

REGIONE SICILIANA
ISTITUTO DI STUDI GIURIDICI E POLITICI SULLA REGIONE «LUIGI STURZO»
PALERMO

OK

ATTI
DEL TERZO CONGRESSO NAZIONALE DI
DIRITTO AGRARIO

Palermo - 19-23 ottobre 1952

a cura del prof. S. ORLANDO CASCIO
Segretario Generale del Congresso



MILANO
DOTT. ANTONINO GIUFFRÈ - EDITORE

1954

non è se non l'insieme dei rapporti dell'impresa cui il contratto da vita) e sempre meno l'aspetto puramente negoziale dell'incontro di volontà che, pur essendone il presupposto, prescinde dal funzionamento dell'impresa.

Zaccaro dott. Carlo, Premesse ad uno studio sul potere discrezionale dell'imprenditore agricolo (*).

1. - Le difficoltà e le resistenze che lo studio della discrezionalità ha incontrato per il passato nella dottrina del diritto privato possono essere, se non proprio giustificate, almeno intuite e com-

(*) Questo studio — preliminare ad un piano più vasto di lavoro — si parte dalla considerazione che le profonde trasformazioni sociali operate dalle riforme in corso di attuazione e il fatto dell'organizzazione imposto da razionali esigenze di funzionalità economica anche nell'ambito privatistico, richiedono nuovi strumenti giuridici d'indagine non sempre reperibili in quella parte della dogmatica rimasta strettamente legata ad una tenace concezione individualistica del diritto privato; nuovi strumenti giuridici particolarmente utili a decantare dalle asprezze polemiche della lotta, la progressiva evoluzione dei rapporti sociali fra le classi e l'affermazione del lavoro che da enunciazione programmatica tende a divenire realtà sempre più pregnante e diffusiva di tutto l'ordinamento giuridico italiano. Si profila, così, quasi spontaneamente, l'opportunità di usare, mediante un procedimento inverso a quello tradizionalmente avvenuto, concetti, cioè strumenti, lasciati finora nell'esclusiva sfera di influenza degli amministrativisti. Rari, ma insigni i richiami in questo senso: CARNELUTTI in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 176; FORTI in *Mass. giur. lavoro*, 1934, 544; FINZI in *Riv. dir. agrario*, 1952, I, 116; GRECO, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo Codice Civile*, in « Atti dell'Accademia di Scienze di Torino », vol. 77; per la dottrina straniera: JHERING, *Reflexwirkungen oder die Rückwirkungen rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen*, in « Jahrbucher f. Dogmatik », X, 1 segg.; L. JOSSEAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1939, p. 258. Assai esplicitamente anche CICU, *Diritto di famiglia*, Athaenum, 1915; DONATI ANT., *L'invalidità delle deliberazioni di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937, p. 9; ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel dir. privato*, in « Studi in onore di Ferrara », 1943. Tale utilizzazione concettuale che si plasma ed in parte si trasforma secondo le esigenze ricettive del diritto privato, non dice confusione o contaminazione fra diritto privato e diritto pubblico che costituirebbe, come autorevolmente ed a ragione si ritiene,

(*) SOMMARIO: 1. La penetrazione della discrezionalità nel diritto privato: ragioni delle resistenze incontrate. — 2. Diritti e poteri: autonomia funzionale, officium, discrezionalità. — 3. Discrezionalità ed interpretazione. — 4. Concetto di potere discrezionale. — 5. L'organizzazione nel diritto privato: A) *Le res mancipi*. — 6. B) Le pertinenze e l'atto di destinazione. — 7. C) I beni produttivi nella disciplina teleologica della Costituzione. — 8. a) Discrezionalità è sviamento di potere. — 9. β) Polizia delle cose, legittimazione *ex re*, interessi legittimi. — 10. D) Azienda e impresa: il dominus e l'imprenditore. — 11. L'impresa come istituzione. — 12. Natura e contenuto del potere discrezionale dell'imprenditore agricolo.

prese. Si trattava, infatti, di mutuare dei concetti che nati ed elaborati nel diritto amministrativo, sono stati applicati, sia come aspetto particolare del problema dell'interpretazione, sia come strumento di studio per la sistemazione delle funzioni degli organi costituzionali, prevalentemente ed essenzialmente nel campo del diritto pubblico (1).

Da qui la preoccupazione che con il loro ingresso nella disciplina privatistica si rendesse ancor più difficile ed inconsistente quella distinzione fra diritto privato e diritto pubblico che, rigorosa nella scienza romanistica dell'età classica — se Orazio poteva cantare: « fuit haec sapientia quondam publica privatis secernere, sacra profanis » (Ars Poetica, v. 396) — e facile ancora a formularsi nel cielo sereno dell'astrazione, andava, nella realtà della vita quotidiana dell'ordinamento giuridico, sempre più perdendo la nitidezza dei contorni (2).

Inoltre una mentalità sostanzialmente informata ad uno spirito liberale, a fatica, a malincuore e con diffidenza, riusciva a concepire nella sfera di attività non regolata nel suo contenuto da norma di legge, una direzione verso cui quella attività doveva necessariamente determinarsi, mentre volentieri affermava l'irrilevanza giuridica del lecito, di quella sfera di autonomia, cioè, assunta, secondo la nota espressione del Binding, come « lo spazio rimasto in bianco nel circolo delle norme ».

A questi motivi di ordine psicologico, ne andava aggiunto un ulteriore più strettamente tecnico: la reale ed intrinseca difficoltà di una formulazione unitaria della teoria della discrezionalità nella quale potessero farsi rientrare tutte le manifestazioni di autonomia,

un regresso scientifico. Al contrario essa salva con un ricambio osmotico di concetti che potremmo definire di sicurezza in quanto permettono la decantazione delle forze che determinano il sorgere ed animano la vigenza delle norme, lo sviluppo stesso del diritto privato.

Il diritto, infatti, per adempiere la sua funzione deve rimanere un ordinamento aperto alle più profonde e schiette aspirazioni della vita, e non cristallizzarsi come un insieme di regole astratte, prive di esperienza e di concretezza umana.

(1) MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936; CRISCUOLI, *Discrezionalità delle funzioni costituzionali*, in « Annali Un. di Perugia », 1921.

(2) Per ultimo sull'argomento, DEL VECCHIO, *Sul diritto agrario*, in « Riv. dir. agr. », 1952, I, 229 e bibliografia citata alla n. 4.

non esclusa quella dei privati: una categoria generale del diritto, insomma (3).

Ma la realtà batteva in breccia la teoria e quella « summa divisio » fra diritto privato, *regno del diritto soggettivo*, il cui esercizio era perciò assoluto ed arbitrario, e diritto pubblico, *regno del potere*, il cui esercizio era perciò discrezionale, intesa questa espressione nel senso che esso doveva esercitarsi solo se e quando ciò fosse giustificato dallo scopo che gli è proprio di tutelare interessi superiori a quelli individuali (4), non riuscendo più a comprendere tutti i fenomeni sociali che, pur sorti nell'ambito del diritto privato, ne parevano per un verso già fuori, senza che per questo potessero definirsi pubblici (5), determinava un disagio crescente che ne riproponeva con urgenza un'attenta considerazione.

L'istituto nel quale questo disagio si è fatto per primo evidente, è stato la famiglia (6).

La sostanziale diversità di struttura del rapporto giuridico familiare da quello fra i privati — in questo gli individui conservano la loro autonomia in quanto provvedono con la loro volontà al perseguimento dei loro individuali interessi, nell'altra al posto della c.d. autonomia privata, cioè al posto di un'antitesi e concorrenza di inte-

(3) Così MORTATI, *op. cit.*, nonché LA TORRE, *Le questioni fondamentali della Giustizia amministrativa* (il potere discrezionale e l'apprezzamento sindacabile delle pubbliche amministrazioni), Anonima Libreria Italiana, p. 10, che parla di una « allgemeine Rechtsform ».

(4) Così ROMANO SALVATORE, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 68.

(5) « È un dato di comune esperienza, scrive il GRECO, *op. cit.*, il fatto che vi possono essere interessi di gruppo e interessi collettivi che rimangono sostanzialmente privati; vi possono essere scopi che superano la sfera propria o la durata della vita di un solo individuo, senza per questo perdere il loro carattere privatistico e trasformarsi senz'altro in scopi di pubblica ragione. Ora se ciò è vero, ne deriva che i mezzi idonei ad organizzare quegli interessi e ad assicurare quegli scopi possono convenire anche al diritto privato e in conseguenza appropriarsi anche a questo le forme e gli istituti corrispondenti ».

Per il senso tradizionale di intendere l'attività umana collegata ad uno scopo prefisso e tutelata dalla legge e perciò rispetto alla sua realizzazione dovuta, caratteristiche solo del diritto pubblico, SAVIGNY, *Sistema del dir. rom. att.*, I, p. 49, Torino, 1886.

(6) Fondamentale in argomento l'opera del CICU, citata; cfr. anche ROMANO SANTI, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 76.

colarmente delicata dei rapporti e della materia sottoposti alla decisione.

4. - Possiamo, giunti a questo punto, raccogliere le fila delle considerazioni già svolte e tentare la formulazione del concetto di potere discrezionale.

