Ed anche per le disposizioni del titolo in esame, valgono le osservazioni, già fatte per il titolo precedente, sul felice risultato raggiunto nell'opera di perfezionamento della nostra legislazione.

UNIVERSITÀ

Università di Pisa – (Rell. Proff. *Funaioli e Ferrara*): Il titolo secondo del progetto, *Della proprietà*, innova grandemente il diritto anteriore, nel sistema e nel contenuto delle norme. Esso scevera le disposizioni generali, già comprese nel corrispondente titolo del codice civile, traendone ancora disposizioni generali ed inoltre norme speciali sulla proprietà fondiaria; raccoglie invece, sotto il capo della proprietà fondiaria, norme che apparvero in luoghi diversi del codice (disposizioni generali sulla proprietà, diritto d'acces-

sione, dell'occupazione); enuncia i limiti della proprietà fondiaria e del diritto di vicinato, staccandoli dal quadro delle modificazioni della proprietà e più precisamente delle servitù prediali; pospone la disciplina dell'accessione: offrendo un tutto organico, che agevola la comprensione e l'applicazione della legge.

L'organismo risulta di un tessuto di norme nuove o rinnovate in vista di un più diretto intento sociale, che non sempre appaiono – anche in quella contemplazione – soddisfacenti.

Università di Torino – (Rel. Prof. Allara): Il titolo in esame è diviso in cinque capi, rispettivamente intitolati: «Disposizioni generali»; «Della proprietà sui beni immateriali»; «Della proprietà fondiaria»; «Dei limiti della proprietà fondiaria e del diritto di vicinato»; «Dell'accessione». I due ultimi capi, rispettivamente relativi ai limiti della proprietà fondiaria e all'accessione, sono, a loro volta, divisi in sezioni.

Osservo subito che questa sistemazione del regolamento della proprietà è suscettibile di talune critiche, e cioè:

a) la rubrica del capo quarto: «Dei limiti della proprietà fondiaria e del diritto di vicinato» non indica, come dovrebbe indicare, un qualche cosa di distinto dalla materia indicata nella rubrica del capo precedente, ma indica una materia che rientra nella rubrica generale del capo terzo. Pertanto sembra più preciso, dal punto di vista del sistema, formare un solo capo con la materia con tenuta nel capo terzo e quarto; quest'unico capo potrebbe, se mai, essere diviso in due sezioni, la prima dedicata alle disposizioni generali e la seconda ai limiti della proprietà fondiaria;

b) ma vi è di più. A prescindere, per ora, dalle considerazioni critiche sul concetto dommatico di «limite del diritto di proprietà», è certo che tanto la legge (v. artt. 27, 28, cpv. dello stesso progetto), quanto la dottrina, parlano di limiti al diritto di proprietà fondiaria anche con riguardo all'ipotesi prevista nell'art. 27, 1° comma, del progetto (art. 440 del codice vigente) – qualcuno specifica in tal caso i limiti con l'aggettivo «esterni» – e a tutti quegli obblighi del proprietario che sono stabiliti dalla legge nell'interesse pubblico (v. artt. 28, cpv., 29, 30 del progetto). E allora anche il capo terzo dal titolo in esame tratta dei limiti della proprietà fondiaria, intesa quest'ultima espressione in senso generico;

c) non mi sembra sistematicamente giustificato il trattare dell'istituto dell'accessione – istituto che, tra l'altro, non presenta un carattere unitario – nel titolo in esame, dove il regolamento della proprietà è limitato alla parte, dirò così, statica del rapporto, rinviandosi ad altra sede la trattazione della parte dinamica, cioè delle vicende (acquisto, trasmissione, estinzione)

del rapporto stesso. Ora, anche a prescindere dalla considerazione che non sempre, a malgrado il tenore generale dell'art. 93 del progetto, il fenomeno naturale dell'accessione determina un mutamento del diritto di proprietà, è evidente che detto fenomeno costituisce un fatto giuridico determinante in dati casi un mutamento del rapporto di proprietà; che poi tal mutamento vada qualificato come acquisto del diritto, o come costituzione del rapporto o come modifica (oggettiva) del medesimo, tutto ciò non toglie che si tratti pur sempre di materia che va trattata in sede di vicende, movimenti del rapporto di proprietà.

Per ciò che riguarda la sostanza del regolamento contenuto nel titolo in esame, osservo che il progetto, pur non apportando una radicale trasformazione nella fisionomia dell'istituto della proprietà, ha opportunamente introdotte varie innovazioni e colmato diverse lacune del regolamento del codice vigente. Talune di queste innovazioni sono più formali che sostanziali, poichè già la dottrina e la giurisprudenza del codice vigente sono ad esse pervenute in sede di diritto costituito e di interpretazione logica delle norme esistenti. Questa affermazione vale per l'inciso «in conformità della funzione sociale del diritto stesso» del primo comma dell'art. 18, per la norma dell'art. 24, per il divieto dei così detti atti emulativi, di cui al capoverso dell'art. 25, per la norma sancita nel primo comma dell'art. 27, per il divieto della immissione di cui all'art. 31 e per le norme contenute negli artt. 36, 56, 94, secondo e terzo comma. Con ciò non si vuole affatto dubitare della opportunità delle richiamate disposizioni, poichè con esse il progetto ha chiarito alcuni punti delicati del regolamento del rapporto di proprietà ed eliminato i dubbi di eventuali dottrine dissenzienti.

Vere innovazioni sostanziali, che ritengo approvabili, sono quelle contenute nell'art. 21, 3° comma, nel capoverso dell'art. 27, negli artt. 30, 39, 46, 48, 54, 55, seconda parte, 66, 68, 91, I° comma, 96, 102, 108, 109.

Precindo in questa enumerazione dalle innovazioni su punti particolari delle norme.

Si rileva, infine, in questo preambolo, una disarmonia formale fra talune disposizioni del titolo in esame, disarmonia che attesta una mancanza di coordinamento tra le stesse parti di uno stesso titolo (v. retro, *Premessa generale*, p. 6) e quella mancanza di accuratezza e finitura nella compilazione del progetto già precedentemente rilevata.

In taluni articoli si parla semplicemente di «proprietario» (artt. 31, 34, 45, 49), in altri di «proprietario e possessore» (artt. 32, 33, 43, 44), ma non sempre si comprende questa diversità di locuzione, come nel caso degli artt. 31 e 34, messi in confronto agli artt. 32, 33, e degli artt. 45 e 49 in confronto agli artt. 43, 44.

Per ciò che riguarda la dizione delle rubriche dei singoli articoli si rileva che gli artt. 43 e 45 hanno una rubrica pressochè identica; non trovo adeguata la rubrica dell'art. 78, dove si parla di un diritto di rinuncia alla comunione, mentre l'articolo non considera tanto tale diritto, che non ha bisogno di una particolare disposizione, quanto l'efficacia liberatoria della rinuncia (si veda la rubrica dell'art. 71, dove si parla di un «diritto di abbandono liberatorio»).

SINDACATI FASCISTI AVVOCATI E PROCURATORI

Sindacato Nazionale Fascista Avvocati e Procuratori – (Rel. Avv. Orlandi): Il titolo secondo riguarda la *proprietà* (e in particolare quella fondiaria), nonché le limitazioni di essa, le quali per la più gran parte sono nell'attuale codice comprese sotto la denominazione delle «servitù stabilite dalla legge».

Qui, più che altrove, si è fatto giustamente sentire l'influsso dei principi della rivoluzione fascista; pare al Sindacato Nazionale che le soluzioni date ai gravi problemi che si prospettavano alla Commissione siano da approvare, perchè ispirate (come espressamente è detto) alle *dichiarazioni* della Carta del lavoro, la quale considera la iniziativa privata, nel campo della produzione, come lo strumento efficacissimo nell'interesse della Nazione: ispirate alla giusta considerazione che la proprietà privata è solida base ed elemento propulsore della iniziativa privata medesima.

Nel progetto sono, perciò, state escluse, o modificate, le disposizioni attuali che più non rispondono alle moderne esigenze dell'agricoltura, dell'edilizia, dell'industria, ed altre ne sono state aggiunte, in relazione appunto al nuovo concetto della funzione sociale della proprietà.

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Trieste – Le più importanti innovazioni apportate dal progetto in materia di proprietà fondiaria riflettono il divieto:

- a) degli atti di emulazione (art. 25);
- b) del frazionamento di un fondo, quando renda possibile la razionale cultura di una delle varie parti risultanti dal frazionamento (art. 30);
- c) delle immissioni, quando non siano l'effetto dell'uso normale che il vicino faccia della cosa propria ed impediscano al proprietario del fondo il normale godimento di esso.

Tali divieti sono consigliati dalla funzione economica e sociale della proprietà.

ENTI DIVERSI

Ministero delle Finanze – Nelle norme relative alla proprietà (artt. 18 e segg.) non si riscontra alcun particolare accenno alla proprietà sui titoli rappresentativi di crediti, ai quali è invece fatto riferimento nell'art. 533 del progetto. Sembrerebbe opportuna una esplicita menzione al riguardo, *facendo salve le disposizioni di leggi speciali*, così come è detto all'art. 24 per la proprietà delle cose incorporali, ed all'art. 155 circa l'usufrutto sui crediti e sui titoli.

Art. 18
(*Art. 436 cod. civ.*)

MAGISTRATURA

Corte di Cassazione del Regno – Nella costruzione tecnica dell'articolo – di cui si sono già rilevati i pregi sostanziali nelle osservazioni generali – sembra più adeguata la collocazione del richiamo alla funzione sociale del diritto, nel capoverso, laddove il diritto viene contemplato nella sua espressione soggettiva di godimento ed esercizio da parte del titolare, al quale incombe propriamente il pubblico dovere di indirizzarlo verso le finalità sociali che gli sono proprie.

La formulazione della prima parte dell'articolo (nella quale giustamente è stato soppresso l'accenno all'assolutezza del dominio, in quanto è contraria a quel concetto di socialità, che ora entra a dominarlo) dovrebbe pertanto arrestarsi all'indicazione del potere esclusivo di disposizione. Ed il capoverso potrebbe essere così formulato: «Il proprietario deve esercitare il diritto in conformità delle sue funzioni sociali ed osservare inoltre i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti».

Il secondo inciso inerente alla subordinazione ai diritti spettanti ai terzi sulle medesime cose sembra poi superfluo, discendendo il dovere del rispetto ai diritti acquisiti dai terzi già dai principi generali.

Nello stesso articolo infine potrebbe trovare ancora più adeguata collocazione a guisa di capoverso, come ulteriore e più importante sviluppo dello stesso concetto generale di socialità cui il diritto è informato, il primo comma dell'art. 19, inerente alle ingerenze della pubblica Autorità sulle cose di proprietà privata. A parte questa proposta di diversa collocazione, la disposizione di che trattasi sembra poi pienamente da approvarsi e quanto mai opportuna. È connaturale alla funzione nuova della proprietà

privata che l'esplicazione concreta di questa funzione, alla quale eventualmente non ottemperi o male ottemperi lo stesso proprietario, possa essere direttamente regolata e razionalmente indirizzata, anche con provvedimenti coercitivi, dalla pubblica Autorità integrante alla volontà superiore dello Stato, titolare e supremo moderatore di quegli interessi rispetto ai quali il diritto privato è in funzione. Trattasi di ingerenze che si esplicano soprattutto in quei casi in cui la proprietà privata, o per la sua distribuzione soggettiva (latifondi) o per l'inerzia o per la mancanza di mezzi del proprietario, non risulti sottoposta a quello sforzo produttivo che è richiesto dall'economia nazionale. Onde la pubblica autorità, pur senza addivenire al provvedimento radicale dell'espropriazione, interviene con vari mezzi per intensificarne o modificarne l'indirizzo di cultura, ad esempio provvedendo per la concessione in forma locatizia ad imprese più idonee e, come talvolta è avvenuto, ad associazioni di lavoratori benemeriti verso la Nazione (Combattenti). E la disposizione esplicita della legge, legittimatrice in via di principio generale di questa ingerenza, torna, come si è detto, più che mai opportuna in relazione allo sforzo cui ha atteso sinora la dottrina, con costruzioni teoriche non sempre adeguate, per inquadrare oggi il fenomeno – di cui ben si sente la necessità e la giustizia sociale – nei principi e negli istituti del diritto positivo in vigore.

Corte di Appello di Ancona – Aggiungere nella definizione della proprietà che se ne debba godere «in conformità della funzione sociale del diritto stesso» costituisce una inutile superfetazione. Questa aggiunta, per la sua genericità, non è certo sufficiente a determinare quali siano le limitazioni da imporsi per ricondurre l'esercizio del diritto in parola alla funzione sociale cui deve servire. Tali limitazioni devono necessariamente esplicitarsi in concrete disposizioni legislative o regolamentari, come viene espressamente chiarito con il capoverso di questo articolo. Basta, pertanto, l'enunciazione di questi limiti e non occorre neppure richiamare l'obbligo di «osservare» (meglio «rispettare») i diritti spettanti ai terzi, il che costituisce pure una delle tante limitazioni derivanti dalle disposizioni di legge o da convenzioni tra privati cui la legge attribuisca valore obbligatorio.

La definizione, quindi, potrebbe ridursi alla seguente assai più semplice espressione, molto simile a quella dell'art. 436 cod. civ.: «La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo entro i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti».

Corte di Appello di Bari – (Rel. Press. Sez. Greco e Cervello) La tradizione romana attribuisce al diritto di proprietà il più ampio potere giuridico sulle

cose, ma opportunamente il codice vigente, pur fissandolo come *assoluto*, ne limita l'esercizio al divieto delle leggi e dei regolamenti. Assai meglio il progetto definisce, invece, ogni potere del dominio soltanto come *esclusivo* ed *in conformità* della funzione sociale del diritto stesso, sì che restino senz'altro sconosciuti al proprietario il non uso e l'abuso della cosa che gli appartiene.

Corte di Appello di Cagliari – (Rel. Pr. Pres. *Mirabile* - Proc. Gen. *Omodei-Zorini* - Cons. *Agus* e *Sanna*): Potrebbe apparire alquanto generico il richiamo alla funzione sociale del diritto di proprietà, ed il concetto, che pienamente si approva, potrebbe essere enunciato e circoscritto coll'espressione: «secondo i limiti che derivano dalle necessità della convivenza sociale o dall'interesse generale».

Corte di Appello di Firenze – (Rel. Cons. *Sanson*): La definizione della proprietà migliora quella del vigente art. 436, sia perchè pone in evidenza la funzione sociale della proprietà stessa e la prevalenza di questa funzione sulla utilità individuale, onde non sembra proprio parlare di absolutezza dei poteri di godimento e disposizione della cosa, sia perchè fa espressa menzione delle limitazioni, che al proprietario possono derivare dal diritto dei terzi sulla cosa, oltre che dalla legge, sia infine perchè pone in evidenza, e nel successivo art. 19 più precisamente delimita, la manifestazione esterna del diritto di proprietà, cioè l'*ius excludendi*, espressamente negandolo anche di fronte al privato nel caso dello stato di necessità, analogamente a quanto si dispone a questo proposito nel libro delle obbligazioni. E sembra implicito nell'art. 19 quello che in tema di obbligazioni è espresso, che cioè l'ingerenza del terzo può essere giustificata per la necessità tanto propria che altrui.