Non sarà male, però, premettere che il concetto di potere discrezionale può nozionalmente distinguersi da quello di discrezionalità. Tale distinzione, per la scarsa utilità pratica che rappresenta, è stata per lo più trascurata, o addirittura negata. Il ragionamento, con cui si nega, è sostanzialmente il seguente: la discrezionalità indica solo il momento astratto della scelta razionale fra diverse possibilità di azione, ma poichè il diritto si interessa solo di azioni in concreto, esse in tanto assumono il significato di possibilità di agire, in quanto si sceglie liberamente tra diverse azioni (43). Si è anche accennato che la distinzione in parola proviene soprattutto da ragioni contingenti per il fatto, cioè, che dovendosi parlare dell'attività amministrativa in generale, o della volontà, o della causa dell'atto amministrativo, si preferisce, in questi casi, usare il termine di discrezionalità, anzichè di potere discrezionale (44).

In realtà la promiscuità dei due termini non è perfettamente fungibile e ciò appare evidente dalle incertezze stesse della dottrina che attraverso l'uso stesso di un termine, anzichè dell'altro, sottolinea un determinato concetto, negativo o positivo, della discrezionalità. Così in genere si parla di discrezionalità o di attività discrezionale — e non di potere — da quegli autori per i quali la discrezionalità consiste nel precisare dei concetti vaghi, rientranti in alcune categorie oggettivamente determinabili; in una attività intellettuale, come è propria a chi applica la legge (45).

La distinzione fra potere discrezionale e attività o discrezionalità è, inoltre, trascurata dalla scuola di Vienna conformemente alla tesi accolta secondo cui la discrezionalità sarebbe soltanto un momento

(43) RUSSO, *Sul concetto di iniziativa privata*, cit., p. 120.

(44) GIANNINI, *Il potere discrezionale della P.A.*, cit., p. 15.

(45) BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1888, p. 46, cit. dal GIANNINI, *op. cit.*, p. 16. Per la riduzione della discrezionalità a una nozione puramente negativa e a una questione di interpretazione, cfr. SCHEUNER, *Zur Frage der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte*, in « *Verwaltungsarchiv* », 33°, 1928, p. 68 ss.; BIONDI, *La teoria*, cit., p. 206.

dell'attività amministrativa, ricorrente quando il sistema giuridico, ordinato gradualmente, lascia un margine a disposizione del grado inferiore (46).

Questi due orientamenti, cui fugacemente abbiamo accennato, suffragano la nostra idea che la distinzione abbia un fondamento assai più solido di quanto le deriverebbe dal fatto che se ne parli in astratto o in concreto. Il fondamento, infatti, è per noi dato dal grado di *organizzazione* in cui si muovono i destinatari della sfera di discrezionalità. Dove l'attività è *meramente soggettiva* si ha discrezionalità; dove, invece, l'attività non si presenta *meramente soggettiva*, ma come *attività organizzata*, attività di organismi, si ha il potere discrezionale (47).

E poichè il fatto dell'organizzazione si è presentato prima, non cronologicamente, ma dimensionalmente, nel diritto amministrativo, nel diritto amministrativo si è avuta anche in ordine di tempo la sistemazione teoricamente compiuta del potere discrezionale. I fini, infatti, dell'istituzione od organizzazione amministrativa, in tanto sono riconosciuti dallo Stato come ordinamento, titolare, cioè, dell'interesse della collettività e beneficiario dei sacrifici e dei doveri dei soggetti verso la collettività (48), in quanto sono considerati mezzi per il raggiungimento e la soddisfazione dell'interesse generale. In questo senso i diritti dell'amministrazione hanno natura *funzionale* (49). Per i soggetti costituenti la Pubblica Amministrazione gli scopi per cui possono agire non sono determinabili *ad libitum*; dove non sono specificamente preordinati o predeterminati, nel qual caso ci troveremo di fronte all'attività vincolata, debbono pur sempre coincidere con l'interesse pubblico (50).

(46) Kelsen, *Hauptproblem der Staatsrechtslehre*, Leipzig, Mohr, 1911, p. 88, 242; MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Berlin, 1927, p. 142 ss.

(47) MIELE, *Principi*, cit., p. 38; di una distinzione fra attività organizzata e attività di organismi si serve perspicuamente il BIGIAMI per spiegare la differenza di disciplina fra la piccola e grande impresa: BIGIAMI, « *Riv. trim. e proc. civ.* », 1952, 148 e ss.

(48) Sulla distinzione fra Stato ordinamento e Stato persona, da ultimo, GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 50 e ivi bibliografia.

(49) RENARD nella prefazione all'opera del WELTER, *Le controle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, 1929; AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 26.

(50) ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in « *Riv. di dir. pubbl.* », 1924, I, 390; FERRARA, *Trattato*, cit., p. 675.

Per un'autorevolissima dottrina, l'atto amministrativo avrebbe due cause: quella *immediata* e specifica che coincide con lo scopo o funzione pratica dell'atto: per es. nell'espropriazione, l'acquisto della cosa espropriata, e quella, più remota, ma non meno efficiente, *motivo*, riconnessa al fondamentale principio che l'atto deve rispondere ad un interesse pubblico (militare, artistico, industriale, ecc.) (51).

Tale concezione offre uno spunto prezioso in quanto verifica in pieno il processo psicologico dell'atto volontario. Oggetto, infatti, della deliberazione, che è atto di volontà, non è il *fine*, ma bensì i *mezzi* che conducono al fine. Il valore giuridico della deliberazione o elezione risulta chiaro se si pensi che a rendere volontario l'atto esterno, l'agente, oltre l'intenzione del fine, deve avere voluto l'atto costituente il mezzo al fine (52).

(51) CAMMEO, *G. I.*, 1912, III, 373; FORTI, *I motivi e la causa nell'atto amministrativo*, in « Studi di diritto pubblico », vol. I, p. 479 e ss. La distinzione fra causa e motivo che risulta evidente, sia pure ad uno sfuggente esame, nell'atto amministrativo, è stata evidentemente desunta dalla distinzione propria della struttura del negozio giuridico privato. Se in passato, prima cioè dell'attuale codificazione, questa distinzione ebbe, nella disciplina legislativa, scarsa risonanza — nonostante i fondamentali contributi della dottrina di cui era comune la concezione che la causa avesse un valore obbiettivo, esprimente la funzione tipica del negozio (Scialoja), e quindi l'*utilitas* (Forti) in vista della quale il diritto lo creava e lo disciplinava — per la ragione tecnico-giuridica che una rilevanza dei motivi nel campo contrattuale era impedita dalla difficoltà di fare a ritroso l'*iter* psicologico della volontà e dal fatto che solo il motivo determinante (causa) era comune alle due parti, esigenza, invece, tecnicamente attuabile nei negozi unilaterali *inter vivos* e *mortis causa* (Cammeo, Forti), con l'affermarsi del principio di funzionalità anche nel diritto privato, essa doveva riemergere dalla zona piena di penombre nella quale era stata confinata. Letteratura abbondante: ricorderemo, fra tanti, SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, Roma, 1933, p. 89 e ss.; WINDSCHEID, *Pandette*, parag. 78 e ss., 97 e ss.; COVIELLO, *Manuale*, p. 400; DE RUGGIERO, *Istituzioni*, parag. 29 e ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1940, p. 244. Per la dottrina dell'atto amministrativo: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. I, terza ed., p. 312; BODDA, *Opinioni sulla causa nell'atto amministrativo*, in « Studi in onore di Santi Romano », vol. II, p. 59; GIUSEPPINO TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Milano, 1935; GASPARRI, *La causa degli atti amministrativi*, cit., p. 72 e ss. Per la dottrina straniera cfr. PHILIBERT, *Le but et le motif dans l'acte administratif*, Paris, 1931; VEDEL, *Essai sur la notion de cause dans le droit administratif*, Paris, 1934; soprattutto LAUN, *Le pouvoir discretionnaire*, Paris, 1934, p. 30 e ss.

(52) INVREA, *La parte generale del diritto*, Padova, 1935, p. 246, che cita il pensiero di S. Tommaso: « sicut intentio est finis (del fine) ita electio est eorum quae sunt ad finem ». S. Th., I, 2, q. 13, art. 4.

Quando la legge, nel campo delle norme permissive, attribuisce una sfera di competenza in bianco e lascia una valutazione non vincolata, ma autonoma di ciò che esige nel caso concreto l'interesse pubblico, si ha potere discrezionale. Applicando la distinzione del Laun, sostitutiva della più generica sfera di competenza in bianco, fra norme giuridiche *categoriche* e norme giuridiche *disgiuntive*, le prime come quelle che contengono una determinazione dello scopo immediato dell'agire dell'agente, le seconde come quelle che tale determinazione lasciano all'agente permettendo più alternative tutte giuridicamente equivalenti (53), possiamo definire il potere discrezionale come la *facoltà (potere) concessa dalla norma disgiuntiva di scegliersi o determinarsi lo scopo immediato della propria azione nei limiti della rispondenza di questo scopo (interesse) all'interesse generale* (54).

(53) LAUN, *Autonomia del diritto*, in « Studi in onore di Oreste Ranelletti », p. 112. « Vi è un contrasto di valori generali e di logica necessità fra il giudizio categorico: S (soggetto) è P (predicato) ed il giudizio disgiuntivo: S è P' o P''. Un contrasto dello stesso ordine esiste fra la norma categorica e quella disgiuntiva. La norma categorica impone una condotta ben determinata. La norma disgiuntiva attribuisce lo stesso valore a due o più modi di comportarsi o anche ad un numero indeterminato di questi. La norma categorica dice: S deve fare o essere P. La norma disgiuntiva dice: deve fare o essere P' o P''. Si può anche così formulare: S deve essere P o non essere P. Il che può semplicemente esprimersi con questa frase: S può essere P. La norma disgiuntiva concede al soggetto S una scelta. Tutte le varie forme di condotta P', P'' e così via, sono conformi al diritto ed è tuttavia giuridicamente rilevante e vien lasciato all'apprezzamento soggettivo di colui al quale la norma è rivolta, di scegliersi un'alternativa. La scelta è dunque giuridicamente rilevante e però qualunque via egli scelga, esegue al tempo stesso, la norma. Uno speciale caso di applicazione di norma disgiuntiva è il potere discrezionale ». Nel nostro ordinamento un esempio ricordato dal LEVI, *Attività lecita e attività discrezionale*, in « Studi in onore di Cammeo », vol. II, p. 79 e ss. è quello della scelta tra la somministrazione degli alimenti in natura o in denaro e quello del soddisfacimento delle obbligazioni alternative.

(54) Per parlare con parafrasi si può dire che dietro la norma categorica non vi è che un atto esecutivo. Questo dimostra, anche accettando la teoria gradualistica delle fonti della scuola viennese, che se è normale che la fonte superiore abbia il contenuto più astratto e che le norme vadano concretandosi in ciascun grado in senso discendente, ciò non costituisce una cosa essenziale o comunque definitiva. Il discrezionale, in altre parole, non si annulla solo nell'ultimo grado, ma anche nelle norme categoriche che possono trovarsi anche al vertice della scala. Non può dirsi, insomma, che la discrezionalità sia elemento che entri necessariamente nel processo gradualistico di formazione del diritto. Gli organi del potere giudiziario (generalmente) non hanno facoltà

Risulta evidente che il fondamento giuridico della discrezionalità non consiste tanto nell'azione, quando nel momento *normativo* che l'azione precede e precisamente nell'attività creativa di colui che agisce (55).

5. - Fino a che l'influenza dei principî sociali e degli interessi collettivi si arrestava, senza penetrarvi, alle soglie del diritto privato, l'opinione che sosteneva una differenza anche *oggettiva* del potere discrezionale della pubblica amministrazione da quello di cui gode-

discrezionale cioè di libera determinazione del contenuto e delle forme degli atti loro propri e tuttavia fra le fonti possono classificarsi le sentenze come la stessa *Stufentheorie* ammette. Quindi la teoria del MERKL, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, per cui ciascuna norma formandosi per esecuzione di altre del tipo superiore implica un doppio principio: di *eteronomia*, perchè deve concretare le determinazioni di quel grado e di *autonomia* per la libera valutazione complementare che dà vita alla nuova norma, è valida solo per le norme disgiuntive. La norma disgiuntiva deve intendersi in senso solo strumentale, come attributiva della competenza di emettere la norma di condotta per il caso concreto, non come fonte diretta dell'obbligo del soggetto passivo; fonte diretta dovendosi ritenere la norma emessa dall'investito del potere. In questo senso MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, *op. e loc. cit.* La facoltà di scelta del momento della determinazione e la facoltà dell'astensione danno luogo ad una categoria speciale di atti amministrativi detti facoltativi, i quali vanno distinti dagli atti discrezionali perchè sono compiuti in virtù di facoltà estrinseche che non riguardano la costituzione dell'atto: cfr. FERRARIS, *Diritto amministrativo*, p. 207.

(55) In senso analogo, pur arrivando a conclusioni opposte, il RESTA conviene, *op. cit.*, p. 126, che il procedimento di individuazione delle direttive è il momento più importante dell'azione discrezionale amministrativa, perchè l'attuazione consequenziale si riduce alla mera obbedienza al comando comunque ricavato. Il GIANNINI, *Il potere discrezionale*, *cit.*, p. 166, nota che l'esercizio del potere discrezionale è insieme giudizio come fissazione del valore comparativo degli interessi, e volontà come scelta della soluzione imposta da tale valutazione: è unilaterale ogni considerazione di esso nell'uno o nell'altro modo. In questo lavoro si trova anche un'esposizione delle varie opinioni sull'argomento del potere discrezionale. Altro riassunto, si trova in LA TORRE, *Le questioni fondamentali*, *cit.*, paragrafi 6, 7, 8, 9, per la dottrina italiana; 18, 19 per la dottrina straniera. Sul tema che il diritto entra in gioco prima dell'azione, quando cioè il soggetto decide come deve agire, cfr. le acute osservazioni del BIONDI, *La teoria generale della discrezionalità*, *cit.*, p. 255 e ss.

Recentemente il BETTI, *L'interpretazione*, *cit.*, p. 55 e ss. che si è occupato dell'argomento a proposito dell'interpretazione, mostra di aderire alla teoria del LAUN, alla quale siamo stati sostanzialmente fedeli, ritenendo, a ragione, infondate le uniche obiezioni rivolte alla sistemazione teorica del LAUN circa la relatività delle qualifiche di *fine* e di *mezzo*.

vano i privati (56), poteva senz'altro ammettersi. Ma da quando attraverso la penetrazione nel diritto privato dei principî sociali e politici, quella *summa divisio* fra diritto privato e diritto pubblico viene a smorzare le sue antitesi profonde, al punto che è sempre più visibile lo sforzo del diritto privato di adeguarsi alle stesse esigenze cui è informato il diritto pubblico (57), quell'affermazione non è più sostenibile. Infatti la distinzione oggettiva fra le due specie di discrezionalità si giustificava sul fondamento che la discrezionalità amministrativa, a differenza dell'altra, si ispirava a criteri di interesse collettivo. In realtà non è sfuggito agli amministrativisti stessi il fatto che un'industria che dia, ad es., lavoro a migliaia di operai riveste un interesse collettivo assai maggiore di quanto ne possa avere un piccolo comune (58).

Indubbiamente il carattere dell'organizzazione nel diritto privato si è imposto con una gradualità ed un senso diversi da quelli verificatisi nel diritto pubblico. Mentre in quest'ultimo il carattere dell'organizzazione attiene istituzionalmente all'attività dello Stato e degli altri Enti pubblici, in quanto la realizzazione degli scopi loro connessi richiede necessariamente le varie organizzazioni a ciò finalizzate, nel diritto privato il carattere dell'organizzazione essenzialmente ed immediatamente — *in recto* — si riferisce ai beni, tanto che si è potuto parlare di beni di organizzazione (59), e solo mediatamente — *in obliquo* — all'attività imprenditrice. L'affermazione, ne conveniamo, ha bisogno di un qualche, sia pure breve, richiamo storico.

È stato dimostrato dal Bonfante (60) che le varie distinzioni dei beni hanno tutte una ragione ed un fondamento sociale, nonostante

(56) RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, 1912, p. 403 e ss.

(57) MIELE, *Principi*, *cit.*, p. 42 e ss.

(58) LA TORRE, *Le questioni fondamentali*, *cit.*, p. 93, da cui è tratto l'esempio.

(59) BACCIGALUPI, *I beni di organizzazione nel diritto civile*, Milano, 1942, e l'interessante segnalazione critica che ne fa il COSTAMAGNA, in « Riv. di dir. agrario », 1943, I, 118 e ss., secondo cui anche nel sistema anteriore il fatto dell'organizzazione si rifletteva sulla configurazione giuridica dei beni. Le ipotesi della pertinenza, dell'accessione, dell'universalità e in modo più caratteristico dell'azienda si richiamavano al dato dell'organizzazione. Ma soprattutto, *eminenter*, FINZI, in « Atti I Congr. Naz. di Dir. agr. Firenze », p. 179 e ss.

(60) BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* (« *res mancipi* » e « *res nec mancipi* ») in « Scritti giuridici vari », vol. II, 1926, p. 245.

accessibile a tutti: disposizione che sarebbe contraddittoria rispetto ad un regime ostile all'attribuzione privata dei beni (90).

Naturalmente se il diritto di proprietà è la garanzia istituzionale della persona umana, se esso appartiene a tutti gli uomini per il fatto che essi sono membri solidali della società, non può essere conforme a questa concezione che ci sia una grande moltitudine di espropriati ed una piccola minoranza di grandi proprietari. La proprietà privata va diffusa: in ciò l'esclusivo fondamento del *limite* dell'estensione (91). Non solo, ma dove per il criterio della produttività permane la grande proprietà si crea uno *status*, la *proprietà di impiego* del Ripert, per cui il lavoratore non ha più, in forza di questo *status*, l'instabilità e l'insicurezza del lavoro. Viene, perciò, a crearsi la premessa della riforma dei contratti agrari (92).

(90) MORTATI, *La Costituzione*, cit., p. 482.