Corte di Appello di Genova – (Rel. Pr. Pres. *Chiarini*): Il carattere dell'istituto della proprietà privata nella legislazione italiana avendo risentito di tutta la influenza dei principi della grande Rivoluzione, se pure segnò una forte affermazione dell'individualismo, affrancando la proprietà da qualsiasi ceppo, era però arretrata di fronte alle più larghe funzioni di progresso che alla proprietà si riconnettono.

Il codice vigente, sia pure riconoscendo la *plena in re potestas*, aveva stabilito soltanto un timido temperamento dell'elemento individuale col sociale, disciplinando nell'ultimo inciso dell'art. 436 il godimento *dominicale*.

Ma la definizione romana acquisita al diritto moderno, sia pure con le opportune indicate modificazioni, aveva bisogno di maggiori integrazioni, più conformi alla realtà presente.

Invero il nuovo pensiero politico, le svariate applicazioni della scienza

al tecnicismo della produzione, la elevazione di tutte le classi, la concezione più profonda e più estesa degli interessi generali ed il sentimento sempre più vivo di solidarietà, e più che altro il principio affermato nella dichiarazione VII della Carta del lavoro, che considera «la iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione», sono nuovi fattori intervenuti a creare il bisogno di nuove norme regolatrici di vita: in corrispondenza di tale evoluzione anche l'istituto della proprietà privata, di cui l'ordinamento è legato alle vicende umane, non poteva conservare i limiti di un'epoca trascorsa, giacchè, per rispondere alla sua finalità, la funzione della proprietà deve essere considerata come un mezzo per essere utile alla convivenza sociale, di modo che la limitazione al diritto di proprietà non possa considerarsi una restrizione, un sacrificio imposto al proprietario, ma, come giustamente si esprime nella sua relazione il compianto prof. De Ruggero [*sic*], come «una rivendicazione del diritto della collettività».

È quindi da approvarsi il progetto che, ispirandosi ai suesposti concetti, ha posto su nuove basi la definizione della proprietà: mantenendo infatti, solo in parte l'attuale definizione della proprietà e cioè «il diritto di godere e di disporre della cosa, nei limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti, con la sostituzione della formula «*in modo esclusivo*», espressione più precisa dell'altra «nella maniera più assoluta», usata dal vigente codice, il progetto ha fatto esplicito richiamo alla «*funzione sociale*» del diritto stesso ed all'obbligo per il proprietario di osservare i *diritti spettanti ai terzi* sulla medesima cosa, disposizione questa che manca nell'articolo 436 del codice attuale.

Non è sembrato necessario alla Commissione Reale comprendere espressamente nella formula sopra indicata il *divieto di atti emulativi o di abuso di diritto*, «perchè tale divieto è ormai entrato nei principi generali a cui il nuovo codice si ispira»; non sembra questa una ragione sufficiente, mentre sembrerebbe opportuna, a chiarire con sicurezza questo importante principio, una esplicita dichiarazione.

Corte di Appello di Messina – (Rel. Cons. *Larussa*): La proprietà viene definita come il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, *in conformità della funzione sociale del diritto stesso*. Il relatore, compianto prof. De Ruggero [*sic*], considerò che nella compilazione del titolo in esame fu tenuta presente la dichiarazione VII della Carta del lavoro, che considera la iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione. Ed in conseguenza, mentre si dà all'istituto la più sicura tutela, d'altra parte lo si sottopone a quelle limitazioni che derivano dalla necessità della convivenza sociale. Limitazioni

e restrizioni per il bene pubblico, che non un sacrificio dell'interessato, ma una rivendicazione rappresentano del diritto della collettività.

È stata espressa la preoccupazione che l'inciso «in conformità della funzione sociale del diritto» possa indurre una relazione con la costituzione politica dello Stato, ai cui criteri dovrebbe invece rimanere affatto estranea la disciplina giuridica della proprietà; e proposto che alla menzione della «funzione sociale» del diritto, si sostituisca quella dello «interesse generale».

La Corte non consente in questa osservazione, perchè da un lato la locuzione del progetto meglio esprime il concetto acquisito che la proprietà debba essere esercitata civilmente, cioè in conformità delle esigenze economiche e sociali della Nazione, e d'altro lato tali esigenze debbono essere in armonia, anzichè in antitesi, con l'ordine giuridico, sia privato sia pubblico.

Corte di Appello di Milano – (Re. Pres. Sez. Pelosi): La definizione della proprietà contenuta in questo articolo è informata ai principi della Carta del lavoro, e merita piena approvazione.

Corte di Appello di Roma – (Rel. Cons. Battaglini): Non omette di osservare la relazione che «il primo e più arduo compito che si presentava alla Commissione era quello di decidere se dovesse dare, e in quale forma, la definizione della proprietà».

È doveroso rilevare subito che le gravi difficoltà che si incontrano per tale definizione sono state in gran parte felicemente superate e la definizione proposta migliora sensibilmente quella dell'art. 436 cod. civ., la quale, come fu esattamente rilevato dallo Stolfi (*Il possesso e la proprietà* - Torino 1926, n. 305, pag. 230), peccava di eccesso e di difetto anche al tempo della redazione del codice civile. Di eccesso, perché i diritti di godimento e di disposizione attribuiti al proprietario sono tutt'altro che assoluti, essendo invece soggetti a molte restrizioni, alle quali del resto si fa cenno nello stesso articolo 436, con una chiara *contradictio in terminis* (Bonfante e Maroi – *Note al Windscheid* – Vol. VI, pag. 18); di difetto, perché non mette in rilievo il carattere della esclusività, che è essenziale, perché caratterizza la impossibilità di un eguale diritto di altri sulla medesima cosa (v. la incisiva definizione del Vivante, in *Foro it.* 1933 - I - 946).

È perciò da approvare la sostituzione del concetto di esclusività al concetto dell'assolutezza, che in realtà non inerisce al dominio.

Il progetto ha voluto anche completare la definizione, ponendo in evidenza la subordinazione del diritto di proprietà alle esigenze della convivenza e della solidarietà sociale.

Non sembra, tuttavia, che questo richiamo renda con esattezza e con

efficacia la concezione del diritto di proprietà, nell'attuale momento storico, secondo le ideologie e le direttive del Regime.

Non si dubita e non si contesta che il concetto rigidamente individualistico della proprietà, che prevale nel diritto romano, si è venuto evolvendo, attenuando e trasformando profondamente. Non va del resto dimenticato che la coscienza già evoluta della Roma imperiale aveva inteso il bisogno di aggiungere alla troppo assoluta definizione dello «*ius utendi et abutendi*» la significativa limitazione «*quatenus iuris ratio patitur*». E non poche né lievi sono le limitazioni al diritto individuale di proprietà sancite dal diritto giustiniano nell'interesse sociale.

Nei tempi moderni la concezione e la funzione del diritto di proprietà sono state oggetto di vivaci contrasti fra due opposte tendenze e dottrine sociali e politiche, la liberale e la socialista.

Non è il caso di indugiarsi sui termini e sulle fasi di questo contrasto. Preme invece tener presente che esso è stato superato dalla dottrina fascista e corporativista, la quale, pur ponendo la proprietà individuale come caposaldo del nostro ordinamento, la concepisce però meritevole di tutela solo in quanto sia strumento che serve a soddisfare le superiori esigenze della Nazione: subordina perciò il diritto di proprietà nel suo esercizio e nella sua difesa al preminente interesse nazionale.

A rendere nella definizione legale della proprietà questo elemento caratteristico e inconfondibile, non sembra adatta la formula che fa richiamo alla funzione sociale; chè anzi essa può apparire più consona alle superate e tramontate ideologie socialistiche o collettiviste.

Inoltre quella formula, nella sua astratta e indeterminata affermazione teoretica, potrebbe essere fonte di aberranti interpretazioni delle altre norme che disciplinano l'esercizio del diritto di proprietà.

Più aderente ai ricordati principi del regime fascista e corporativo, nonché più efficace, appare la formula «*facendone uso conforme all'interesse generale*»: essa infatti coglie il carattere essenziale della subordinazione del diritto di proprietà, come di ogni altro diritto individuale, al supremo interesse generale della produzione in cui si concreta il principio corporativo.

Tale formula, a differenza di quella proposta dalla Commissione Reale, rispecchia nitidamente il concetto che la proprietà costituisce non soltanto un diritto, ma anche un dovere; e, a differenza di quella dell'art. 436 del codice vigente, mette in chiara luce che il proprietario, nell'esercizio dei suoi diritti, non trova solo dei limiti imposti dalla legge o dai regolamenti, ma incontra degli obblighi. In altre parole, la ragione decisiva che serve ad imprimere carattere di legittimità al diritto del proprietario consiste nel fatto che il proprietario è tenuto ad agire possibilmente in modo che il soddisfa-

cimento del suo interesse individuale coincida con le superiori esigenze della collettività nazionale.

Questo particolare carattere del diritto di proprietà trova un'implicita affermazione di alto valore pubblico sulla Carta del lavoro e precisamente nella dichiarazione VII, per la quale l'iniziativa privata sul campo della produzione è considerata come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione, e nella dichiarazione VI, ove è detto che il lavoro costituisce un dovere sociale. E poiché, da un lato, non può concepirsi un'iniziativa privata senza un potere autonomo sugli strumenti della produzione e, dall'altro, l'esercizio del diritto di proprietà, di regola, non può essere scompagnato dal lavoro nelle svariate sue forme e nei suoi molteplici atteggiamenti, ne risulta limpidamente chiarita la configurazione del diritto di proprietà, quale ulteriore sviluppo della nozione di diritto-dovere, che trova frequenti applicazioni nel campo del diritto.

Corte di Appello di Torino – L'articolo riproduce sostanzialmente la definizione del diritto di proprietà data dall'art. 436 cod. civile, solo mettendo in evidenza la funzione sociale del diritto stesso; il che è da approvarsi, come conforme alle odierne tendenze sociali.

Corte di Appello di Venezia – La definizione di proprietà migliora e completa quella dell'art. 436 codice civile vigente. Invero la espressione «in modo esclusivo» più efficacemente di quanto non faccia il ricordato articolo 436 con l'altra «nella maniera più assoluta» pone in evidenza la caratteristica essenziale del diritto in esame. L'aggiunta «in conformità della funzione sociale del diritto stesso» afferma poi un concetto, che attraverso i tempi è sempre più venuto precisandosi e ad avere pratica attuazione, e cioè che la proprietà deve subire nel suo esercizio quelle limitazioni, che sono imposte dalla necessità della civile convivenza, e deve assumere un indirizzo in armonia con gli interessi generali. La dichiarazione settima della «Carta del Lavoro», richiamata nella relazione della Commissione, e considerata come principio direttivo delle innovazioni da introdursi nel titolo in esame, dichiarazione che «considera la iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione», afferma implicitamente sia il carattere individuale della proprietà e la necessità che questa abbia una sicura tutela, sia la funzione sociale di essa; funzione che fa ritenere inammissibile un impiego della cosa egoisticamente improduttivo, e che attribuisce allo Stato il potere e il dovere di intervenire con opportune norme per temperarne l'uso e per armonizzarlo nell'interesse comune. Opportunamente quindi questo principio, accolto dalla moderna

coscienza giuridica, e a cui il Regime ispira la sua azione, viene solennemente affermato nella definizione della proprietà.

Consiglio di Stato

La Commissione Reale si pose la preliminare questione se anche il nuovo codice dovesse dare la definizione del diritto di proprietà. Le ragioni che persuasero a risolverla affermativamente non vengono accennate nella relazione. Sono, evidentemente, le ben note ragioni (di prevalente carattere storico e politico) che già valsero a introdurre nel codice vigente l'art. 436, oltre a quelle ragioni di tecnica giuridica che hanno presieduto alla redazione di tutto il progetto. Ma vi dovè pur concorrere il meditato proposito d'inserire elementi nuovi nella definizione del diritto di proprietà; l'esclusività in cambio dell'assolutezza del dominio, asserita dall'art. 436; i diritti dei terzi intesi come limite; e, soprattutto, la *funzione sociale*.

Prima di esaminare l'art. 18 non sembra inopportuno ricordare quale debba essere la portata della definizione d'un istituto giuridico contenuta in un articolo del codice. Non bisogna confondere una tale definizione con quelle *dichiarazioni di principio*, che sono contenute non in leggi propriamente dette, ma in solenni documenti di natura eminentemente costituzionale.

Così, mentre la nostra Carta del lavoro proclama con le sue dichiarazioni le grandi direttive alle quali si debbono conformare tanto l'attività politica e pubblica dello Stato (potere legislativo ed esecutivo), quanto l'attività dei privati, la definizione d'un istituto giuridico contenuta in un articolo del codice deve avere lo scopo e l'effetto di mettere in rilievo i principi giuridici che informano il diritto costituito, e non già quello di illuminare le vie dell'avvenire, chè queste vie sono aperte e proseguite da leggi, le quali hanno virtù di riformare gli articoli stessi del codice.

Epperò l'art. 18 va considerato da questo punto di vista: non già se esso contenga un'*innovazione*, approvabile o meno, da introdurre nel diritto di proprietà (problema di natura squisitamente politica), ma se esso sia un compiuto ed esatto *aggiornamento*, come oggi si suol dire, della definizione dell'art. 436 cod. civ., ovvero un'adeguazione al contenuto odierno del diritto di proprietà (esame di carattere prettamente giuridico); odierno, si è detto, e, s'intenda, sia per effetto di recenti leggi speciali, sia per effetto delle modificazioni concrete arretrate al diritto di proprietà dal progetto stesso del nuovo codice.

L'esame di tale aggiornamento concerne sia la forma, sia la sostanza:

I. - *Esclusività* – Il Consiglio di Stato approva che alle parole «nella maniera più assoluta» siano sostituite le parole «in modo esclusivo». In verità questa modificazione non è introdotta tanto per aggiornare la definizione

della proprietà, quanto per correggere e perfezionare una forma originariamente imperfetta. L'*assolutezza*, difatti, è un carattere che la proprietà aveva già perduto all'atto della pubblicazione del codice del 1865, se lo stesso articolo, che affermava l'assolutezza del dominio, si dava cura di limitarla, ossia di negarla, con le parole «purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti».

2. - *Diritti spettanti ai terzi* – Elevata a norma indipendente la seconda parte dell'attuale art. 436, la quale era notoriamente formulata in modo improprio, la Commissione Reale ha sentito la necessità di porre accanto alle leggi e ai regolamenti, ravvisati come ostacolo all'esercizio della piena facoltà di godere della cosa come propria, anche «i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa». L'aggiunta si vuol giustificare con la considerazione che le facoltà spettanti a un proprietario possono essere sottratte in concreto a favore d'un terzo, rimanendo tuttavia la proprietà *potenzialmente* integra; così si otterrebbe di far implicito accenno a un altro carattere del dominio, e cioè alla *elasticità*. Ma le ragioni addotte non sembrano giustificare la proposta aggiunta, nè d'altronde s'è mai dubitato che i diritti spettanti ai terzi su di una cosa non fossero d'ostacolo all'esercizio della piena facoltà di godere spettante al proprietario sulla cosa medesima.