(91) Il fondamento non risiede, quindi, nella considerazione cara alla vecchia dottrina del socialismo di un diritto eminente dello Stato per il quale l'attribuzione della proprietà a titolo di concessione potrebbe essere in ogni momento revocata, ma in quella necessità di diritto naturale, scaturente dallo stesso ordine delle cose. Mentre per apprezzamenti variabili di utilità sociale si ritiene, in concreto, storicamente, sulla base dei fatti e dell'esperienza più vantaggiosa, in un dato momento, la diffusione della proprietà privata nei tipi di azienda piccola e media. Cfr. Rossi, in « Riv. di dir. agrario », 1948, I, 147 e segg., nonché VITO, *Libertà economica* ecc., cit., che giustifica i limiti e i vincoli in base alla considerazione di una subordinazione delle *libertà essenziali alle libertà non essenziali*. È ovvio che l'accesso di tutti alla proprietà non va inteso nel senso che tutti debban diventare proprietari, ma nel senso che tutti coloro che vengono in contatto con i mezzi di produzione partecipino alla loro gestione. Cfr. De Feo, *I soggetti nel diritto agrario*, in questi « Atti », p. 10 dell'estratto.

(92) L'espressione « proprietà di impiego » del RIPERT si trova in *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1949, p. 296; simile pensiero è anche in HAURIU, nella sintesi del prof. LEONTOWISCH, *La teoria dell'istituzione di Hauriou e il suo significato per il diritto costituzionale*, in « Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto » di Roma, anno II, n. 3. Sul concetto di *status* MIELE, *Principi*, cit., p. 81 e segg. e l'ampia bibliografia richiamata dal MILANI, *L'impresa familiare contadina*, cit. alla nota 19. Pare debba arrovesciarsi l'induzione di SUMNER MAINE che ebbe a scorgere nel passaggio dal regime di *status* al regime del contratto il simbolo del progresso giuridico. Cfr. LEVI, *Teoria generale*, cit., p. 334; che richiama il concetto di *status* a quello di *officium*. Sulla crisi del contratto agrario, un'incisiva interpretazione in BASANELLI, *La crisi del contratto agrario*, in « Riv. di dir. agrario », 1948, I, 163 e segg.; e *Struttura e funzioni del contratto agrario*, in questi « Atti », e in « Riv. di dir. agrario », 1952, I, 526 e segg. Vedi, inoltre il commento al commento della C.I.A. di DOMINEDÒ F. M., *Cronache Sociali*, III, 1949; alcuni prov-

Da un esame del combinato degli artt. 41, 42, 43 della Costituzione, si evince che l'iniziativa economica è libera — e con ciò si esclude espressamente la sua soppressione e la collettivizzazione della vita economica: art. 41 p. parte —; che la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge che ne determina i modi di acquisto e di godimento e i limiti allo scopo di renderla accessibile a tutti: art. 42; che vi sono certi beni, le categorie dei beni *mezzi di produzione*, che in alcuni casi, *tassativamente determinati*, sono sottratti alla disponibilità dei singoli oppure le imprese corrispondenti sono affidate ad associazioni di privati lavoratori o utenti: art. 43.

All'infuori di questi casi sottratti alla disponibilità dei singoli, rimane stabilito che *l'iniziativa non è più libera per i mezzi di produzione* (93) *ma incontra limiti che non sono posti in maniera puramente negativa, ma come doveri positivi*: la legge determina i programmi e i controlli opportuni... ecc., art. 41 u. parte (94).

Per l'art. 44 la proprietà terriera è bene per eccellenza strumento di produzione. È fissato, cioè, per essa costituzionalmente il dovere positivo del proprietario di sfruttare razionalmente il terreno, ed è pure fissato che la legge è tenuta ad imporre quanti obblighi positivi siano necessari per il raggiungimento dei fini che, come sono presupposti di legittimità dell'agire dello Stato, costituiscono, altresì, altrettanti doveri del proprietario (95).

vedimenti legislativi sono orientati di già nel dare stabilità ai lavoratori dell'azienda: ad es. la legge 15 agosto 1949, n. 533 che ha esteso a due anni la durata del contratto di salariato fisso; da ricordare, poi, che quando l'assunzione ha avuto luogo in base al decreto sull'imponibile, per il D.L. 16 settembre 1947, n. 929, il licenziamento non può effettuarsi se non per giusta causa, riconosciuta dalla commissione prevista in detto decreto, ecc. Su questo argomento rinviamo a De Feo, *I soggetti*, cit., p. 11 dell'estratto.

(93) « La Costituzione ha innovato al diritto preesistente imponendo ai proprietari di beni produttivi l'obbligo positivo di un'utilizzazione tale da non pregiudicare l'interesse generale, ed essa esplica immediata efficacia nell'interpretazione del diritto preesistente », così MORTATI, *La costituzione*, cit., in « Riv. di dir. agrario », 1952, I, 483; già prima, FINZI, *Riflessi privatistici*, cit., p. 9 dell'estratto.

(94) Si accentua, così, quel « trasferimento dello scopo sociale della proprietà nel contenuto stesso del diritto » segnalato brillantemente come « tendenza » dal FINZI, già nel Suo discorso inaugurale, *Moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, letto, il 12 novembre 1922 e codificato con l'art. 832.

(95) ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, in « Riv. di dir. agrario », 1949, I, 157; BOLLA, *L'art. 44 e la sua interpretazione organica*, « Riv. di dir. agrario », 1949, I, 3.

8. - Le conseguenze giuridiche che scaturiscono dalla distinzione riguardano la differente disciplina delle due categorie di beni. Mentre per i beni non strumento di produzione la disciplina è negativa, nel senso che la titolarità di questi beni non si differenzia, nè strutturalmente, nè funzionalmente, dalla configurazione dei diritti di libertà, in quanto ha per contenuto un *agere licere* (contenuto normale se si vuol dir così, del diritto soggettivo), riconosciuto come *stato lecito*, il collegamento della capacità con i beni strumento di produzione determina un complesso di attribuzioni, una quantità di potere (competenza), una situazione giuridica in cui viene in rilievo non tanto lo *status*, quanto l'*attività*, l'esercizio effettivo da parte dell'investito, che in questo caso ponendo una data regola di condotta, cioè di utilizzazione o di gestione, attua — deve attuare — quelle finalità di generale interesse, sulla cui realizzazione il diritto oggettivo fa affidamento (96). Colui che adopererà il potere per un fine diverso da quello per il quale il legislatore gliel'ha conferito, impegna la sua responsabilità (97).

« È noto, scrive il Romano, che all'esercizio di questi poteri presiedono dei principî che implicano certi doveri del loro titolare per cui i poteri medesimi si dicono vincolati: vincolati all'osservanza di tali doveri che sono stabiliti implicitamente o esplicitamente per la tutela degli interessi oggettivi o generali o di altri soggetti determinati al cui soddisfacimento debbono mirare. Se una funzione viene esercitata senza la valutazione di questi interessi, gli atti che ne conseguono, sono, come è noto, viziati di illegittimità che prende il nome di eccesso di potere, in alcuni casi di sviamento » (98).

Questo potere è, appunto, il potere discrezionale e lo sviamento non indica solo, il vizio dei motivi o nei fini dell'atto (99). L'importanza di questo motivo di annullamento sta proprio nel fatto che per mezzo di esso, anche gli atti discrezionali possono essere sindacati. In

(96) Tale realizzazione costituisce il presupposto della concessione di ogni sfera di autonomia: MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit.

(97) FINZI, *Riflessi privatistici*, cit., p. 14.

(98) ROMANO SANTI, *Frammenti*, cit., p. 97.

(99) Così TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministr.*, cit., p. 36 che dimostra priva di fondamento la contrapposizione fra sviamento ed altre figure di eccesso di potere. Nello stesso senso, GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 184, n. 17.

esso i motivi non vengono in rilievo solo come limiti negativi dell'agire, ma come limiti positivi. È questo che differenzia l'abuso del diritto, dallo sviamento (100).

Il processo di trasformazione del potere in diritto soggettivo può, afferma il Mortati, considerarsi compiuto nei casi nei quali l'ordinamento non consenta alcun accertamento della rispondenza della regola emessa dal titolare del potere alle norme tecnico-sociali di rinvio. Nel caso invece in cui un tale accertamento sia consentito, il diritto soggettivo non sorge se non dopo che esso sia avvenuto: l'ordinamento si appropria del comando emesso dal soggetto solo dopo la *causae cognitio* (101).

Fissata, come abbiamo cercato di fare, la differenziazione di disciplina fra bene strumento di produzione e beni non strumento di produzione, c'è solo da aggiungere che all'interno dei beni produttivi, emerge una ulteriore differenziazione in ragione della *quantità*. Che il concetto di quantità non sia estraneo alla valutazione giuridica, era stato già messo brillantemente in luce dalla dottrina che esplicitamente prevedeva come un mutamento di quantità finisse col diventare una differenza di qualità, scaturendone dal punto di vista del diritto differenze di situazioni e di trattamento (102). Il legislatore del codice civile aveva risolto distinguendo fra impresa e piccola impresa, riservando solo alla prima quella disciplina più complessa ed organica che si richiama al concetto di istituzione (103), trattando, invece, la seconda come semplice esercizio di un'attività professionale organizzata (104).

(100) È questo, sostanzialmente, anche il pensiero di GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 115 e segg. In argomento, GROPPALI, *Atto emulativo, abuso del diritto ecc.*, in « Riv. di dir. privato », 1940, p. 23 e segg. Per CARNELUTTI, *Teoria*, cit., p. 249, la figura di sviamento si avrebbe nel diritto privato sotto le spoglie del negozio indiretto, figura di negozio giuridico, mediante la quale l'agente mira a conseguire un fine diverso dal fine tipico del negozio medesimo: es. della compra e vendita con patto di riscatto, conclusa tra il mutuante e il mutuatario a scopo di garantire al primo la restituzione da parte del secondo. Lo sviamento starebbe per denotare « un atto imperativo nel compimento del quale un potere sia esercitato per un fine diverso da quello, al cui raggiungimento il potere è destinato ». Cfr. BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 191.