3. - *Funzione sociale* - Il concetto della funzione sociale del diritto di proprietà non è nuovo. E non è nuova la formula. Essa appartiene alla dottrina. Anche appartiene a taluni diritti positivi. E nemmeno, da un certo punto di vista, questo della funzione sociale può dirsi un carattere nuovo del diritto di proprietà, ossia un carattere particolare dell'odierno diritto di proprietà.

La proprietà ebbe sempre una funzione sociale. L'ebbe anche quando fu considerata l'espressione di un diritto assoluto, d'una incontrastabile signoria di una persona su di una cosa. Pur così intesa, essa non può non adempiere ad una funzione sociale, non può non soddisfare un interesse sociale. Ma lo soddisfa *insieme* con l'interesse individuale o privato del proprietario, il quale ignora o agisce come se ignorasse, che soddisfacendo un suo interesse privato, soddisfa altresì un interesse o esigenza sociale. *Insieme*, adunque, e *non consapevolmente*, si può dire che egli soddisfa un interesse sociale, in quanto questo sia racchiuso nell'interesse suo individuale, in quanto non lo superi o soverchi e sino a che fra i due interessi non sorga un contrasto. Fino a tanto che la proprietà sia dalla legge così considerata, è giuridicamente irrilevante mettere in vista, nella sua definizione, la funzione o interesse sociale. Onde è che, se questo elemento si mette in rilievo, e da quando si mette in rilievo, si riconosce che la proprietà ha da soddisfare non solo l'interesse sociale, che è coperto dall'interesse privato, ma anche

quello che lo soverchi o lo contraddica.

Tale è evidentemente il significato della proposta aggiunta, la quale non può dirsi sconveniente alla definizione, in quanto essa non annuncia una futura trasformazione del diritto di proprietà, ma la trasformazione stessa riconosce come già avvenuta.

Nel passato, quando si avvertiva contrasto fra gl'interessi della società e gl'interessi privati del proprietario e si riconosceva, con la superiorità di quelli su questi, l'urgenza della loro soddisfazione, si faceva luogo all'espropriazione per causa di pubblica utilità. E l'espropriazione seguiva alla corresponsione d'una giusta indennità. Ora, invece, si riconoscono come già accolti nel nostro diritto due diversi modi di soddisfare l'interesse sociale, di quell'interesse sociale che soverchia l'interesse privato: l'uno per mezzo dell'espropriazione; e l'altro ad opera dello stesso proprietario, al quale non si toglie la proprietà della cosa, ma si fa l'obbligo di goderne soddisfacendo altresì l'interesse sociale. Questo interesse sociale ha già avuto giuridico riconoscimento «sotto la pressione d'una evoluzione sociale ed economica precipitata nell'ultimo mezzo secolo», e soprattutto «per effetto delle realizzazioni di maggior momento e degli orientamenti più significativi del Fascismo nell'ordine civile». I quali orientamenti e le quali realizzazioni si sono concretate principalmente nelle leggi sulla bonifica integrale, sulle trasformazioni fondiari, sulle foreste e bacini montani, sugli usi civici, sulla tutela delle industrie e dei commerci, per culminare nel codice penale, che considera e punisce come reato la distruzione che il proprietario faccia della cosa propria quando così facendo cagioni grave nocimento all'economia pubblica (art. 499 cod. pen.), e considera e punisce come contravvenzione la distruzione che il proprietario faccia della cosa propria quando così facendo, consapevolmente, rechi danno al patrimonio storico e artistico della Nazione.

Dunque, la *funzione sociale* del diritto di proprietà, intesa nel senso che la proprietà si componga, non pure d'una somma di facoltà, ma sebbene di facoltà e di obblighi a un tempo, è già acquisita al nostro diritto positivo. E la definizione del diritto di proprietà ne ha da tener conto.

Come s'è visto, l'art. 18 ne ha tenuto conto; ma tuttavia si hanno da fare due osservazioni. Per ciò che riguarda la forma, che il conformarsi alla funzione d'un diritto è espressione più d'una volta impropria; e per ciò che riguarda la sostanza, che se già per i *limiti* imposti al proprietario il vigente codice sentì la necessità di specificare che si dovesse trattare di limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti, a più forte ragione per la funzione sociale, compendiosa e generica espressione di *obblighi* imposti al proprietario, si ha da chiarire che solo quegli obblighi inerenti alla funzione sociale sono da osservarsi dal proprietario i quali siano riconosciuti dalle leggi.

Pertanto si propone la seguente redazione dell'articolo 18:

«La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, osservando i limiti nonché gli obblighi inerenti alla funzione sociale del diritto stesso in conformità della legge».

UNIVERSITÀ

Università di Bari – (Rel. Prof. *Cariota Ferrara*): La definizione della proprietà contenuta in questo articolo è nella prima parte, « diritto di godere e di disporre», ricalcata su quella del codice vigente (articolo 436), e nella seconda, «in conformità della funzione sociale del diritto stesso», vuole essere rispondente ai riflessi che il nuovo clima politico-giuridico deve avere, necessariamente, sul diritto di proprietà.

Nonostante tale amalgama, l'adottata definizione potrebbe approvarsi, ove si ponessero in chiaro due punti:

a) come è detto nella relazione (pag. 16-17), la dichiarazione settima della Carta del lavoro rispetta la iniziativa privata. Questo rispetto non può non essere accompagnato dalla difesa del diritto di proprietà, che è, e rimane, la base dei rapporti giuridici e sociali. L'interesse pubblico, però, ha, oggi specialmente, pure qui, anzi soprattutto qui, il suo peso. Ciò si è giustamente intuito e creduto di dover porre in rilievo nel progetto. Ma in che rapporto può stare l'interesse pubblico col diritto di proprietà?

Quale influenza può spiegare l'uno sull'altro? Innegabilmente l'interesse pubblico può funzionare non da contenuto, ma solo da *limite* rispetto al diritto di proprietà, che, in sé, è interesse privato.

Questo fondamentale concetto non rivela la norma del progetto, che sembra, anzi, quasi assorbirlo in una più avanzata (e forse azzardata) concezione quando statuisce, senz'altro, che la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose «in conformità della funzione sociale» del diritto stesso;

b) a parte quanto precede, la definizione in esame pecca di una indeterminatezza, che quasi la fa apparire meta giuridica. Qual'è il significato, quali sono i confini della «funzione sociale» del diritto di proprietà? Quando si eccedono tali confini? E quali ne sono le conseguenze? Per lo meno bisogna eliminare il pericolo che il concetto di funzione sociale si possa foggiare caso per caso dall'interprete della legge, chiarendo e precisando che esso è tal quale risulta dai principi e dalle altre norme dell'ordinamento giuridico positivo, preso, s'intende, nella sua complessa unità.

Università di Bologna – (Rel. Prof. *Cicu*): Col dire che la proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa in modo esclusivo, si è voluto (v. relazione) esprimere quello stesso concetto che nel vigente codice è espresso colle parole «nel modo più assoluto». Eppure sono concetti diversi. Quello vigente indica l'ampiezza dei poteri del proprietario; non la indica il concetto di esclusività. Esclusivo è anche il diritto di usufrutto come di diritto di godimento.

D'altra parte, definendo in tal modo la proprietà, la si rende inconciliabile con la comproprietà, che pure nell'art. 312 è considerata proprietà. Meglio, quindi, conservare l'attuale dizione.

Dicendo poi che essa trova limite nella funzione sociale del diritto stesso, o non si dice niente di nuovo, o si altera il concetto tradizionale di proprietà.

Non si dice niente di nuovo, se si vuol dire che il diritto è riconosciuto in grazia di un interesse sociale, perchè ciò è proprio di tutti i diritti. Se invece si vuol trasformare il diritto di proprietà, è necessario aver chiara coscienza della portata tecnico-giuridica della trasformazione, che, a parere della Facoltà, non sarebbe consona ai principi fondamentali della dottrina fascista.

Non è dubbio che il Fascismo si contrappone alle dottrine socialiste e comuniste proprio in quanto conserva a base della struttura economica della società l'istituto della proprietà privata, riconoscendone l'alto valore sociale, che essa ha come forza propulsiva dell'iniziativa individuale. Ora una definizione, quale quella proposta, porterebbe il diritto di proprietà fuori del campo del diritto privato. Perchè con essa non si segna un limite esterno alla sfera del diritto, ma un limite inerente al diritto stesso, alla sua intima struttura. La proprietà verrebbe giuridicamente riconosciuta solo in quanto esercitata in conformità della sua funzione sociale: il che, se ha da avere un significato, implicherebbe che il diritto dovrebbe esser esercitato non nell'interesse individuale del proprietario, ma nell'interesse sociale, o, almeno, nell'interesse individuale solo in quanto questo collimi con l'interesse sociale. Ciò autorizzerebbe un controllo tanto del potere giudiziario nei rapporti tra privati, quanto del potere esecutivo, nei rapporti pubblici. Infatti dal capoverso si deduce che si tratta di un ulteriore limite, che si aggiunge a quelli imposti dalle leggi e dai regolamenti. Sicchè ogni atto di amministrazione e di disposizione potrebbe esser sottoposto a controllo e ravviso non conforme alla funzione sociale della proprietà. È facile vedere quale incertezza ne deriverebbe per la validità degli atti e dei trapassi.

Quel che, a parere della Facoltà, il Fascismo vuole, non è di fare *giuridicamente* della proprietà un istituto di diritto pubblico, del proprietario un

funzionario dello Stato. Vuole soltanto che l'attività e l'interesse privato, di cui è giudice sovrano il singolo finché sia riconosciuta una libertà ed autonomia privata, cedano sempre quando in gioco un interesse pubblico. Ma a questo scopo basta tener fermo il principio che l'interesse pubblico costituisce limite *esterno* alla libera attività privata: dentro il limite la proprietà deve restare quel che è sempre stata, se non si vuole sopprimere il diritto privato. L'interesse pubblico si è sempre affermato contro l'interesse privato del proprietario, fino a giustificare, con l'espropriazione per pubblica utilità, la totale soppressione del diritto: ciò non ha impedito che la proprietà potesse esser definita come la definisce il codice vigente. Coloro i quali si dimostrano propensi alla soppressione del diritto privato, dovrebbero meditare su ciò che è la ragione fondamentale della grandezza del diritto romano; e sul regresso che nel diritto intermedio si accompagnò alla confusione fra diritto privato e pubblico.

Quando si pensa e si dice che il Fascismo ha trasformato il diritto di proprietà, non ci si rende esatto conto dell'essenza del diritto di proprietà come diritto privato in confronto dei limiti ed oneri, che l'interesse dello Stato esige che ad esso siano imposti. I nuovi doveri che le esigenze dell'interesse nazionale e l'ordinamento corporativo richiedono al proprietario, vanno sanciti da leggi, regolamenti, norme corporative: ma, posti nell'interesse dello Stato, essi costituiranno ancora e sempre limiti alla proprietà nell'interesse pubblico: dentro quei limiti la proprietà ha da restare diritto privato, se non si vuol socializzarla e renderla bene demaniale dato in concessione al privato, come l'acqua pubblica e la miniera.

Chè se, oltre questi limiti di interesse pubblico, si vogliono introdurre nuovi limiti di interesse privato, per render maggiormente efficiente l'interesse sociale anche nei rapporti privati, è necessario specificare in quali rapporti si vuol apportare restrizioni.

Per questo riguardo ci sia permesso ripetere che il campo, in cui apparirebbe maggiormente giustificato limitare i poteri del proprietario, è quello delle disposizioni di ultima volontà.

Università di Cagliari – (Rel. Prof. Morittu): La definizione di proprietà appare imperfetta per diverse ragioni. L'articolo contempla una specie di proprietà (la esclusiva) e non del genere a cui appartiene anche la comproprietà.

La definizione del progetto non evita la critica di ambiguità e di contraddittorietà, che è stata fatta all'art. 436 del vigente codice. Come c'è contraddizione nell'affermare che il diritto di proprietà è assoluto, ma che allo stesso tempo subisce molteplici limitazioni, così c'è contraddizione nell'af-

fermare che la proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, ma che della cosa stessa possono godere o disporre insieme altre persone, oltre il proprietario (si pensi, a prescindere dal caso della comproprietà, a tutte le limitazioni della proprietà, imposte nell'interesse pubblico e privato, e soprattutto alle servitù e all'enfiteusi).

Perciò, la disposizione del 2° comma dell'art. 18, mentre distrugge ciò che è detto nel primo, è anche superflua, in quanto è ovvio che il proprietario debba osservare i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti.

Ma se i limiti, comunque imposti dalla legge, implicano diritto di godere e di disporre della cosa anche da parte di chi non è proprietario di essa, è evidente che il diritto di proprietà non è il diritto di godere e disporre dalla cosa in modo esclusivo.

La definizione dell'art. 18 è difettosa per un'altra ragione. Essa richiede requisiti che abbisognano alla loro volta di essere definiti. Quel che occorre sapere è proprio il se e il quando l'esercizio del diritto di proprietà è conforme alla sua funzione sociale.

Non si nega l'opportunità di affermare che la proprietà ha una funzione sociale; ma la sede opportuna non sembra quella della definizione del diritto di proprietà, i cui caratteri devono essere determinati in modo più preciso.

Università di Catania e di Modena – (Rel. Prof. Grassetti): A proposito della definizione del diritto di proprietà si richiamano anzitutto le osservazioni generali già fatte.

In particolar luogo si deve qui accentuare che una definizione soddisfacente del diritto di proprietà non potrà essere che il *risultato* delle disposizioni del codice. Di conseguenza, intesa come pura definizione, la regola è certo inutile. Ma peggio è che può essere anche dannosa, perchè è facile la tentazione ad intenderla non come semplice definizione, ma come fornita di un vero e proprio contenuto normativo.

Occorre allora osservare:

1) che altro è abolire la proprietà privata, ed altro è limitarla, cioè restringere le facoltà del privato entro più ristretti confini, così limitando la somma dei poteri riconosciuti al proprietario, come riducendo gli oggetti sui quali può ammettersi il diritto di proprietà nei privati, ma sempre però garantendo la certezza e la sicurezza delle facoltà così determinate. Ai principi del nostro Fascismo corrisponde la seconda, e non la prima, delle due concezioni, come si evince anche dalla dichiarazione VII della Carta del lavoro;

2) che il richiamo alla «funzione sociale del diritto di proprietà» ha ragione d'essere in una esposizione programmatica, ma non in un articolo di codice, che esige la certezza e la sicurezza nella sua applicazione. Giustis-

simo è insistere sulla «nuova concezione della proprietà privata come funzione necessaria e benefica, ma di carattere non meramente individuale, bensì anche, e soprattutto, sociale» (Alfr. Rocco), e giustamente la concezione sociale della proprietà, già *de iure condito*, è stata detta essersi tradotta in varia guisa e con consapevole energia nella legislazione fascista (Vassalli). Ma il risultato si ottiene *determinando* questa funzione sociale, cioè con l'imposizione di obblighi a contenuto positivo al proprietario. La astratta funzione sociale assume, infatti, atteggiamenti e fisionomie differenti in relazione alle concrete finalità da raggiungere (Pugliatti), ed è questa che importa determinare. La «funzione sociale del diritto di proprietà», espressa in formula generica, non può significare che un rinvio: intesa come principio di valor generale ed a sé stante, importa un potere discrezionale del magistrato o della pubblica Amministrazione, che distrugge l'essenza stessa del diritto di proprietà;

3) che, poiché il capoverso dell'articolo impone *inoltre* l'osservanza dei limiti posti dalle leggi e dai regolamenti, ne consegue che il limite posto dalla funzione sociale del diritto di proprietà sarebbe un limite ulteriore, il che conferma l'estremo arbitrio che la disposizione assegnerebbe al magistrato;

4) non si comprende perché sia stata conservata la formula, generalmente criticata, di «diritto di godere e di disporre». Meglio sarebbe, se mai, il punto di vista da cui muove il § 903 del codice civile germanico. Ma sempre meglio è non definire;

5) occorrerebbe anche coordinare la definizione con quella contenuta all'art. 312 in tema di comunione per quanto concerne la cosiddetta esclusività;

6) da approvare è invece la redazione in formula affermativa, anziché negativa, del rispetto dei limiti;

7) in conclusione si propone di sopprimere la definizione. In caso contrario, di sopprimere il riferimento alla funzione sociale del diritto di proprietà;

8) da ultimo cade qui acconcio rilevare che nessuna traccia di risoluzione di due fra i più gravi problemi che si agitano in tema di proprietà si trova nel titolo in esame: cioè dell'ammissibilità di una proprietà temporanea e di una proprietà fiduciaria, or l'una ed or l'altra ammessa già *de iure condito*, da una parte della nostra dottrina (cfr. considerazioni generali sub *b*). Specie riguardo alla proprietà fiduciaria, si crede qui opportuno di insistere, e con tanta maggior convinzione, in quanto la stessa Commissione Reale si è in altra sede autorevolmente espressa nei seguenti termini: «la Commissione ha altresì esaminato la figura delle donazioni fiduciarie; ma

dopo ampia discussione ha ritenuto che il problema della loro regolamentazione possa solo riprendersi in sede di revisione dell'intero codice, poiché l'argomento si estende oltre il campo delle donazioni e investe quello dei cosiddetti negozi fiduciari» (rel. Maroli al *Progetto preliminare del libro III*, pp. 97-8). Si ravvisa pertanto l'opportunità di una considerazione del problema anche, e soprattutto, in questa sede.

Università di Ferrara – La definizione della proprietà, proposta nel comma I° di questo articolo, è senza dubbio preferibile a quella contenuta nell'art. 436 del codice vigente.

È tuttavia da osservare che la locuzione «diritto di godere e di disporre *della cosa*», sostituita a quella dell'art. 436, «diritto di godere e disporre *delle cose*», non è felice, poiché il valore generico del plurale *cose* non può conservarsi nel singolare corrispondente: meglio, quindi, usare l'articolo indeterminato *una* (cosa).

D'altro canto, se è da lodare l'inclusione del concetto di funzione sociale della proprietà nella definizione in discorso, non sembra potersi approvare il modo della sua formulazione.

L'espressione, invero, adoperata (in conformità della funzione sociale, ecc.) sembra avere un carattere troppo gretto e formalistico, tanto da far pensare ad un ipotetico consapevole titolare, che potrebbe essere sempre incerto sul retto uso del così definito, per l'estrema difficoltà di appurare nelle singole contingenze se l'uso stesso fosse o no conforme alla funzione sociale della proprietà.

Ad eliminare l'inconveniente rilevato, parrebbe sufficiente non discostarsi dalla locuzione, usata nell'art. 436, col dire: «...purchè non se ne faccia un uso contrario alla funzione sociale, ecc.».

Se, infatti, si riconosce coi compilatori del progetto che il carattere della *esclusività*, proprio del diritto definitivo, serve bene anche a scolpirne tutta l'ampiezza (v. relazione della Sottocommissione a pag. 17), viene ovvia l'idea della delimitazione di quella ampiezza, espressa con l'avverbio «purché».

Così si comprenderebbe anche meglio la ragione dell'avverbio «inoltre», riferito a limiti particolari, che leggiamo nel 2° comma dell'articolo in esame.

A proposito poi di questo 2° comma, pare che potrebbe ivi vantaggiosamente sopprimersi l'aggettivo «medesima» (cosa).

Università di Milano – (Rel. Prof. *Gangi*): Si propone di sostituire la seguente definizione: «La proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa nel modo più ampio ed esclusivo, in conformità però alla funzione sociale

del diritto stesso, o salvo i limiti imposti dalle leggi o dalla concorrenza di diritti spettanti ad altri sulla cosa stessa».

Università Cattolica di Milano – (Rel. Prof. Barbero): Il titolo sulla proprietà si apre con una definizione che, dal punto di vista *concettuale*, mira ad innovare profondamente – e deve aggiungersi senza esitazione, giustamente, equamente, umanamente – la nozione giuridica del diritto di proprietà; ma dal punto di vista della *tecnica* legislativa è, a nostro sommo avviso, quanto di meno opportuno si potesse formulare in una norma giuridica. Siamo al solito punto: cosa debba essere e sia un istituto giuridico, in sede *legislativa* risulta dal complesso delle norme che gli danno la fisionomia: è in sede *dottrinale* che da questo complesso di norme si ricava, anzi si deve poi ricavare, la visione sintetica dell'istituto medesimo. Sarà quindi in sede dottrinale che, dal complesso delle norme, da cui è disciplinato, nel progetto, il diritto di proprietà, l'interprete avrà da sentirsi guidato e spinto a definire: la proprietà è, in questo sistema, il diritto di godere e disporre della cosa in modo esclusivo, in conformità della funzione sociale del diritto stesso.

Ma la medesima dichiarazione, messa lì in un primo articolo del codice sulla proprietà, fa tutto l'effetto – si passi la riverente ilarità – che il legislatore, per evitare di scordarsene cammin facendo, abbia voluto distendersi ben chiare innanzi le linee del suo *programma*, al fine di potervene rispecchiare, man mano, lo svolgimento e constatarne la più piena, meno piena, eventualmente mancante, rispondenza e portare i necessari ritocchi. Appunto più che un valore programmatico una tal dichiarazione, così generica, non potrebbe infatti avere. E, se si volesse attribuirgliene di più, si potrebbe correre l'alea di seri inconvenienti. Invero, che il diritto di proprietà debba avere una funzione sociale è detto ben ridondantemente; ma non è fatto alcun cenno qual sia o debba essere questa funzione sociale. Sicuro, una funzione sociale c'è: e c'è non solo nel diritto di proprietà, ma in ogni diritto. Ora qual è la funzione sociale del diritto di proprietà? Se questa risulta più avanti (e, in parte, risulta), sapremo cosa pensarne, ma appunto, però, dovremo pensarne quel tanto che avanti risulterà: col che si è confessata la superfluità e l'inopportunità d'ogni più ampollosa dichiarazione. Ma se avanti non risultasse o se, pur risultando in parte, l'*intera* funzione sociale del diritto di proprietà dovesse essere qualche cosa di *più*, comunque di *diverso* da quel che fosse per risultare, per questo di più e per questo di diverso, a chi ci si dovrebbe appellare? Alla coscienza sociale? E dov'è questa? O quante ce ne sono di coscienze sociali? Alla fine si arriverebbe necessariamente alla coscienza sociale del giudice, l'unica che sia qualcosa di reale e che riuscirebbe finalmente a farsi strada. Ora non vorremmo essere sospettati da lon-

tano mille miglia che noi non abbiamo la più assoluta fiducia nella bontà della coscienza sociale dei giudici; ci si permetterà, però, di dubitare che assai probabilmente, anzi certamente, pur avendola tutti sostanzialmente buona, non l'avranno tutti del medesimo stampo, fin nei minimi particolari. Ne deriverebbe, sempre, un criterio oscillante. Ma si dirà: succede la stessa cosa in altre materie. È appunto qui, si noti, la differenza: che v'è materia e materia. In talune materie tanto l'oscillazione *può concedersi*, che sembra addirittura *inevitabile*. In altre (e quella che abbiamo in esame sembra di queste altre) è al sommo antipolitico ammetterla: tale è appunto o, almeno, ci sembra, l'introduzione di un elemento oscillante a giudizio del giudice, nella definizione stessa del principale dei diritti, il diritto di proprietà.

Ma non è qui tutto: si può osservare ancora qualche cosa di ben più decisivo, sempre dal punto di vista della tecnica legislativa, a proposito di questa definizione.

A chi legga attentamente, e con occhio di giurista, l'intera formulazione dell'art. 18 del progetto, non può sfuggire un tal nesso fra il primo ed il secondo capoverso, che ipertrofizza oltre ogni giusto limite l'importanza del richiamo alla funzione sociale della proprietà. E valga il vero: se «il proprietario deve *inoltre* osservare i limiti imposti dalle leggi» ecc., è evidente che davanti a questi *ulteriori* (inoltre – dice il progetto, e lo abbiamo intenzionalmente rimarcato) limiti, altri s'impongono al proprietario: tali non possono essere che addirittura una *categoria di limiti imposti dalla funzione sociale della proprietà*. E quali sono? Qual criterio è dato al proprietario, perchè nell'esercizio del suo diritto pur dentro i limiti derivanti dalla legge, dai regolamenti e dalla concorrenza dell'altrui diritto, possa evitare di invadere, e così *ledere*, la sfera delle esigenze, quasi diremmo delle legittime aspettative sociali, di fronte alla sua proprietà? Per es., chi passa per la strada e non fa l'elemosina al mendicante che gli stende la mano, è sicuro di non evadere dai limiti imposti, con questo criterio, alla sua proprietà dalla funzione sociale della stessa? E il proprietario, che per suo sollazzo, voglia costruire una villa con lussuoso parco, nel podere che prima coltivava a frumento, non lede per avventura una esigenza sociale alla coltivazione agricola dei fondi per il sostentamento della Nazione?

E sia pure questo. Ma il giurista deve ancora domandarsi: e chi sarà legittimato a reprimere per via giudiziaria la lesione e costringere così il proprietario a rientrare nei confini evasi? Ciò è quanto domandar chi sia il *destinatario*, dal lato attivo, della limitazione incombente, per il lato sociale, al proprietario. La società? Non vogliamo entrare in questioni filosofiche sull'argomento, ma stando sul terreno schiettamente giuridico, *chi è, per il diritto, la società?* È chiaro che, da questa parte, si arriverebbe allo sfacelo

della norma; poichè, non esistendo per il diritto, vogliamo dire per il nostro diritto *positivo* (!), un soggetto giuridico società, la norma potrebbe essere continuamente ed impunemente violata, non esistendo il soggetto legittimato a far valere la repressione della violazione. Sarà allora *destinatario* della norma il singolo, che abbia un interesse immediato a respingere l'evasione del proprietario dai confini imposti dalla funzione sociale al suo diritto? Ma, di qui, si aprirebbe la porta all'accattone di *esigere*, in via giudiziaria, l'elemosina che gli viene rifiutata, cioè si costituirebbe un vero diritto all'elemosina. Assurdo solo a pensarlo.

Non resta, dunque, che guardare allo Stato, quale incarnazione sociale e giuridica della società, interprete, quindi, e anzi titolare degli interessi sociali. Ora, non siamo certamente noi che vogliamo negare allo Stato la sua più alta ed *essenziale* funzione di nume tutelare (se non titolare) degli interessi sociali. Ma ci resta il dubbio, stando sempre sul terreno della tecnica giuridica, se anche l'intervento dello Stato sia sempre sufficiente e reprimere ogni violazione della proprietà, per evasione dai limiti imposti dalla funzione sociale del diritto. Bisognerebbe, non per reprimere la *totalità* delle violazioni, ma almeno il maggior numero possibile, costituire un corpo speciale di polizia e un apposito pubblico ministero; altrimenti si avrebbe creata una norma tanto *ampia*, volendo raggiungere un risultato molto più limitato, e sapendosi già, *a priori*, che essa resterebbe abbandonata ad una incontenibile possibilità di violazioni. Perché, intendiamoci: è giusto che lo Stato intervenga, sostituendosi anche alla iniziativa privata, come prevede la Carta del lavoro, qualora ciò sia ritenuto congruo agli interessi nazionali e il proprietario, lasciando mancare o dimostrando insufficiente iniziativa propria, venga, ora secondo la norma dell'art. 18, costituito reo di abuso del suo diritto di proprietà, ma questo non è tutto: questo, rispetto all'ampiezza della norma, non realizzerebbe che una minima parte del suo contenuto astratto. Tutte le altre violazioni possibili per evasione da detti limiti, chi potrebbe scoprirle se non appunto un corpo di polizia, chi potrebbe chiederne in via *giurisdizionale*, *giudiziaria*, la repressione, se non appunto un pubblico ministero?

Tutte queste osservazioni ci pare che rendano indiscutibile una conclusione: la conclusione che quel richiamo alla funzione sociale della proprietà, contenuta nell'art. 18, non può essere lasciato sussistere senza che o si aprano le porte agli abusi più inverosimili o si lasci sussistere una norma, di cui già *a priori* si conosce e si *sanziona* la *possibilità* e l'*impunità* di innumerevoli violazioni. Bisogna avere il coraggio, un coraggio proprio da legislatore, di sacrificare e bandire dalla legge anche le più belle enunciazioni letterarie, la presentazione dei migliori programmi e delle più apprezzabili

idealità, per limitarsi ad attuare gli uni e le altre, in quelle disposizioni positive, e quelle sole, che sono *necessarie e sufficienti* allo scopo.

Stia pure, allora la riforma della proprietà, in conformità della funzione sociale che i tempi, finalmente, sono giunti a scorgere in questo diritto: non saremo certo noi, eredi d'una tradizione cattolica, la quale risale all'epoca dello spietato imperante egoismo romano e proprio in mezzo a quest'egoismo si afferma, che ci opporremo ad innovazioni di questa specie. Ma si tagli via, senza rimpianto, e nel *primo* interesse del programma stesso che si mira ad attuare, il richiamo dell'art. 18 del progetto alla funzione sociale della proprietà.

Dopo attuato, però, questo coraggioso intervento, su cui a nostro avviso non si dovrebbe avere anche solo un attimo di esitazione, resta ancora altra materia degna di discussione nella definizione della proprietà che abbiamo in esame.