(101) MORTATI, *Note sul potere*, cit., p. 9 e segg.

(102) FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 173.

(103) GRECO, *Profilo dell'impresa economica*, cit., p. 27 dell'estratto.

(104) BIGIAVI, *Piccola impresa*, cit., p. 103.

L'art. 44 ha proseguito su questa strada. Il processo di trasformazione del potere in diritto soggettivo, nella titolarità di una nuova situazione giuridica finale, può considerarsi compiuto nei casi nei quali l'ordinamento giuridico non consente o dichiara esplicitamente impolitico ed antieconomico, l'accertamento della rispondenza dell'atto in adempimento della funzione per cui il potere venne conferito. È quanto avviene per la piccola e media proprietà, nella quale l'accertamento della rispondenza dell'atto è reso superfluo dalla presunzione che in essa si attui la forma migliore di razionalizzazione e di stabilimento di equi rapporti sociali, della proprietà (105).

Differente è il caso della grande proprietà, nella quale il potere del proprietario si presenterà sotto il controllo di legittimità per la rilevanza delle regole emesse da lui, o da chi per lui, e che devono essere accertate corrispondenti all'interesse generale. L'accertamento della mancata corrispondenza può portare all'espropriazione del potere di gestione e nei casi più gravi all'espropriazione del diritto. In questo caso i presupposti per l'azione di risarcimento dei danni derivanti dall'esercizio illecito di fatto del potere discrezionale sono trovati dal Finzi, a conclusione della Sua bellissima indagine, nell'art. 41 della Costituzione. Il proprietario che esercita il suo potere « in contrasto con l'utilità sociale » commette un illecito e se in tale comportamento reca danno ad altri è obbligato a risarcirlo (2043 C.C.). Non altrimenti il proprietario che, esercitando il suo diritto di proprietà rechi « danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana » (106).

(105) L'affermazione si chiarisce — e cade anche l'obiezione di chi vede un contrasto fra l'art. 41 nella parte che prevede programmi e controlli per l'impresa di produzione e l'art. 42 — se si tien presente che la proprietà che ha per oggetto mezzi di produzione non può non assumere carattere di impresa. Cfr. al riguardo, MOSSA, *Trasformazione dogmatica e positiva della proprietà privata*, Roma, 1939, p. 270; MORTATI, *La costituzione*, cit., ma solo nell'edizione ciclostilata distribuita ai congressisti.

(106) FINZI, *Riflessi privatistici*, p. 15 dell'estratto. Il RENARD, *La théorie de l'institution*, cit., citando il RIPERT che nel suo libro, *La règle morale dans les obligations civiles*, scriveva che la morale domanda qualcosa di più che di evitare l'azione inutilmente nociva — concezione dell'abuso analoga a quella di SAVATIER, *Des effets e de la fonction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Paris, 1916, p. 2 e segg. — che, insomma, una volta o l'altra bisognerà provare di più che si è agito per fini legittimi e colui che svinerà il diritto dallo scopo per il quale il legislatore gliel'ha conferito, impegna la sua responsabilità, dal ravvicinamento tra la teoria civile dell'abuso inteso

9. - Scartato il profilo soggettivistico sotto il quale la proprietà è stata sempre astrattamente considerata, i singoli rapporti di proprietà vengono automaticamente a qualificarsi in ragione dell'oggetto, della *res* (107).

Vi sono delle *res* cui lo Stato connette una così prevalente utilità pubblica che determina per esse un regime attraverso il quale se le attribuisce direttamente: regime demaniale (108).

come antifunzionalità del diritto e la teoria amministrativistica dello sviamento, trae rafforzata la convinzione, che la sua teoria dell'istituzione domini la divisione del diritto privato e del diritto pubblico. Il che sotto più di un aspetto è assai vero. Inoltre il RENARD ritiene che il ricorso per eccesso di potere (*rectius*: sviamento) traduca in forma di procedura la dottrina tomistica del bene comune. Egli accusa il diritto privato di essere ancora al monismo individualista, mentre la distinzione di due branche del contenzioso è classica nel diritto amministrativo.

(107) Affermazione già esplicita contenuta nella relazione al I Congresso di diritto agrario del FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 160, alla quale hanno attinto gli scrittori che si sono occupati dell'argomento. Ampia motivazione e bibliografia nella relazione del BOLLA, *Della proprietà fondiaria agraria*, cit., p. 8 e segg. dell'estratto.

(108) Il legislatore ha accolto l'opinione dello ZANOBINI formulata fin dal 1923: *Il concetto della proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, in « Studi Senesi », Vol. XXXVII, che ritiene più esatto giustificare la proprietà demaniale, non tanto con la teoria della Sovranità, la quale riprodurrebbe la vecchia e superata distinzione (confronta le indagini del DONATI, *Stato e territorio*, cap. II, p. 129 e segg., 192 e quella del LUCIFREDI, *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alle pubbliche amministrazioni — Le prestazioni di cose*, p. 71 e segg., nonché RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1933, p. 22) tra dominio eminente e dominio utile, quanto con quella dell'utilità pubblica che verrebbe determinata di volta in volta dal legislatore. In argomento è interessante quanto scrive ANDRÈ HAURIUO nel tomo III, p. 92 della « *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Francois Geny* ». Egli dimostra che la tesi del diritto *de garde*, secondo la quale le amministrazioni pubbliche non avrebbero per le dipendenze demaniali che una sorte di diritto di polizia, non data punto da PROUDHON, *Traité du domaine public*, Paris, 1836. Essa si è organizzata nel secolo XVII come una reazione contro la concezione feudale in vigore nei secoli precedenti e secondo la quale le cose pubbliche (strade, fiumi) erano possedute dal re e dai signori secondo la regola della proprietà feudale, cioè a dire, della proprietà privata, non riposando l'uso di tutti che sul permesso del proprietario. Secondo l'HAURIUO questa dottrina ebbe il grande merito di mettere in luce l'idea di utilità pubblica che giustifica la demanialità e che, per questa ragione, è ancora sostenuta da autori come BARTHELLEMY, ma non ha mai potuto dare una spiegazione sufficiente dei comportamenti della pubblica amministrazione riguardo al demanio e per questo è stata progressivamente abbandonata. La tesi moderna della proprietà di demanio pubblico, accettata al momento attuale dalla maggioranza degli autori e dal

fondo, mentre l'impresa commerciale è sempre un'attività svolta per *negotiationes* (143), pur essendo lecito, ed anzi doveroso, in seguito

(143) BASSANELLI, *Corso*, cit., p. 59. Sull'importanza dell'oggetto, un rapido accenno in GROSSO, *Riv. di diritto agrario*, 1952, I, 243-4. Vorremmo ancora una volta sottolineare che mentre l'impresa commerciale sorge e si ha perchè l'iniziativa dell'imprenditore la fa sorgere e la fa vivere, nell'impresa agricola è il *fundus instructus*, l'unità produttiva, la *res* che determina il sorgere dell'impresa. Varie considerazioni avvalorano la tesi di una sostanziale identificazione dell'azienda agricola con il *fundus instructus*, specialmente se si escludono dal concetto di azienda, i servizi, come pare esatto fare e si adotta un concetto il più possibile ristretto di azienda. Facilmente visibile, almeno, nell'ambito della piccola impresa dove l'elemento lavoro fa capo immediatamente al coltivatore diretto e non segue il fondo nel suo passaggio, così che quando si ha questo passaggio non si ha obbiettivato una combinazione completa dei fattori della produzione, nè, quindi, l'azienda: VALERI, *Impresa, azienda, fondo*, cit.; CARRARA, *L'azienda agraria*, F. I., 1937, IV. Il fondo attrezzato serve all'imprenditore per i suoi scopi produttivi, così come per i suoi scopi produttivi serve all'imprenditore commerciale il complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa. Inoltre, come è stato perspicuamente notato (VALERI, *op. cit.*) esercitare il diritto di proprietà sul fondo attrezzato secondo la sua normale destinazione, praticamente equivale ad esercitare l'impresa agricola. È stato anche osservato (CALAMANDREI, *Parere della facoltà di Giurisprudenza sul progetto preliminare del Codice di procedura civile*) che l'*immobilitum* a differenza di quanto accade nel commercio è l'oggetto dell'attività dell'agricoltore, non è il fondaco sede dell'attività del commerciante. Ultima e comune osservazione è che l'avviamento, qualità tipica dell'azienda tende a coincidere con la qualità del fondo. Comunque anche l'opinione pacifica che non arriva all'identificazione, ma ad un concetto di preminenza che nell'azienda ha il fondo, come nell'azienda marittima ha la nave e l'aeromobile nell'azienda aeronautica, ha notevole importanza per la costruzione del concetto di *istituzione cosa*: cfr. DE JUGLART, *Droit rural, L'exploitation rurale*, Paris, 1949, p. 29. Qualora si accetti la sostanziale coincidenza del *fundus instructus* con l'azienda: in questo senso MAROI, *Nozione di imprenditore agricolo nel nuovo codice civile*, in « Riv. di diritto civile », 1942, 2 e ss. — con l'avvertenza di cui alla nota (77) — un altro campo pratico nel quale è possibile vedere operare la distinzione fra azienda e impresa (sulla base della distinzione fra diritto e potere) è quello delle servitù prediali, tradizionalmente ed esattamente definite come pesi imposti sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo (art. 1027) utilità che spesso « è inerente alla distinzione industriale » del fondo dominante (art. 1028). È stato dimostrato che in parecchi casi, servitù di acquedotto per usi agrari o industriali (art. 1033), acquedotto coattivo nelle bonifiche (art. 1044), elettrodotto coattivo (art. 1056), l'utilità del fondo dominante è in realtà l'utilità dell'impresa esercitata su di esso e mediante esso: cfr. CESARINI SFORZA, *Proprietà, produzione dell'impresa agraria*, in « Riv. di dir. agrario », 1942, I, 146 e ss.; GROSSO, stessa rivista, 1938, I, 57 e ss. Le servitù secondo il CESARINI SFORZA, quando un'impresa ne ha il godimento sono anche esse tra i mezzi produttivi organizzati nell'azienda.