La sostanza residua del diritto di proprietà definita dall'articolo 18 del progetto resterebbe, tolto il richiamo alla funzione sociale, la facoltà di *godere e disporre delle cose in modo esclusivo*. Appunto questo è degno di discussione. Par fino impossibile: si è predicato tanto e si continua tuttora a predicare, ben a ragione, contro una concezione della proprietà risultante dalla numerazione (più o meno lunga) di supposte facoltà componenti e, cionondimeno, proprio questo aborrito concetto finisce per far capolino, in proporzioni sia pure ridotte, in tutte o quasi tutte le legislazioni: così anche dell'attuale progetto. La giustificazione che ne dà la relazione non pare sufficiente.

Un po' più spesso esula dalle definizioni della dottrina. Per tacere di altre, una è generalmente molto apprezzata, quella del compianto Vittorio Scialoja. Senza riferirla qui e senza mancare alla generale ammirazione, va osservato che, col parlare di *cosa come pertinenza di una persona* e di *intero assoggettamento alla volontà di questa*, ha di mira più l'aspetto materiale del diritto, che il suo lato squisitamente giuridico, il quale, come è noto, è quello del *rapporto giuridico fra soggetti rispetto all'oggetto*: senza dire che quello stesso concetto di pertinenza fra cosa e persona non solo non può avere un contenuto giuridico, ma è qualcosa di tanto indeterminato, che non si riesce ad afferarne la sostanza.

Ci viene fatto di domandare perchè nessuno ha mai pensato di prendere a base di una definizione della proprietà, tanto in dottrina, quanto in un testo legislativo – qualora, qui, si voglia darla – i risultati della più recente elaborazione scientifica del *diritto reale*, completandoli con elementi di specificazione caratteristici della proprietà: la proprietà è appunto la specie principe dei diritti reali. Se si è costruito – e pare – con sufficiente soddi-

sfazione questo genere *diritto reale*, par la cosa più ovvia utilizzarlo alla base di ogni definizione delle sue specie. Senza prolungare di più il discorso e richiamandoci ad un cenno, che il relatore di queste osservazioni ha avuto occasione di fare in materia (Barbero, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, Milano, 1937, pagg. 56-59), dove, cercando di ridurre la differenza fra diritti reali ed obbligazioni ai minimi *elementi essenziali* (rinvio al l. c.), si concludeva affermando che il *diritto reale* è il potere del soggetto d'attuare un comportamento rispetto ad un oggetto, escludendo la cooperazione di qualsiasi altro soggetto, si penserebbe appunto di poter accogliere la seguente definizione della *proprietà* in ispecie:

«La proprietà è il diritto *esclusivo* d'un soggetto di comportarsi a suo piacimento rispetto ad un oggetto, senza la cooperazione d'alcun altro soggetto e nei limiti imposti dalle leggi, dai regolamenti e dalla concorrenza dell'altrui diritto sul medesimo oggetto».

Necessita qualche illustrazione, come del resto ad ogni sintesi:

a) La proprietà è un diritto *esclusivo*: cioè – come anche mette in buon rilievo la relazione rispetto al progetto – non può appartenere simultaneamente, e sulla stessa cosa, a più d'un soggetto.

b) È il potere d'attuare un qualunque comportamento rispetto ad un oggetto. Viene così in netto rilievo la nota specifica della proprietà rispetto agli altri diritti reali; dei quali è caratteristica il potere di attuare, *non qualsiasi*, ma un *determinato* (o *determinati*, se più d'uno) comportamento rispetto ad un oggetto: quelli che danno la fisionomia ai singoli diritti. La proprietà viene in questo modo, e ci pare del tutto esatto, ad essere espressa come la massima distensione che può assumere il *genus* «diritto reale». Il limite è posto dalle leggi ecc.: quindi è una limitazione *negativa*; appunto come dalla dottrina si va continuamente predicando.

c) Isolandosi dalla cooperazione di qualsiasi altro soggetto. Più punti di vista vengono qui in considerazione. Innanzi tutto si dà il giusto tono alla così detta signoria immediata sulla cosa. Per correlato si afferma nettamente il momento rapporto giuridico, concomitante ad ogni diritto soggettivo. In terzo luogo viene eliminato quel *potere di disporre*, che, in quanto sia inteso, ed è per lo più così, come il potere di alienare la cosa, rivela un latente equivoco; non la cosa si aliena, ma più propriamente il diritto (sebbene taluni diritti possano essere dichiarati inalienabili). Quindi il potere di disporre non tanto *fa parte* del diritto di proprietà (altra anziana e dibattuta questione), quanto *consegue alla titolarità* di qualsiasi diritto (alienabile). Se invece di dire «alienare la proprietà», si dice comunemente «alienare la cosa», ciò è solo il frutto della facilità con cui, in questo campo, data la singolare ampiezza del diritto di proprietà, si scambia (anche senza dire si confonde) il

diritto con la cosa che ne è l'oggetto: – come facevano i romani, si dice; e non si avverte che si fa lo stesso ben sovente anche noi. – Per tal modo, resta fugato l'equivoco, che si profilasse in taluno, dalla considerazione che il più delle volte per disporre della (alienare la) cosa, occorre la cooperazione altrui. Senza fare i conti con la nota opinione del Gorla, che non si condivide, la difficoltà non sussiste per il fatto che nella *costituzione* della proprietà non entra il *potere di alienare*: che, si ripete, *consegue a titolarità*.

Appena è necessario poi osservare, per eliminare un altro eventuale equivoco, che non è da confondersi la necessità della cooperazione *giuridica* per la realizzazione di un interesse nel soggetto sulla cosa, con la necessità della cooperazione *materiale*. È sufficiente che esuli la prima, non la seconda, dal diritto di proprietà. Così il proprietario, che non sia al tempo stesso ingegnere, muratore, imbianchino e pittore, se vuole costruire una villa con materiale di sua proprietà sul fondo di sua proprietà, deve ricorrere alla cooperazione di altri soggetti. Non occorre aggiungere altro per chiarire che non è questa l'altrui cooperazione che deve necessariamente esulare dal diritto, perché sia *reale* e, in specie, *proprietà*.

d) Per ultimo si potrebbe osservare che le limitazioni alla astratta e, per sé, incondizionata ampiezza di potere, che presenta il diritto di proprietà, sarebbero in sé esaurite nel richiamo ai limiti imposti dalla legge, in quanto anche i regolamenti sono leggi in senso materiale, e la concorrenza dell'altrui diritto s'impone come limite al proprietario, attraverso la tutela che ne fa la legge e il comando che questa emette. Tuttavia qui è proprio il caso di dire che *quod abundat non nocet* e tirar via sulle ulteriori specificazioni.

Università di Pavia – (Rel. Prof. G. Stolff): Quando si impone da un lato al proprietario di esercitare il suo diritto «in conformità della funzione sociale» del dominio, e gli si ordina dall'altro di osservare «inoltre» limiti *ex lege*, di tollerare l'azione o l'ingerenza della pubblica autorità e finanche dei terzi (art. 19) e di non compiere atti di emulazione (art. 25, al. 2), vien fatto di chiedersi a quale fonte occorrerà far capo al fine di stabilire la funzione sociale della proprietà: siccome la norma è muta al riguardo, si corre l'alea di dover dipendere dall'apprezzamento, per sua natura variabile, e pur sempre arbitrario, del giudice: il che sembra grave, specie a chi pensi al carattere assoluto del dominio, che, anche secondo il progetto, costituisce il diritto reale per eccellenza. Or se, dati gli artt. 19 e 25 cap., è, attenuato il diritto del proprietario di godere e disporre «in modo esclusivo» della cosa sua, è lecito temere che questo inciso della definizione sia destinato a non avere senso, ove mai il *dominus* dovesse inoltre preoccuparsi della funzione sociale del suo diritto senza riuscire a comprendere con

precisione in che cosa essa consiste.

In ogni caso la formulazione della norma dev'essere riveduta: la parola «diritto», usata alla fine dell'al. I^o, allude alle facoltà concesse al proprietario e indicate all'inizio del comma con la frase «diritto di godere e disporre», oppure – come sembra più proprio – al *ius domini*? È poi corretto linguisticamente attribuire al verbo «osservare» il significato di «rispettare» ed è indispensabile dire espressamente che il proprietario non deve violare i diritti «reali» spettanti ai terzi? Dato poi che l'uso sociale del diritto costituisce un'esigenza sentita in linea generale, è prudente imporlo al solo proprietario, come se si volesse lasciare arbitri l'usufruttuario, l'enfiteuta, l'usuario ecc. di occuparsi e preoccuparsi unicamente del loro personale interesse?

Università di Perugia – (Rel. Prof. *Coviello junior*): È senz'altro lodevole la innovazione contenuta in questo articolo che, definendo la proprietà, pone in risalto come il suo esercizio debba attuarsi «in conformità della funzione sociale del diritto stesso»: il che val quanto dire, a nostro avviso, che il suo esercizio deve essere preordinato e subordinato alle esigenze della collettività.

Così, in corrispondenza di questo *carattere* del diritto di proprietà, con il successivo articolo 19, ad esempio, si fa diniego al proprietario di escludere o respingere l'ingerenza sulla propria cosa, da parte della pubblica autorità, quando essa sia determinata da un *interesse generale*, e sempreché venga esercitata *nei casi e con le forme prescritte dalle leggi*.

Così ancora nell'art. 30 è disposto che la pubblica autorità può «*nei modi e limiti stabiliti da leggi speciali*» vietare che un fondo soggetto a cultura o suscettibile di coltivazione, venga ulteriormente frazionato, qualora già sia ridotto ad un'estensione pari o prossima alla minima unità culturale. E ciò per evitare che con danno della *agricoltura* e dell'*economia nazionale* venga resa «impossibile la razionale cultura di una delle varie parti risultanti dal frazionamento».

Quanto alla formulazione dell'art. 18 non ci sembra che essa possa senz'altro approvarsi.

Il capoverso ha quell'«*inoltre*», che non si giustifica affatto. Anzitutto, perché nel comma I^o si parla del *diritto* del proprietario, mentre nel capoverso si parla dell'*obbligo* del proprietario di osservare i limiti posti al suo diritto dalla legge e dai regolamenti, sicché nel capoverso nulla si aggiunge, come darebbe ad intendere quello *inoltre*, ma si limita il diritto stesso? Non si giustifica, poi, anche perché sembra che l'osservanza ai regolamenti ecc. sia alcunché che si aggiunga al limite della *funzione sociale* del diritto: mentre non si tratta che o di conseguenze ed applicazioni di questa funzione sociale

del diritto (vedi articoli innanzi richiamati), epperò di limiti *preordinati* a questa funzione sociale, oppure di limitazioni al godimento *in modo esclusivo*. Pertanto il capoverso può senz'altro trasformarsi in un'aggiunta, alla fine del primo comma, del seguente tenore: «Osservando i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti e i diritti spettanti ai terzi nella cosa medesima».

Università di Pisa – (Rel. Proff. Funaioli e Ferrara): L'art. 18, che definisce la proprietà, è censurabile. Esso appare la risultante di due diverse concezioni e contrapposte tendenze – rappresentate anche nel seno della Facoltà –, che non possono amalgamarsi. Invero, delle due l'una. O si ritiene che la proprietà debba essere concepita solo in funzione sociale, e allora si deve abbandonare il concetto tradizionale di essa, come anacronistico; o invece si vuole ancora fare assegnamento sul concetto tradizionale della proprietà, e allora essa deve concepirsi in funzione individuale, sia pure con tutte le limitazioni idonee ad adeguarla all'interesse sociale, di cui è capace.

Il progetto inserisce il rilievo della «conformità alla funzione sociale» nella definizione classica della proprietà, quasi a rigenerarla. Ma in che modo? Forse si vuole affermare che al di là dei limiti d'interesse sociale che la concezione tradizionale comporta, deve la proprietà ancora rispondere ad una funzione sociale? In tal caso, però il contenuto della proprietà, fin qui ammesso, verrebbe meno, senza che altro contenuto si renda manifesto. Per conseguenza sembra da concludere: o si innova radicalmente la definizione della proprietà o è assai migliore cosa lasciarla in vita nelle sue linee fondamentali, che una lunghissima esperienza ci ha tramandate.

Se questa tesi prevalesse, la definizione del progetto dovrebbe essere ritoccata: e non soltanto per l'innesto su visto – che avrebbe da scomparire –, ma anche con riguardo agli altri elementi, siano quelli della formula dell'art. 436 cod. civ. che vengono riprodotti, siano eventualmente nuovi. Invero il nuovo inciso «e i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa», mutuato dal § 903 cod. germanico, è una aggiunta inesatta, che pone a fronte la legge e i diritti dei terzi, come se questi non potessero nascere dalla legge. La riproduzione, d'altra parte, delle vecchie espressioni nella formula del progetto dà occasione alle critiche fatte ai codici di tipo latino: di non porre in evidenza la generalità del potere del proprietario, limitandosi, invece, ad indicare alcune delle facoltà che ne costituiscono il contenuto; di presentare una contraddizione formale in quanto il potere del proprietario è dichiarato assoluto (od esclusivo) e limitato ad un tempo; di trascurare le limitazioni a quel potere derivanti dalla volontà privata. In conseguenza, ove non si volesse ritornare alla definizione anteriore, la quale sembra migliore della proposta, si dovrebbe addivenire ad una definizione

nuova, che tenesse conto dei precedenti rilievi: più o meglio di quanto facciano definizioni dottrinali, pure di largo seguito.

Ma qui ci occorre un'osservazione sull'orientamento presente del diritto di proprietà e, che non si deve trascurare, qualunque tesi si accolga nel definirlo. È un orientamento nuovo determinato dal diverso funzionamento dei limiti cui il diritto è sottoposto. Ché i limiti posti dal potere pubblico alla proprietà, i quali nel passato giovavano ad infrenare l'attività del privato (restrizioni incombenti su tutti i proprietari, vincoli reciproci tra proprietari vicini, astensioni a carico del proprietario del fondo servente), oggi anche largamente giovano a promuovere l'attività del privato. Ai limiti del potere di fare si aggiungono quelli del potere di non fare, dell'inerzia di fronte all'azione. Così dei molteplici possibili atteggiamenti del proprietario oggi si colora quello positivo, attivo, operante nell'interesse sociale: di che si hanno evidenti prove in leggi speciali (ad es., quelle sulle trasformazioni fondiari di pubblico interesse e sulla bonifica integrale) ed anche nel progetto, come si dirà. Ma il dovere dell'operare, come già quello del non operare, trova, a sua volta, un limite, ch'è garanzia del potere del proprietario; egli non deve più o meno dell'uomo medio o normale, come regola: criterio questo basilare che, espresso nel vecchio codice, in campi diversi, è nel progetto anche dichiarato in punti salienti nell'ambito dei diritti reali.

Università di Sassari – (Rel. Prof. Salis): La nuova *definizione*, che il progetto dà del diritto di proprietà, lascia assai dubbiosi sotto diversi aspetti. Una definizione dovrebbe servire a chiarire concetti, a precisare, in questo caso, il contenuto di un diritto: la definizione della proprietà, che dà il progetto, non pare che assolva molto bene questo compito. Non discutiamo (poiché questo non sarebbe il luogo adatto) se godere e disporre siano alcune fra le innumerevoli *facoltà* che formano il contenuto del diritto di proprietà o debbano considerarsi esse stesse *diritti* (come potrebbe arguirsi dalla formulazione letterale di questo articolo) e non rileviamo neppure (essendo cosa troppo nota) come la proprietà sussista anche quando il proprietario non abbia la *facoltà* di *godere* della cosa «in modo esclusivo» (enfiteusi, usufrutto, limitazioni nel pubblico interesse, ecc.): fermiamoci invece ad esaminare se la «funzione sociale» sia concetto di cui utilmente possa farsi parola nella definizione di un diritto, nel campo, è bene non dimenticarlo, *privatistico*. Intanto – è bene subito rilevarlo – parlare della «funzione» del diritto si può e si deve solo dopo che il diritto sia stato definito e se ne sia precisato il contenuto: definire il diritto, parlando della sua *funzione sociale*, porta necessariamente ad unire due cose, che dovrebbero utilmente rimanere distinte. Ancora: dire che la proprietà è il diritto di godere e disporre,

ma aggiungere che di questo diritto di godere e disporre si deve usare in conformità della *funzione sociale* del diritto stesso (di proprietà, non di godere e di disporre) potrebbe considerarsi un giuoco di parole, in questo caso quanto mai pericoloso, se non si avesse cura di specificare quale sia la «funzione sociale», del diritto, od almeno in quale modo abbia il privato la possibilità di determinarla. La legge è fatta per chiarire dubbi e non per crearli: quando il privato vuole conoscere che cosa significhi essere proprietario di una cosa, non gli si può rispondere che significa poterne godere e disporre in conformità di una «funzione», che viene classificata come «sociale», ma che nessun studioso, nessun *giurista* è ancora riuscito a spiegare e definire con precisione. Senza cadere in frasi rettoriche od «a sensazione», non si può non far presente tutta la gravità di una situazione in cui il contadino rimanga incerto se sia o meno conforme alla funzione sociale il coltivare il campo in un determinato modo, od un qualunque proprietario debba prospettarsi sempre il dubbio, prima di godere o disporre della cosa sua, se questo suo atto possa essere annullato perchè non conforme alla «funzione sociale» del diritto.

Ci sembra, e prospettiamo una modesta opinione, che della «funzione» del diritto di proprietà il legislatore debba preoccuparsi fuori del diritto *privato*, e debba preoccuparsene tenendo conto di necessità ed esigenze di carattere generale (politiche, sociali, nazionali), di cui egli solo può valutare l'esistenza e l'importanza; esigenze peculiari molto spesso ad un determinato momento storico (si ricordi il caso delle sanzioni!) e per questo motivo di carattere transeunte: in vista di tali esigenze può essere determinata, volta per volta, la cosiddetta «funzione» del diritto di proprietà, possono essere sancite *norme giuridiche* (formali o materiali), che pongano *limiti all'esercizio* delle facoltà del diritto di proprietà privata. Ma la natura, il carattere, le facoltà che formano il contenuto di questo diritto rimangono immutabili, nonostante il mutare della funzione, nonostante il variare limiti posti al suo esercizio: il singolo proprietario deve essere posto in condizione di conoscere sino a qual limite può godere e disporre delle cose sue, *deve trovare tali limiti nel diritto obbiettivo*, se non si vuole che quel potere di iniziativa, che la Carta del lavoro gli riconosce, diventi privo di ogni pratico contenuto.

Per queste ragioni la Facoltà dà parere per la soppressione, nell'articolo 18, dell'inciso «in conformità della funzione sociale del diritto stesso».

Università di Siena – (Rel. Prof. *Tedeschi*): La menzione della funzione sociale della proprietà, nella definizione che di essa dà il progetto, è adeguata espressione della evoluzione che l'istituto ha certamente subito nell'ultimo secolo, e risponde bene alla coscienza giuridica del tempo nostro. Si teme

soltanto che quella formula, usata in un testo legislativo come il codice civile, possa, nella interpretazione giurisprudenziale, giustificare l'imposizione alla proprietà di oneri, che non risultano dalla legislazione vigente. Ad evitare siffatto pericolo, e a dare al proprietario la sicurezza circa l'estensione dei suoi obblighi – sicurezza che è di per sé inestimabile beneficio –, parrebbe opportuno aggiungere, dopo le parole «in conformità della funzione sociale del diritto stesso», le parole: «quale essa emerge dalla legislazione vigente».

Anziché «osservare», si direbbe meglio «rispettare», dato che l'espressione si riferisce non soltanto ai «limiti, ecc.», ma anche ai «diritti, ecc.».

Università di Torino – (Rel. Prof. Allara): Se, per certi lati, la definizione contenuta in questo articolo è migliore di quella del codice vigente, essa è pur sempre suscettibile di taluni rilievi critici, e cioè:

a) Il progetto ha mantenuto la stessa visuale del codice vigente spetto al rapporto di proprietà; ha cioè configurato il relativo diritto come «un potere del soggetto sulla cosa». Ma in altra sede il relatore ha vivamente sostenuto che, a rigore, il contenuto del fenomeno giuridico in esame non è dato già dal suddetto «potere», ma dalla «pretesa» del titolare del diritto verso gli altri consociati ad una non ingerenza sulla cosa e, per altro lato, dal «dovere» dei consociati verso il proprietario a quella non ingerenza.

Questa non ingerenza, a differenza di quanto si verifica negli altri rapporti reali a contenuto più limitato (es. servitù prediali), non può essere positivamente e direttamente determinata, ma soltanto in via negativa ed indiretta. Pertanto si potrebbe definire il diritto di proprietà: «la pretesa verso i consociati ad una non ingerenza generale sulla cosa, salvi i limiti stabiliti dalla legge».

L'ultimo inciso di questa definizione ha bisogno di chiarimenti. Un nostro autorevole giurista, Vittorio Scialoja, ritenne incompleta la definizione dell'art. 436 del codice vigente, poiché non erano in essa ricordati i limiti che al diritto di proprietà possono derivare dalla concorrenza dell'altrui diritto (*ius in re aliena*). In contrario si può però osservare che, in primo luogo, anche nei casi di concorrenza dell'altrui diritto è sempre la legge e, più precisamente, la norma giuridica che determina una contrazione dei poteri del proprietario. In secondo luogo bisogna pure intenderci sul concetto dommatico di «limite del diritto di proprietà».

Se quest'ultima va costruita come pretesa *erga omnes* ad un comportamento negativo di costoro, deriva che la limitazione dei poteri concreti del proprietario in conseguenza della costituzione di un *ius in re aliena* non implica una limitazione del contenuto del rapporto, cioè una limitazione del comportamento negativo in esso dedotto, ma piuttosto la presenza di una

contropretesa di carattere reale. Analogamente, non è dato di riscontrare una limitazione del diritto di proprietà, come tale, ma l'esistenza di una contropretesa in vari casi, che la comune dottrina considera nella categoria dei limiti al diritto di proprietà; così i cosiddetti limiti posti nell'interesse pubblico (e lasciando da parte il caso della espropriazione per pubblica utilità, che non ha attinenza col contenuto del rapporto di proprietà o coi poteri concreti del proprietario), implicano la sussistenza, accanto al rapporto di proprietà, di un rapporto, distinto per quanto connesso col primo (obbligazione *propter rem*), rapporto distinto, che non tocca il contenuto del rapporto di proprietà, che pertanto rimane, come tale, impregiudicato. Così ancora in vari casi di cosiddetti limiti posti allo interesse privato (diritto di vicinato), più che una limitazione del contenuto del rapporto di proprietà, si ha la presenza di un nuovo rapporto diretto a limitare i poteri concreti (che non costituiscono il contenuto del rapporto) del proprietario.

Si può invece parlare di vero e proprio limite al diritto di proprietà là dove la norma stabilisce, non già una contropretesa di altri, ma l'*assenza del dovere di non ingerenza dei consociati*. Un caso di quest'ultimo tipo mi sembra vada riscontrato nell'ipotesi regolata nell'art. 31 del progetto. Qui si afferma, veramente, che il proprietario «non può impedire» (formula identica a quella usata nell'art. 19 del progetto) determinate immissioni sul suo fondo, e quindi parrebbe, a prima vista, che l'art. 31 stabilisca una contropretesa del proprietario del fondo vicino ed un correlativo dovere dell'altro proprietario, ma non mi sembra esatta la formula dell'articolo citato, giacché non è già che il proprietario sia tenuto a non impedire la immissione, potendo quest'ultimo fare in casa sua quanto potrà attenuare o eliminare le immissioni, ma piuttosto egli «non potrà muovere lamentela» per le immissioni, il che vuol dire che tali immissioni non costituiscono violazione del dovere negativo del proprietario del fondo vicino; per altro lato la pretesa dell'altro proprietario non si estende al non verificarsi delle immissioni suddette. Siamo pertanto in presenza di un vero e proprio limite al diritto di proprietà. Quest'ultima figura non ricorre invece, a mio parere, nelle ipotesi regolate nell'art. 19 del progetto, giacché in queste ipotesi si tratta di un vero e proprio dovere del proprietario di subire la ingerenza di terzi.

b) Premesse queste considerazioni critiche, di carattere radicale e generale, alla definizione dell'art. 18 del progetto, altre considerazioni critiche possono farsi su singoli punti della definizione stessa. L'art. 18 parla di un «diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo». Vien fatto però di osservare da un lato che l'espressione «in modo esclusivo» può apparire superflua, dato che è già nel concetto di diritto di godere la *potestà* (noi diciamo la *pretesa*) che gli altri non si ingeriscano sulla cosa; per altro lato che detta espressione

può non sembrare conforme alla realtà giuridica, giacché, col dire che il proprietario ha il diritto di godere in modo esclusivo (cioè può escludere gli altri dal «godimento»), sembra che il proprietario sia autorizzato a respingere l'ingerenza del terzo, compreso il possessore. Ma come si concilia tale cosa con la tutela del possesso (azione di spoglio, art. 555 progetto; azione di manutenzione, art. 554 del progetto; v. anche art. 553)?

c) L'articolo in esame parla semplicemente di un «diritto di godere». Ma, in tema di usufrutto (art. 112, 1° comma), il progetto, allontanandosi un po' dalla definizione del codice vigente (art. 477) e tornando alla definizione delle fonti romane, parla, in maniera più analitica, di un «diritto di usare e di godere». Ora, a parte la questione se sia più opportuna la formula più sintetica o quella più analitica, è però certo che la definizione del diritto di proprietà va coordinata con quella dell'usufrutto, e pertanto dovrà adoperarsi la stessa formula in entrambe le definizioni.

d) A differenza della definizione del codice vigente (436), il progetto ha voluto precisare che il godimento e la disposizione devono essere «in conformità della funzione sociale del diritto di proprietà». Ora non si dubita che la proprietà moderna vada esercitata tenuto conto della funzione sociale del rapporto, ma non mi sembra necessario di aggiungere la suddetta formula – piuttosto vaga e generica – nella definizione del diritto di proprietà, dal momento che il secondo comma dell'articolo in esame fa presente che il proprietario deve osservare tutti quei limiti che il legislatore ritiene opportuno di stabilire.

Università di Urbino – (Rel. Prof. Salis): Si vorrebbe con questa disposizione definire il *diritto di proprietà*, tenendo conto di un indirizzo oggi giustamente prevalente nel campo politico economico.

Per evitare equivoci su argomento tanto delicato quanto importante, occorre tener ferma una premessa: il nuovo codice deve definire il concetto di proprietà nel campo del diritto *privato*, non già nel campo politico-economico od in quello del diritto pubblico. Il legislatore potrà, quando lo ritenga opportuno o necessario, porre all'esercizio di questo diritto, quei *limiti* che particolari ragioni politiche, sociali o nazionali ecc. potranno consigliare, ma queste limitazioni comprimeranno il diritto di proprietà senza alterarne la natura o le caratteristiche peculiari. La *funzione sociale*, in quanto elemento assolutamente estraneo alla nozione stessa del diritto di proprietà privata, non può trovar posto nella definizione di questo diritto. Il legislatore potrà valutare e determinare quale sia la funzione sociale del diritto di proprietà, come di ogni altro diritto, in un determinato momento storico, tenendo conto di esigenze e necessità che generalmente sfuggono al privato e che,

comunque, il privato non è in grado di apprezzare, mancando spesso dei dati e delle cognizioni necessarie. Ognun vede quanto sarebbe difficile obbligare un qualunque privato a preoccuparsi, nel compiere un atto di godimento o disposizione della cosa sua, se questo atto corrisponda o meno alla cosiddetta «funzione sociale» del diritto, che nessuna norma determini esplicitamente; ed ognun vede pure quale danno, quale intralcio e quale incertezza ne deriverebbe ai rapporti giuridici aventi ad oggetto il godimento o la disposizione della cosa in proprietà privata. Nè è da tacere che, mentre il contenuto e le caratteristiche del diritto di proprietà nel campo privatistico sono generalmente immutabili, la funzione del diritto è mutevole, ed in base ad essa possono, quando se ne ravvisi l'opportunità, essere posti dei limiti al suo esercizio, aumentando, diminuendo o limitando le facoltà di uso godimento, disposizione, ecc. Ma questi limiti, perché il privato possa averne conoscenza ed uniformarvisi, devono essere consacrati in norme giuridiche od essere almeno facilmente desumibili dai principi generali (quelli, ad esempio, su cui è fondato l'ordinamento corporativo nel nostro Stato), poichè solo così è possibile evitare una incertezza quanto mai pericolosa sulla possibilità di valersi e sul modo di esercitare le più importanti facoltà (di disposizione e di godimento) inerenti al diritto di proprietà. Non si può quindi fare a meno dal preoccuparsi di far rispettosamente presente tutta l'opportunità di eliminare dalla definizione dell'art. 18 del progetto l'inciso: «in conformità della funzione sociale del diritto stesso», sostituendola, se proprio lo si ritenesse indispensabile, con la formula: «in conformità dei principi sull'ordinamento corporativo».

SINDACATI FASCISTI AVVOCATI E PROCURATORI

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Bari – (Rel. Avv. Massari): La definizione si richiama ai principi della Carta del lavoro, e regola molto più precisamente dell'art. 436 cod. civ. i rapporti tra il dominio privato e la funzione sociale della proprietà.

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Bologna – Sulla definizione della proprietà, contenuta in questo articolo, è da osservarsi che il concetto di funzione sociale, a cui quel diritto si dovrebbe conformare, è formulato in maniera eccessivamente vaga e generica, tanto da potersi facilmente prestare a deplorevoli abusi od arbitri nell'applicazione del futuro codice.

Si propone, perciò, di modificare la detta definizione, come in appresso, con la conseguente soppressione del capoverso dell'articolo:

«La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa che ne forma l'oggetto in modo esclusivo, purché non se ne faccia un uso contrario alla sua funzione sociale (o all'interesse della Nazione), quale risulta dalle leggi e dai regolamenti».