all'affermazione generale dell'impresa in tutti i settori produttivi, e quindi anche in quelli agricoli (144), delineare sotto il profilo istituzionale uno statuto generale che sovrasti tale distinzione (145), questo oggetto, *res*, rimarrebbe allo stato cieco e puramente sociologico, se non intervenisse l'attività ricognitiva dell'uomo ad accertare, e ove il caso, a determinare la destinazione economica di esso. Realismo non è materialismo (146). Quest'attività imprenditrice può benissimo essere intesa come combinazione di atti che richiede un'organizzazione di soggetti e di beni destinati alla produzione (147): atti, imperativi, transitivi che costituiscono l'esercizio di un potere giuridico ed

(144) Afferma giustamente L'OPPO, *Materia agricola e forma commerciale*, in « Riv. di dir. agrario », 1949, I, 272 che l'impresa nella sua accezione positiva odierna è forma tipica dell'attività agricola più ancora che di quella commerciale, essendo nella prima meno ipotizzabile che nella seconda un esercizio non professionale e non organizzato. Dell'impresa come forma di attività organizzata parla l'art. 2238 C.C. Al concetto di forma riconduce la commercialità il BIGIAVI, in *La professionalità dell'imprenditore*, p. 15. In una lunga nota a p. 270, *op. cit.*, l'OPPO osserva che il concetto di impresa come forma di attività non è lontano da quello di impresa come combinazione di atti proposto dal CARNELUTTI, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, in « Riv. di diritto comm. », 1942, I, 67. Ed è infatti vero che la forma, intesa dal CARNELUTTI, *Teoria*, 1946, p. 258, come « il modo complessivo di una cosa o di un fatto, nel quale tutti i caratteri suoi sono compresi » tende a coincidere con la combinazione di atti, intesa appunto come un loro modo di essere. L'OPPO ricorda il pensiero di TRABUCCHI, *Ist. di dir. civile*, Padova, 1948, p. 251 e ss., per il quale l'impresa è un complesso di attività, una « combinazione di atti » e del CANDIAN, *Noz. ist. di dir. priv.*, 1946, pp. 69, 344, che intende l'impresa « un modo di agire », modo dell'attività umana. Dove, invece, mi pare meno preciso è quando riferisce il pensiero del GRECO. Per il prof. OPPO non si può ridurre l'impresa a quel particolare aspetto dell'organizzazione di persone o attribuire questo aspetto che è anzi, nella nozione positiva odierna meramente eventuale, carattere concettualmente preminente, si parli o meno per designarlo di istituzione. Se le cose stessero così, come dice l'OPPO, avrebbe ragione il FANELLI, quando ammette che il concetto di istituzione sorge per spiegare soltanto l'ordinamento interno dell'impresa, i poteri dell'imprenditore e sorge però sul terreno del diritto del lavoro; ma vedi la confutazione del BIGIAVI, in « Riv. trimestrale di diritto e procedura civ. », 1952, p. 149 e ciò che abbiamo detto alla nota (139).

(145) CARRARA, *I contratti agrari*, cit., p. 13; BIGIAVI, *La piccola impresa*, cit., pp. 13 e 105 in nota; *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, p. 126; e anche in « Riv. trim. e proc. civ. », 1952, p. 140.

(146) CARNELUTTI, *Metodologia*, p. 62.

(147) Come autorevolmente rileva il BIGIAVI, in « Riv. trim. di dir. e proc. civ. », cit., p. 145, la qualifica finalistica discende dalla destinazione della produzione e da questa soltanto.

esattamente di un potere discrezionale. Ma il profilo funzionale non è che un aspetto antecedente e necessario del profilo istituzionale dell'impresa: dell'impresa come istituzione. Nelle piccole imprese il profilo funzionale investe l'attività organizzata dell'individuo, ma esso assume ben altra rilevanza quando si tratti di imprese che siano oltre che attività organizzate, anche organismi, cioè istituzioni (148).

12. - Quelle difficoltà e quelle resistenze che abbiamo visto opporsi alla penetrazione della nozione di discrezionalità e della correlativa distinzione fra diritto e potere, nel diritto privato, sono le stesse che hanno avversato la recezione dell'istituzione nell'ambito privatistico (149). Ma entrata di forza nel diritto di famiglia e fatta propria come concezione generale dell'ordine costituzionale, la categoria delle istituzioni si può estendere, ormai senza timore, anche all'impresa (149-bis).

Il fatto che l'impresa sia un'istituzione chiarisce anche l'origine del potere discrezionale dell'imprenditore, in quanto nasce, come potere, connaturato all'istituzione. Piuttosto occorrerà fare un breve cenno sul contenuto e sulla natura del potere discrezionale, riassuntivo di quanto siamo andati dicendo.

Contenuto del potere discrezionale è la facoltà di produrre comandi, cioè contenuto essenzialmente normativo, una sorte di potere legislativo nell'ambito dell'istituzione (150).

Questa affermazione si comprende meglio se sulla traccia della dottrina amministrativistica (151) si distinguerà l'autonomia interna dall'autonomia esterna: la prima fonda delle norme interne che men-

(148) BIGIAVI, *La piccola impresa*, cit., p. 106 e ss. e ivi ampia bibliografia sulla concezione dell'impresa come istituzione. L'istituzione non nega la libertà di destinazione: cfr. BOLLA, *Della proprietà fondiaria*, cit., p. 23 dell'estratto. Il GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 56, rileva come anche in Francia, malgrado il distacco che l'HAURIQU accentua fra istituzione e contratto, si faccia strada la tendenza a conciliare i due concetti. L'osservazione è ripresa dal BIGIAVI, *La piccola impresa*, cit., p. 109, n. 51.

(149) Difficoltà che il GRECO ha presente: *Profilo*, op. e loc. cit.

(149-bis) Da ultimo anche la giurisprudenza sottolinea che l'idea di organizzazione dell'attività produttiva è fondamentale nella nozione d'impresa: cfr. *Mass. Foro it.*, 1951, 131.

(150) Così, sostanzialmente, anche RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, p. 305.

(151) MIELE, *Principi*, cit., p. 247.

tre non sono giuridiche rispetto all'ordinamento giuridico generale obbligano per lo stato di particolare soggezione in cui si trovano determinati soggetti.

La seconda costituisce esercizio di un potere derivante dall'ordinamento giuridico generale (leggi ed atti equiparati).

Il potere discrezionale è manifestazione della prima figura di autonomia, dell'autonomia interna. In questi casi potremmo, per caratterizzare meglio il fenomeno, adoperare quel termine di decreto che proprio del diritto pubblico, è stato introdotto dal Carnelutti anche nel diritto privato per designare, in contrapposto all'autonomia contrattuale, l'autonomia unilaterale di diritto privato (autonomia decretale).

Più importante è la considerazione della natura del potere discrezionale, come quella di un potere vincolato nello scopo ultimo (152).

È facile comprendere quanto ricco di sviluppi per la nostra materia sia questo particolare profilo, nel quale agevolmente possono rientrare quei casi nei quali il potere del proprietario-imprenditore è vincolato ad uno scopo, sia questo idrogeologico, o di bonifica o di rimboschimento o consortile (153).

Chiarita la natura giuridica dell'impresa come istituzione, non si ha difficoltà ad ammettere nell'interno dell'ordinamento istituzionale

(152) In questo senso il BIGIAVI, *La professionalità*, cit., p. 121, distingue fra *fini immediati e fini mediati* dell'impresa, dando ai primi ed ai secondi una posizione nel fenomeno impresa che si accosta a quella che, rispettivamente, assumono la *causa e i motivi* nella struttura del negozio giuridico. L'osservazione è condivisa dal FANELLI, *Introduzione*, cit., p. 94.

(153) Per un ugual modo di concepire il potere discrezionale in questi casi: GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 118 e ivi citazione degli autori che ammettono la discrezionalità nel diritto privato. Il sistema dei consorzi obbligatori di bonifica, ai quali si può aggiungere quelli facoltativi, offre un altro esempio caratteristico di quella compenetrazione fra diritto privato e diritto pubblico che si attua per un processo di osmosi in due direzioni: da una parte rapporti di diritto privato passano nella sfera del diritto pubblico, ed è il fenomeno più comunemente avvertito, dall'altra istituti fino ad un certo momento propri, se non esclusivi degli enti pubblici, sono adoperati dal legislatore per rapporti privati senza che questi cambino la loro natura. Così l'istituto della vigilanza e dei controlli sui consorzi, la natura dei quali rimane schiettamente privata: v. FORTI, *Vigilanza e tutela sugli enti e imprese private*, in « *Mass. giur. lavoro* », 1934, 544; recentemente in « *Mass. Foro it.* », 1951, 288.

quel potere disciplinare derivante dal potere gerarchico dell'imprenditore (art. 2086) (154).