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Brescia – (Rel. Avv. Giovanardi): La definizione della proprietà, data dall'art. 18, corrisponde alle idee odierne. Non è più oggi la proprietà il diritto di usare e abusare della cosa propria, ma è il diritto di servirsene in conformità della funzione sociale della proprietà. Questa, che è il presupposto necessario della iniziativa privata che la Carta del lavoro (dich. 7) dichiara lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione, diventa, a sua volta, un istituto di interesse nazionale. Il codice attuale considera la proprietà come una emanazione della individualità umana. Il progetto la considera come un elemento di benessere sociale. Ciò spiega molte delle restrizioni, che il progetto arreca all'istituto. A parte il dovere del proprietario di osservare i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti, troviamo espressamente indicato il dovere di cedere in tutto o in parte la proprietà o di permettere che altri ne faccia uso per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata, fermo il diritto al pagamento di una giusta indennità (art. 20); il divieto degli atti emulativi (art. 25); il divieto del frazionamento dei fondi in guisa di rendere impossibile la razionale cultura di una delle parti risultanti dal frazionamento (art. 30). Contro alcune restrizioni, però, si devono fare riserve: così, ad es., nell'articolo 18, capoverso, è stabilito che il proprietario deve osservare i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa. Tale disposizione sembra inutile, perchè il diritto reale costituisce un frazionamento del complesso diritto di proprietà, e il titolare di esso non fa che far valere la frazione di proprietà che gli spetta, cosicchè, se il proprietario vi si opponesse, commetterebbe un atto illecito.

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Cagliari – (Rel. Avv. Morittu): L'art. 18 definisce una specie di proprietà (la esclusiva) e non il genere di proprietà, a cui appartiene anche la comproprietà. Se adunque si vuol dire che su una cosa non vi può essere che un solo diritto di proprietà, mentre vi possono essere più diritti reali speciali, l'affermazione non è esatta, perchè appunto vi osta la figura della comproprietà.

Se poi si volesse dire che il diritto di godere e di disporre di una cosa spetta esclusivamente al proprietario, la affermazione sarebbe più gravemente inesatta, perchè, oltre al proprietario, il diritto di godere o di disporre, o di godere e di disporre insieme, spetta ad altri titolari di diritti reali; basti

per tutti l'esempio dell'enfiteuta, il cui diritto, che dallo stesso progetto non è considerato come proprietà, contiene tuttavia la facoltà di godere e disporre di un fondo (altrui).

Se, infine, colla espressione «diritto esclusivo» si intende dire, come fa una parte della dottrina, che il titolare di esso ha il potere di impedire che altri lo privi in tutto od in parte del godimento o della disponibilità di una cosa, si può osservare che tutti i diritti reali, e non la sola proprietà, hanno il carattere della esclusività così intesa.

Quando poi si aggiunge che la proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa in conformità della funzione sociale del diritto stesso, non si aggiunge nulla di specifico al diritto di proprietà. Ogni diritto, e non la sola proprietà, implica un potere che deve essere conforme alla funzione sociale del diritto stesso. Vale al proposito l'osservazione del Romagnosi che è assurdo concepire un qualsiasi diritto che non sia allo stesso tempo sociale. Si può obiettare che la proprietà in regime fascista ha una funzione diversa da quella che ha ancora secondo il vigente codice, ispirato ai principi dell'individualismo e del liberalismo economico, ma allora è ovvio rispondere che con tale aggiunta non si mette in evidenza la nuova funzione della proprietà. La funzione sociale della proprietà varia col variare del regime economico-sociale col quale è in armonia: anche in un ordinamento ispirato ai principi dell'individualismo e del liberismo, la proprietà ha la sua funzione sociale; così pensava il Filomusi-Guelfi, uno dei più autorevoli interpreti della legislazione prefascista. Non basta, in conclusione, accennare alla funzione sociale della proprietà; bisogna precisare in che consiste la accentuazione, che a tale funzione intende dare il legislatore fascista.

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Catania – (Rel. Avv. Caioli): Si propone di modificare la formulazione di quest'articolo, I° comma, nel modo seguente, sia per maggiore intelligenza, sia per più diretta concordanza col secondo comma:

«La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, salvo i limiti determinati dalla funzione sociale del diritto stesso».

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Catanzaro (Rel. Avv. Casalnuovo): È pregevole la innovazione legislativa di aver voluto subordinare ed armonizzare l'esercizio del diritto della proprietà in rapporto non soltanto a quella che può costituire una particolare norma di legge o di regolamento (come il vecchio codice sanciva), ma in generale al concetto di funzione sociale della proprietà, il cui diritto deve essere esercitato conformemente alle esigenze della convivenza sociale, alla cui tutela lo Stato fascista subor-

dina qualsiasi privata attività.

La definizione, però, divisa dall'articolo del progetto in due parti, potrebbe essere ancora semplificata e ridotta in unico contesto, eliminando la parola «inoltre» del capoverso, che sintatticamente non si giustifica. Si potrebbe dire: «La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, in conformità della funzione sociale del diritto stesso, osservati i limiti imposti dalla legge e dai regolamenti e i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa».

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Firenze – Sembra che, una volta imposto, e giustamente, al proprietario di una cosa il dovere di rispettare i limiti creati dalle leggi e dai regolamenti, nonché i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa, aggiunte le espresse limitazioni del potere di cui all'art. 19 ed il divieto degli atti emulativi di cui all'ultimo inciso dell'art. 25, il richiamo alla funzione sociale del diritto di proprietà non possa avere significato concreto, ed apra pertanto l'adito a limitazioni discrezionali, e perciò eventualmente arbitrarie, dei giudici. L'introduzione di una tale possibilità finisce col rendere la proprietà una specie di diritto affievolito, il che è in contrasto con l'insieme del progetto, che vorrebbe dare alla proprietà, «quale base solida ed elemento propulsore dell'iniziativa privata», la sua «più sicura tutela» nel codice civile (relazione p. 16), e che dà alla proprietà stessa la qualifica di «diritto pieno ed esclusivo per definizione» (p. 21).

La funzione sociale di un diritto deve ispirare ed ispira il legislatore nella creazione delle norme di legge che governano i singoli istituti. Ma il voler trasportare nell'interno della norma questo momento sociale e pregiudiziale, il voler subordinare l'esercizio dei diritti alla condizione perpetua della sua conformità alla funzione sociale, significa togliere al sistema giuridico la sua caratteristica principale, quella della certezza, distruggendo in sostanza la giuridicità stessa del sistema del diritto civile, e violando la millenaria tradizione romana ed italiana, secondo la quale *finis legis non cadit sub legem*.

Opportuno sembra invece il rilievo, dato nella definizione, al carattere esclusivo, anziché assoluto, del diritto di proprietà.

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Genova – Si propone la seguente formula: «La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, osservati i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti, ed i diritti spettanti ai terzi sulla cosa stessa. Il diritto non potrà essere esercitato in contrasto con la sua funzione sociale».

Se si mantiene inalterato il principio fondamentale che la proprietà dà una esclusività di godimento e di disposizione, si presenta come limite a

tale diritto quello che risulta dalle leggi e dai regolamenti, e quindi questo inciso sta bene, se è posto immediatamente dopo l'affermazione assoluta, ma siccome non solo come, limite, ma come contenuto di godimento, il proprietario deve ispirarsi alla funzione sociale della proprietà, così si soggiunge che l'esercizio del diritto deve essere in conformità o non in contrasto con la sua funzione sociale.

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Milano – (Rell. Avv. Bregoli e Marzola): La definizione della proprietà contenuta nell'art. 18 si informa ai concetti della Carta del lavoro. Essa non è più un diritto assoluto, ma lo è nel senso di godere in conformità della funzione sociale del diritto stesso, e questo concetto, saggiamente informato alle giuste esigenze dell'economia nazionale e dell'interesse della collettività, è da approvare, pur dovendosi osservare che va forse opportunamente attenuata l'espressione della I^a parte dell'art. 18, sembrando eccessivo il dire che la proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in conformità della funzione sociale del diritto stesso. Il progetto poi, in deroga alla I^a parte dell'art. 18, che consacra il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, ha stabilito che il proprietario, oltre che i limiti imposti dalla legge e dai regolamenti, deve anche osservare i diritti dei terzi sulla medesima cosa.

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Potenza – Indubbiamente la definizione della proprietà, nella dizione dell'art. 18, costituisce una conquista del nuovo pensiero giuridico. Peraltro, si richiama l'attenzione sulla opportunità che il principio della «funzione sociale», per coloro che sono chiamati ad applicare la legge, risulti dal diritto codificato.

Perciò si propone che il primo comma dell'art. 18 sia così integrato: «*in conformità della funzione sociale del diritto stesso risultante dalle leggi dello Stato*».

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Roma – La proprietà è definita il diritto di godere e di disporre della cosa *in modo esclusivo*. E la relazione spiega il concetto di cotesta qualificazione nel senso che essa è intesa a stabilire «che il diritto di proprietà esclude un eguale diritto di altri sulla medesima cosa».

Ma la comproprietà è una forma di *proprietà*, e tuttavia non consente di godere e disporre della cosa *in modo esclusivo*.

Come conciliare il concetto della «esclusività» con la comproprietà? È un dubbio che sorge dallo esame della definizione, che il progetto dà della proprietà, e che sembra debba essere eliminato.

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Torino – È giusta la menzione

della «funzione sociale» del diritto, in quanto tende alla repressione degli atti emulativi. Ed è anche giusta, in quanto sottomette all'interesse generale quello del privato, la norma di cui al I° comma dell'art. 19. Ma non si consente che il proprietario debba subire l'ingerenza di un terzo, cioè di un altro privato, in quanto diretta ad evitare un pericolo attuale. Anzitutto, perchè fra due interessi privati in contrasto non vi è motivo per cui la *vis maior* che si abbatte su uno di essi possa legittimamente essere trasferita su chi ne sarebbe andato illeso. Lo stato di necessità produce già i suoi effetti a sensi dell'art. 77 del progetto per il libro IV (Obbligazioni), limitando il risarcimento: ma giungere ad impedire al proprietario la facoltà di opporsi, è eccessivo. Tanto è vero che il progetto tenta di introdurre dei limiti. Ma come, in caso di «*pericolo attuale ed imminente*», potrà il proprietario invaso decidere se il danno minacciato all'invasore è maggiore di quello che questi minaccia a lui, e se quindi può o non può opporsi? E a che serve il diritto ad una equa indennità, se il terzo che ha esagerato nell'esercizio di questa facoltà, è nullatenente? Da una parte, come dall'altra, l'arbitrio privato è reso possibile.

Sindacato Fascista Avvocati e Procuratori di Trieste – La definizione della proprietà data dall'art. 18 non si discosta sostanzialmente da quella dell'art. 436 cod. civ., ma, in conformità alla dichiarazione VII della Carta del lavoro, fa richiamo alla sua *funzione sociale*, richiamo che appare opportuno, in quanto è tale nuova funzione quella che giustifica la conservazione di questo fondamentale istituto giuridico nell'attuale regime e le limitazioni cui è sottoposto nell'interesse generale della Nazione.

ENTI DIVERSI

Ministero dei Lavori Pubblici – Nella definizione della proprietà privata il relativo diritto è dichiarato in conformità della funzione sociale del diritto stesso.

Il concetto sembra di contenuto troppo indeterminato e non è specificato a quale autorità debba spettare la valutazione della conformità a tale funzione, e cioè se a quella amministrativa o a quella giudiziaria. Si proporrrebbe pertanto di modificare l'articolo nei termini seguenti:

«La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, osservando i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti, specie ai fini della funzione sociale del diritto stesso, e con il rispetto dei diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa».

Confederazione Fascista Agricoltori – Si conviene, preliminarmente, nella opportunità di mantenere una definizione della proprietà privata, e ciò sia allo scopo di caratterizzare la natura di questo fondamentale diritto segnandone, in sintesi, i caratteri che lo differenziano e dalla proprietà pubblica e dagli altri diritti sulle cose, sia al fine di scolpire ciò che rappresenta la profonda evoluzione che tale diritto ha subito per effetto della dottrina economica e giuridica del Fascismo, soprattutto nei riguardi della proprietà fondiaria rustica.

Per quanto concerne la prima finalità della definizione, si riconosce esatto di scorgere, come fa il progetto, la natura propria di quel diritto nei due poteri essenziali che lo caratterizzano: il potere di godimento e quello di disposizione, nei quali si sostanzia, unitariamente, quella signoria della persona sulla cosa, cui si riconnettono tutte le altre molteplici facoltà secondarie spettanti al proprietario.

La salvezza, subito dopo stabilita dal progetto stesso, dei possibili concorrenti diritti spettanti ai terzi sulla cosa, pone in necessaria evidenza uno dei peculiari aspetti della proprietà, la sua elasticità e comprimibilità.

Il riferimento poi alla pienezza di quei poteri, espressa mediante il criterio della *esclusività* (*in modo esclusivo*, opportunamente sostituito a quello dell'*assolutezza* del vigente codice, «nella maniera più assoluta»), vale, altresì, a bene differenziare la proprietà privata dalla proprietà pubblica, nella quale ultima, come si è osservato nell'esame del capo II dal titolo I, il rapporto di appartenenza assume atteggiamenti diversi, che lo allontanano dal rapporto più privatistico di «signoria» sulla cosa, specie nei riguardi dei due accennati suoi essenziali poteri.

Più delicata e difficile si presentava ai compilatori del progetto la modificazione della definizione diretta a scolpire l'evoluzione subita dal concetto di proprietà dal punto di vista della necessità che l'esercizio di questo diritto, costituente la base prima e l'elemento propulsore di ogni iniziativa privata nel campo della produzione, come giustamente rileva la relazione illustrativa del progetto, si svolga, per gli obblighi di solidarietà, che stringono in Regime fascista tutti i fattori della produzione e tutti i cittadini, in modo conforme ai superiori interessi nazionali.

Il problema della concezione e dell'ordinamento giuridico della proprietà rappresenta il problema basilare di ogni dottrina filosofica e di ogni sistema politico, in cui trovano espressione e precipua applicazione i postulati fondamentali delle diverse dottrine e dei vari sistemi. A prescindere dalle giustificazioni storiche della proprietà privata, che vanno dall'*«occupatio»* del diritto romano alle teorie del contratto sociale e della legge, quale origine e giustificazione della proprietà, le varie dottrine che si sono succedute nel

tempo e si sono accordate nella difesa di questo istituto, o hanno posto in evidenza particolare il lato individualistico della proprietà, concepita come la tutela della libertà e della personalità umana, ovvero hanno accentuato i fini sociali e della civiltà, ai quali essa serve.

Le dottrine liberali, cui s'ispirano il vigente codice italiano e gran parte dei codici moderni, modellati sul codice napoleonico, accolsero la prima delle due concezioni, considerando la proprietà come l'affermazione massima dei diritti dell'individuo, limitata solo dalla concorrenza dell'altrui diritto e temperata dai divieti imposti dalla legge. Le dottrine democratiche, invece, rivendicarono i fini sociali della proprietà. Lo Stato agnostico, secondo le une e le altre dottrine, disinteressandosi poi dei fenomeni sociali e, in particolare, di quello della produzione, si limitava a garantire anche in questo campo la libertà del singolo nei confini della coesistenza della sfera di libertà degli altri cittadini.