Esaminata, sia pure per rapidi accenni, la responsabilità dell'imprenditore di fronte all'ordinamento giuridico ed individuata la disciplina di cui è destinatario, si configura la sua personalità come *strumentale* rispetto a quella del proprietario, titolare di una competenza materiale.

Il potere, infatti, è lo strumento che consente di operare il passaggio dalla *statica* alla *dinamica* del diritto (155).

L'esercizio legittimo del potere discrezionale dell'imprenditore agricolo, attuando quel passaggio, garantisce il diritto di proprietà e trasforma la situazione giuridica iniziale del proprietario nella titolarità di una nuova situazione giuridica finalizzata (156).

La coordinazione del potere allo scopo soddisfa quell'intima e indeclinabile esigenza dell'ordinamento giuridico, per la quale « *bonum proprium non potest esse sine communi* ».

(154) GRECO, *Il contratto*, cit., p. 322.

(155) PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 72 e ss.; MIELE, *Principi*, cit., p. 144.

(156) Ad una *divisio personarum* — statica e rivolta al fine del godimento quella del proprietario, *dinamica* e rivolta al fine della produzione e dello scambio quella dell'imprenditore — collegata alla *summa divisio rerum*, di cui abbiamo parlato precedentemente, accenna felicemente il FRANCESCHELLI, *L'imprenditore*, Milano, 1945, p. 22.

SALA DELLE LAUREE DELLA UNIVERSITÀ DI PALERMO

21 ottobre, pomeriggio.

Seconda Sezione

Presidenza:

JEMOLO prof. CARLO ARTURO
MAROI prof. FULVIO

1° Tema: **Demani e usi civici.**

Relatore:

DATO avv. GIUSEPPE (*Demani e usi civici*) (1).

2° Tema: **Credito agrario.**

Relatori:

BOLLA prof. GIANGASTONE e SENIN prof. ANGELO (*Il credito agrario*) (2).

Comunicazioni sui temi delle Relazioni

MARANI prof. CLAUDIO (*Proposta di estensione del privilegio ai prestiti di anticipo sui prodotti*).

SPITALE avv. EMILIO (*Se la tutela penale all'esercizio del credito agrario sia sufficiente*).

Comunicazioni su altri temi

LONGO dott. MARIO (*Spunti e appunti sulle esigenze personalistiche del diritto agrario*).

DE FEO avv. ALESSANDRO (*I soggetti nel diritto agrario*).

(1) (2) Relazioni discusse.

ressi, si manifesta una solidarietà di interessi (7), un'autonomia funzionale (8) dove, pertanto, la volontà non persegue il proprio egoistico interesse, ma quello superiore del gruppo, assumendo la natura di officium, ossia di funzione, — indusse per quel gioco di concetti opposti or ora accennato, ad inquadrare pubblicisticamente i rapporti di famiglia (9).

Ma nonostante i tentativi di una parte della dottrina e nonostante — e questo pericolo era ben più grave — il massiccio interesse degli Stati autoritari ad un inquadramento pubblicistico della famiglia inteso come *instrumentum regni*, questa rimaneva « sui margini forse

(7) CICU, *Quel che la nuova Costituzione non dice*, Studium, Maggio, 1948. Un contributo estremamente interessante in ordine a questi concetti è quello del MILANI, *L'impresa familiare contadina*, negli « Atti del III Congresso Nazionale di diritto agrario », che raggiunge attraverso un'organica impostazione del problema notevoli risultati dommatici, superando con il concetto di istituzione le numerose e divergenti soluzioni affacciate sull'argomento.

(8) Cfr. in proposito BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 196 e segg. e più in generale FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, p. 126 che esattamente ha avvertito come larghe zone di interessi tuttora inclusi dalla concezione tradizionale nella sfera dell'autonomia privata siano, invece, profondamente e largamente dominate da una complessa disciplina intesa a tutelare, anche e soprattutto interessi estranei al soggetto che agisce e che possono essere sia interessi privati di terzi, sia interessi schiettamente pubblici o più largamente sociali o collettivi. E ciò avviene non o non soltanto con la determinazione di un limite negativo all'agire lecito del soggetto, il che è normale alla disciplina e alla stessa tutela della privata autonomia, non o non soltanto con la predisposizione di oneri in senso tecnico, volti semplicemente a condizionare ad un dato comportamento l'acquisto di determinati diritti o l'esercizio di determinate facoltà, ma soprattutto con la determinazione di obblighi o doveri positivi, la cui violazione comporta una specifica responsabilità e l'applicazione di specifiche sanzioni penali... L'indagine del FANELLI, di cui abbiamo creduto opportuno riportare questo periodo, è molto suggestiva. Cfr. in specie tutto il capitolo III, p. 110 e segg. ed è quanto di più limpido si possa trovare fra gli ultimi e numerosi studi sull'impresa. L'iter logico percorso per arrivare alla conclusione che l'impresa costituisca una manifestazione di autonomia funzionale, un ufficio di diritto privato, parte da alcune considerazioni comuni anche al presente lavoro e che ci sembrano esatte. La conclusione è, semmai, perfettibile, come si cercherà di dimostrare: fissare l'identificazione, infatti, « del concetto di impresa con quello di funzione e il conseguente inevitabile accostamento con i connessi concetti di ufficio e di potere giuridico » (pag. 121) consente di affermare un'ulteriore identificazione fra attività funzionale (imprenditoria) e potere discrezionale.

(9) CICU, *Dir. di famiglia*, cit. p. 9, 77, 92, dove è messa in evidenza l'analogia di struttura dei rapporti di diritto familiare con quelli di diritto pubblico.

del diritto privato, ma pur sempre entro la cerchia dei suoi confini » (10).

La realtà è che la famiglia è un'istituzione, un'istituzione di diritto privato che il legislatore non crea, ma trova in *rerum natura*, ed alla quale si limita a concedere la sua tutela giuridica. Essa costituisce, con l'impresa, il tipico esempio di organismi che si pongono come corpi intermedi fra gli individui e lo Stato.

Ed è in seno a questi organismi o istituzioni che si introduce principalmente la distinzione del diritto dal potere (11), fondamentale per l'accoglimento della teoria della discrezionalità. Perchè, come è stato autorevolmente dimostrato, il potere è sinonimo di attività discrezionale (12).

(10) GRECO, *Profilo dell'impresa ecc.*, cit., p. 13 dell'estr. con un interessante richiamo all'analogia fra i due istituti dell'impresa e della famiglia tale da « creare all'una e all'altra una posizione comune e caratteristica ».

(11) BOBBIO, *Sulla « filosofia dell'istituzione »* in « Riv. inter. filosofia del diritto », 1940, p. 101 e segg. che si riferisce al libro di RENARD, *La philosophie de l'institution*, Paris, 1939 cui rinviamo per la dimostrazione.

(12) MORTATI, *op. cit.* Sulla differenza fra diritto subbiettivo e potere non c'è unanimità di vedute. Per il CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1^a ed., 1940, è diritto subbiettivo il potere concesso al soggetto per la tutela di un interesse proprio; potere giuridico, invece, quello concesso al soggetto per la tutela di un interesse altrui. Sostanzialmente conforme il pensiero di SANTORO PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civ.*, Napoli, 1946, p. 43 e segg. per il quale si ha diritto soggettivo dove è riconosciuto un potere per la realizzazione di un proprio interesse, mentre dai diritti soggettivi vanno tenuti distinti quei poteri che sono attribuiti al singolo a tutela non di un suo interesse individuale, ma di un interesse superiore o comunque di un interesse altrui. Tali poteri, come tipici delle istituzioni organizzate, sono specialmente importanti nel diritto pubblico, ma ricorrono anche nelle organizzazioni di diritto privato e soprattutto in quella peculiare organizzazione privata che è la famiglia. Questi poteri — o potestà — appunto perchè tutelano un interesse che non è del titolare (o solo del titolare), costituiscono funzioni, nelle quali non solo doveri sono collegati al potere — ciò che accade anche per i diritti soggettivi —, ma lo stesso esercizio del potere è variamente vincolato. La soggezione correlativa alla potestà, se pure può correttamente designarsi come dovere, non è un dovere di comportamento quale è l'obbligo, ma tutt'al più un dovere di rispetto, cioè un non potere non rispettare. Tali concetti sistematici troveranno applicazione nel proseguo dell'indagine. Per ASCARELLI, *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 317 e segg. è diritto soggettivo quel potere a cui corrisponde un obbligo (positivo o negativo); potere giuridico, invece, quello che produce i suoi effetti necessariamente e coloro nei cui confronti detti poteri si esplicano non sono obbligati a subirli, ma li subiscono senz'altro. Il FERRI, *Diritto e prat. comm.*, 1932, I, 31, tenta conciliare la tesi del CARNELUTTI con quella dell'ASCARELLI, affermando