La dottrina socialista disconoscendo la legittimità del processo stesso di formazione della proprietà e battendo in breccia l'economia capitalistica propugnò la socializzazione dei beni di proprietà privata e, in genere, di tutti i mezzi della produzione.

Il Regime fascista, nella sua opera rivoluzionaria di profonda innovazione politica sociale, ha seguito un orientamento tutt'affatto diverso ed assolutamente originale anche nella concezione della proprietà privata, che deve trovare la propria espressione legislativa del codice civile.

Lo Stato si contrappone all'individuo, che è invece la cellula prima dello Stato. L'individuo, la famiglia e la categoria sociale sono stretti da vincoli di solidarietà ed operano, attraverso il proprio interesse, per l'interesse superiore ed immanente della società nazionale, e quindi dello Stato, che ne è la giuridica vivente rappresentazione: tutti per lo Stato ed entro lo Stato, nessuno fuori o contro lo Stato.

Lo Stato fascista, quindi, pur rispettando le autonomie individuali, in quanto possono giovargli, non garantisce, ma frena gli egoismi individuali e non può disinteressarsi dell'attività politica ed economica dei cittadini.

Esso, conseguentemente, disciplina o regola il fenomeno della produzione, dirime, mediante l'organizzazione sindacale-corporativa, gli antagonismi ed i conflitti tra le categorie dei produttori e le armonizza nel superiore interesse della produzione e della pace sociale, con interventi coercitivi, integrativi e surrogatori.

Applicando tali principi generali in particolare all'istituto della proprietà privata, la concezione dell'istituto stesso sembra alla Confederazione possa fondarsi sui postulati seguenti:

I) Lo Stato riconosce e tutela la proprietà privata come elemento ne-

cessario di conservazione e quale il più idoneo strumento di progresso della società nazionale.

La proprietà è dalla legge assicurata, quindi, all'individuo per una duplice finalità, non solo per la soddisfazione dei suoi personali e transeunti bisogni nel suo particolare interesse; ma benanco nell'interesse generale, per il soddisfacimento dei bisogni permanenti della collettività nazionale.

Deriva da ciò che in quanto il proprietario agisce, oltreché nel proprio interesse, nell'interesse altrui, deve conformare la sua azione al raggiungimento del duplice scopo cui è condizionata la tutela del suo diritto.

2) La funzione della proprietà non è meramente economica, dal punto di vista dell'interesse individuale, sia dal punto di vista dell'interesse collettivo. Essa costituisce elemento importante dell'organismo familiare, soddisfa le esigenze delle tradizioni e degli affetti familiari e, rafforzando l'istituto della famiglia, serve pure sotto tale riflesso ai fini dello Stato, onde assume anche aspetti di *funzione politica*.

3) Occorre conciliare, per quanto è possibile, il rispetto degli interessi particolari affidati all'iniziativa individuale nell'esercizio della proprietà con il soddisfacimento degli interessi generali. Normalmente, la conciliazione tra la soddisfazione di questi due ordini di interessi è agevole, perchè il proprietario che serve il proprio interesse serve anche l'interesse generale. Ma se il proprietario non è capace di servire gli stessi propri interessi particolari, ovvero, come eccezionalmente può verificarsi, sorge divergenza, anche temporanea, fra tali interessi e quelli generali, lo Stato deve intervenire per la tutela di questi ultimi, cui spetta in ogni caso la prevalenza.

Se tutta la disciplina della proprietà, secondo il progetto del nuovo codice civile, è in sostanza lodevolmente ispirata e risponde in linea di massima alla nuova concezione fascista, non sembra però, a giudizio della Confederazione, che la definizione delle proprietà vada esente da rilievi.

Osserva al riguardo la Confederazione:

a) che l'espressione *funzione sociale* della proprietà non parrebbe, innanzi tutto, rispecchiare con fedeltà la *originalità* della concezione fascista. Di fini sociali, come si è detto, ed anche di funzione sociale della proprietà si era, da lungo tempo, già parlato dai rappresentanti delle tendenze politiche democratiche e socialisteggianti e non si ravvisa perciò opportuna l'adozione di una formula costituente il portato di dottrine combattute e superate dal Fascismo.

Vero è che il movimento *sociale* dei vecchi regimi era tutt'altra cosa del movimento sociale del Fascismo: *internazionale* il primo, rivolto precipuamente alla difesa di un ideale astratto di giustizia sociale e strumento di una politica di classe; *nazionale* il secondo e diretto al concreto benessere e pro-

gresso della società nazionale, totalitariamente considerata.

Resta sempre, peraltro, la convenienza di eliminare espressioni del passato, irrevocabilmente sommerso, per tradurre concetti che profondamente si differenziano da quel passato.

b) Ove si parli di «funzione» della proprietà, non la si può ridurre al solo aspetto economico *sociale*, ma devesi tenere conto, come si è più sopra osservato, dell'aspetto *politico* di quella funzione che, secondo la dottrina fascista, ha primaria importanza, da cui non può prescindersi, anche nel gioco del contrasto tra gli interessi economici del singolo e quelli della collettività nazionale;

c) che le parole «funzione sociale», oltre a rappresentare un'espressione generica e poco precisa, non hanno esatto contenuto *giuridico* e non costituiscono perciò locuzione appropriata in una definizione inserita nel codice civile;

d) che la «funzione sociale» astrattamente considerata, senza riferimento ad una concreta disciplina di legge, o costituisce sterile affermazione teorica o può rappresentare, appunto per la sua indeterminatezza, la fonte di pericolose applicazioni ai casi pratici, soprattutto nelle contestazioni tra privati, ad opera del magistrato.

La Confederazione, per le accennate considerazioni, ha preferito di inserire nella definizione della proprietà, in luogo dell'espressione anzidetta, il concetto più aderente ai postulati della dottrina fascista che la proprietà costituisce, insieme ad un *diritto*, un *dovere* per il titolare del diritto stesso.

Questa particolare natura del diritto di proprietà è un riflesso del concetto affermato dalla Carta del lavoro (dichiarazione II) che il lavoro sotto tutte le sue forme è un dovere.

Non è, infatti, concepibile esercizio del diritto di proprietà scompagnato dal lavoro, in una qualsiasi delle sue forme, intellettuale, tecnica o manuale.

La nozione, del resto, di diritto-dovere non è estranea al nostro diritto e trova applicazione, non solo nel diritto pubblico, ma anche nel campo del diritto privato, in quegli istituti che hanno interesse pubblico, quali, ad esempio, la patria potestà, la tutela, ecc. Essa traduce esattamente il concetto che, nell'esercizio nel suo diritto il proprietario, non solo trova dei *limiti* imposti dalla legge, ma incontra degli *obblighi*; non può limitarsi ad un *patis*, a sopportare, cioè, negativamente quei limiti; ma è tenuto a un *facere*, ad agire cioè positivamente in un determinato modo, che è quello richiesto dalla soddisfazione degli interessi della collettività razionale.

Si propone, pertanto, lasciando inalterato il comma 2°, di sostituire al primo comma dell'art. 18 del progetto, il seguente:

«La proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa in modo esclusivo, osservando

gli obblighi che al titolare del diritto stesso spettano, nell'interesse generale, secondo l'ordinamento giuridico dello Stato».

Al titolare del diritto soggettivo di proprietà spettano, in quanto tale, degli obblighi o doveri a favore della collettività dei cittadini («nell'interesse generale»), e quindi verso lo Stato, che è l'espressione giuridica della collettività nazionale, doveri determinati concretamente dall'ordinamento giuridico dello Stato.

Si è così avviato, con riferimento alla *fonte* dei doveri attribuiti al proprietario, al segnalato inconveniente della astrattezza di cui alla lettera *b*.

Si è preferito, poi, il riferimento «all'ordinamento giuridico dello Stato», espressione più lata della legge, per comprendere l'ordinamento sindacale-corporativo, di somma importanza per l'esplicazione della disciplina concernente l'esercizio della proprietà nell'interesse della produzione.

Confederazione Fascista degli Industriali – (Rel. *Biamonti*): L'articolo definisce la proprietà in conformità alla concezione della sua funzione sociale, alla quale si ispira anche il successivo art. 19.

Il concetto, solamente affermato e concordemente accettato, della «funzione sociale» della proprietà, non ci sembra peraltro che trovi nei citati articoli l'espressione giuridica più felice; ed è appena il caso di accennare che la norma dell'art. 18, dato il suo carattere fondamentale, deve, per evitare discussioni ed equivoci, non soltanto di carattere interpretativo, ma altresì di ordine diremo così politico, essere formulata in termini, per quanto possibile, completi e precisi.

Al riguardo giova anzitutto considerare se sia opportuno e tecnicamente ammissibile il richiamo espresso alla «funzione sociale» della proprietà: richiamo che introduce indubbiamente un elemento di incertezza e di difficoltà per l'interprete.

Se infatti tale richiamo vuole avere il contenuto e il significato di affermazione di un principio supremo etico-sociale, esso appare quanto meno superfluo, poiché, per l'essenza stessa dell'ordinamento giuridico, specialmente nel clima del Fascismo, tutti i diritti privati (e non soltanto quelli di proprietà) sono dominati dall'interesse sociale e collettivo, al quale nel sistema legislativo sono coordinati e subordinati.

Se invece il richiamo volesse significare una affermazione di più concreta portata normativa, nel senso cioè che l'esercizio del diritto di proprietà sia di fatto legittimo solo se conforme alla cosiddetta funzione sociale di essa, allora occorrerebbe meditare seriamente sulla innovazione che, specie nella forma con la quale l'articolo si esprime, può portare a equivoci pericolosi, e paralizzare addirittura l'attività del proprietario.

L'inciso in esame, infatti, potrebbe essere interpretato nel senso che la funzione sociale costituisca condizione essenziale per l'esercizio del diritto di proprietà; e ciò tanto più se si considera che l'avverbio «inoltre», contenuto nel capoverso, può far ritenere che, oltre le limitazioni imposte «dalla legge e dai regolamenti e dai diritti spettanti ai terzi» (l'accenno a questi ultimi appare forse superfluo), la legge abbia voluto consacrare, e in prima linea, altra specifica limitazione, consistente nella suddetta «funzione sociale». Con la conseguenza che l'accertamento di una tale limitazione si concreti in una *quaestio facti*, da sottoporre al magistrato, o magari all'autorità governativa e amministrativa, e da risolversi nei singoli casi sulla base di un principio dai contorni astratti, incerti e soggettivi.

Ora, la lettera e lo spirito della Carta del lavoro e le più alte affermazioni della dottrina e della pratica del Fascismo non lasciano alcun dubbio su questo punto fondamentale: che la proprietà deve avere una consistenza giuridica ben definita, se pure contenuta e regolata, nel superiore interesse della collettività nazionale, dalla disciplina generale che domina ogni attività, ogni interesse ed ogni iniziativa privata. Ma con ciò si dice per l'appunto che i limiti del diritto di proprietà devono essere determinati da norme che abbiano vigore nello Stato, il che val quanto dire da quelle leggi o da quei regolamenti, ai quali già si richiama il capoverso dello stesso articolo 18.

I rilievi su espressi trovano conferma nell'esame dell'art. 19: specialmente del primo comma. In questo si prevedono, è vero, casi o forme di ingerenze regolate dalle leggi, ma l'impressione che si riceve dalla lettura della disposizione è che questa o deve considerarsi superflua, perché le limitazioni a cui in essa si accenna rientrano in quelle previste dall'articolo precedente, o deve considerarsi pericolosa per la possibilità di un'interpretazione estensiva dai contorni vaghi ed imprecisi. Ché se il comma in esame abbia inteso di consacrare il principio della conversione del diritto privato in un'indennità pecuniaria, già elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, specialmente sulla base dell'art. 46 della vigente legge sulla espropriazione per causa di pubblica utilità, riterremmo assai più opportuno che il principio stesso fosse stabilito nel successivo art. 20, a guisa di premessa di portata generale dell'istituto dell'espropriazione.

Infine, dobbiamo considerare l'ipotesi che il richiamo alla funzione sociale della proprietà sia stato fatto con particolare riguardo al divieto degli atti di emulazione o di abuso del diritto, già sancito in alcune legislazioni straniere. Non si comprende però perché il divieto medesimo, anziché essere specificato all'art. 18, nel quale si definisce genericamente il diritto di proprietà, sia stato sancito nell'art. 25 relativo alla sola proprietà fondiaria. Infatti, se è vero che per quest'ultima più facili e più frequenti possano es-

sere gli atti di emulazione, non è men vero che questi non sono da escludersi, *a priori*, anche nel caso di proprietà mobiliare; e soprattutto sembra giusto osservare che ragioni di sistematica giuridica imporrerebbero appunto la formulazione del divieto stesso nell'articolo relativo alla proprietà in genere.

Né pare accettabile la giustificazione data al riguardo nella relazione del progetto, la quale, facendo riferimento all'art. 18, afferma che: «non era necessario comprendere espressamente nella formula in esame il divieto degli atti emulativi e dell'abuso di diritto, perché tale divieto è ormai entrato, come più oltre si dirà, nei principi generali cui il nuovo codice si ispira». Se ciò fosse esatto, non si comprenderebbe perché tale divieto, «entrato nei principi generali», debba essere espressamente sancito all'art. 25, relativo alla sola proprietà fondiaria; e d'altra parte, se si è ritenuto necessario di esprimerlo in maniera esplicita nel detto articolo – il che, del resto, sembra assai preferibile, onde evitare ogni possibile futuro dubbio e contestazione in proposito –, ritorna il quesito del perché il divieto in parola non sia stato affermato come principio generale all'art. 18. E ciò tanto più in quanto la espressa dizione dell'art. 25, in contrasto con il silenzio del precedente art. 18, potrebbe ingenerare nel futuro interprete la convinzione, opposta al pensiero del relatore, che si sia volutamente escluso il divieto degli atti di emulazione dal concetto di proprietà in genere, limitandolo alla sola proprietà fondiaria. A questo proposito può essere opportuno ricordare che il divieto medesimo è sancito nel codice civile svizzero nell'art. 2 e nel codice civile germanico al § 226 (libro I, sez. VI), come principio generale, che vale per l'esercizio di ogni diritto.

Confederazione Fascista dei Lavoratori delle Aziende del Credito e dell'Assicurazione – La definizione della proprietà, di cui all'art. 18 del progetto, merita pieno plauso, in quanto afferma nettamente la funzione sociale della proprietà. Questa funzione, nel vigente codice, non entra nella struttura del diritto di proprietà, ma può solo avere rilievo in singoli casi, in cui il diritto stesso viene tassativamente limitato. Invece, con la definizione accolta dal progetto, l'interprete non deve andare a ricercare una singola norma che determini una limitazione del diritto, ma può senz'altro dedurre tutte quelle limitazioni che sono inerenti al detto principio della funzione sociale.