2. - La distinzione dei diritti dai poteri, intesi i primi come facoltà regolate in tutte le sue parti dalla legge, i secondi come facoltà di determinare la legge del proprio operare (13), risultanti i primi da un preciso riconoscimento di natura dichiarativa dell'ordinamento giuridico e i secondi da una capacità, funzione, qualità, tito-

che i diritti sono concessi nell'interesse di un altro soggetto; ma non pare chiaro. Afferma nettamente la distinzione ROMANO SANTI, in voce *Poteri*, «Frammenti di un dizionario giuridico», Milano, 1947; recentemente e con perspicuità, GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949, passim. Sull'analisi del potere, MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, 1945; SANDULLI, in «Rass. dir. pubb.», 1949, I, 150 e passim, affine ai due precedenti nell'inquadrare il potere come specie del genere «fattispecie normativa di comportamento libero». Inoltre CICU, *Considerazioni sulla struttura del rapporto giuridico*, Bologna, 1944, p. 5; BONNARD, *Le controle jurisdictionnel de l'administration*, Paris, 1934, p. 45; HAURIOU, *Precis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1933, p. XV; INVREA, *La parte generale del diritto*, Padova, 1935, p. 150 e segg.; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, p. 239 e segg. Per la materia che più da vicino ci interessa, il fondamentale studio del FINZI, *Proprietà e disciplina della produzione*, in «Atti del I Congresso Nazionale di diritto agrario», Firenze, 1935, p. 158 e segg. e *Riflessi privatistici della Costituzione*, in «Commentario sistematico della Costituzione», diretto dai proff. Calamandrei e Levi, Firenze; MAIORCA, *Proprietà ed antiggiuridicità*, in «Riv. dir. civ.», 1941, p. 5 e segg.; PUGLIATTI, *L'occupazione e l'amministrazione delle terre incolte*, in «Riv. dir. agrario», 1936, I, 7 e segg.; VASSALLI, *Per una definizione legislativa della proprietà*, in «Riv. dir. agrario», 1939, I, 157. La distinzione fra diritto e potere serve anche a costruire una controposizione fra disdetta libera e disdetta per giusti motivi: cfr. BASSANELLI, *La crisi del contratto agrario*, in «Riv. dir. agrario», 1948, I, 186 e bibliografia a pagina 174. Di poteri come conseguenza dello status mediante i quali la famiglia colonica esprime la sua volontà, ponendosi, nel suo ordinamento interno quale comunità di vita, parla il MILANI nell'*Impresa familiare contadina*, cit. Esattissimo il concetto che l'impresa familiare contadina è istituzione; non affatto necessario, ed in ogni modo inopportuno, l'inquadramento, se non abbiamo capito male, della famiglia colonica, come associazione di diritto pubblico. Ulteriore bibliografia si trova in NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943; FERRANTE, *Il concetto di diritto soggettivo e alcune sue applicazioni*, Milano, 1947. Rilevante particolarmente la posizione assunta dal BARBERO in vari suoi studi sull'argomento: *Il diritto soggettivo*, «Foro Italiano», 1939, IV, 1 segg.; *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, in «Scritti giuridici in onore di Ludovico Barassi», p. 34 e segg.; *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 1949, I, p. 128. Infine, SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni soggettive*, Milano, 1944 e GARBAGNATI, *Diritto subbiiettivo e potere giuridico*, in «Jus», 1942, p. 550 e 1942, p. 217; su questi e sui precedenti vedi un'esauriente valutazione ricostruttiva in BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, «Jus», 1952, I, p. 1 e segg.

(13) MORTATI, *op. cit.*

larità di un diritto e perciò suscettibili di venir meno *ipso iure* con il venir meno di questi presupposti (14), che è avvenuta, come si è visto, per prima nel campo della famiglia, ha consentito di riconoscere, poichè quei poteri si esercitano per un interesse non solo proprio, ma altrui ed in ogni modo oggettivo, l'estrema importanza che l'esistenza di un vasto gruppo di poteri doveri, cui non corrispondono diritti (15), ha, anche nel diritto privato, ai fini di un loro inquadramento nella categoria generale della discrezionalità (16).

Una prima applicazione di tale distinzione è stata compiuta per il potere di revoca (17) e poi in tutti quei casi nei quali l'attività di un privato abbia un limite positivo, una direzione verso cui deve determinarsi, tanto se questa direzione sia posta da un soggetto all'agente, quanto se sia implicita nell'obbligo di curarne gli interessi o risulti in qualche maniera obbiettivata (18).

Perciò si potrà dire discrezionale l'attività di un privato quando agisce per conto di un altro (mandatario, rappresentante, gestore di

(14) ROMANO SANTI, *Frammenti*, voce *poteri*, cit., PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 73 e segg.: «il potere è collegato all'idea di funzione... ma, a sua volta, la funzione, se è l'antecedente immediato che giustifica la titolarità del potere, ha bisogno di una sua base concreta; la quale non può essere che l'ufficio, pubblico o privato». MORTATI, *La costituzione e la proprietà terriera*, Relazione al Terzo Congresso Naz. di dir agr. in questi Atti, pubb. anche, in «Riv. di dir. agr.», 1952, I, 479 e segg., *nega* che la *funzione* sia collegata in modo esclusivo alla soddisfazione di un interesse pubblico e perciò insuscettibile di inserirsi nello schema del diritto privato di proprietà.

(15) ROMANO SANTI, *Frammenti*, cit. p. 99; GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 79.

(16) «È noto, scrive ROMANO SANTI, *Frammenti*, cit., p. 97, come all'esercizio di questi poteri presiedono dei principi che implicano certi doveri del loro titolare, per cui i poteri medesimi si dicono vincolati: vincolati all'osservanza di tali doveri, che sono stabiliti, implicitamente o esplicitamente, per la tutela degli interessi oggettivi o generali o di altri soggetti determinati al cui soddisfacimento essi debbono mirare. Se una funzione viene esercitata senza la valutazione di questi interessi, gli atti che ne conseguono sono, come è noto, viziati di illegittimità e, più particolarmente, di quella illegittimità che prende il nome di eccesso (in alcuni casi di sviamento) di potere; mentre l'inesatta o erronea valutazione degli interessi medesimi costituisce quel che si dice un «vizio di merito». Che la funzione consista in un dovere, anche là dove sono riconosciuti dei poteri discrezionali, era già comunemente ammesso: cfr. CICU, *op. cit.*, p. 49.

(17) ROMANO SALVATORE, *Il potere di revoca*, Padova, 1935.

(18) MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, 1945, p. 38.

negozi) o in veste di cooperatore non del *dominus*, ma della pubblica autorità (tutore, curatore, rappresentante legale) ed in altre figure, come ad es. curatore del nascituro, dello scomparso, dell'eredità giacente, di liquidatore delle società. Particolarmente rilevante, poi, l'attività degli organi di una società civile o commerciale per la quale è stato possibile introdurre il concetto di eccesso (*rectius*: sviamento) di potere, in riferimento alle deliberazioni delle assemblee delle società per azioni, grazie alla considerazione che i poteri conferiti alla maggioranza non vengono conferiti nell'interesse esclusivo di essa maggioranza, ma in quello della società (19).

È noto che la dottrina, in parecchi dei casi citati e più propriamente in tutti quelli in cui un soggetto « *nell'interesse altrui, in obbedienza ad un dovere e in forza di un diritto proprio commisurato al dovere, esplica in proprio nome una data attività* », costruisce la posizione giuridica del medesimo come titolare di un ufficio, delineando una nozione di ufficio di diritto privato, autonoma rispetto all'ordinaria accezione pubblicistica (20).

Ma interessante è soprattutto rilevare che, sia nei casi da questa dottrina raggruppati sotto il concetto di titolari investiti di ufficio di diritto privato, come in quelli che questa dottrina esclude da tale

(19) Cfr. DONATI ANT., *L'invalidità delle deliberazioni di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937, p. 182 e segg.; ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in « Riv. dir. proc. civ. », 1929, I, 308 e, *Sulla protezione delle minoranze nelle società anonime*, in « Riv. dir. comm. », 1930, I, 739; FERRI, *Dir. e pratica comm.*, 1932, I, 31; in senso contrario SCORZA, *L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni di assemblee delle anonime*, in « Riv. dir. comm. », 1933, I, 645; più recentemente ancora sull'argomento ASCARELLI, in « Riv. dir. comm. », 1950, I, 169 e DE GREGORIO, in « Riv. dir. comm. », 1951, II, 222.

(20) MESSINEO, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, II, Roma, 1923, p. 74 e segg.; BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, p. 147; e, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 193; FALZA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 182 segg.; FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, cit., p. 120; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 24 segg. Per un'impostazione critica, condivisa da BIGLIANI, in « Riv. trim. dir. e proc. civile », 1952, p. 139 segg., vedi CONTURSI LISI, *L'esecutore testamentario*, Padova, 1950. Per una positiva ed esauriente classificazione, autorevolmente, CANDIAN, *Nozioni ist. di dir. privato*, Milano, 1946, n. 30, p. 61 e segg. Riguardo al carattere personale che assume talvolta, come nella patria potestà, la parola *officium*, MILANI, *L'impresa familiare contadina*, cit. e *ivi* bibliografia.

concetto (mandatario, socio, gestore di negozi), si ha sempre esercizio di attività discrezionale (21).

In tutti i casi visti, infatti, l'attività del privato, in quanto il potere attribuitogli dalla legge o convenzionalmente, può essere esercitato solo in un senso, risulta limitata positivamente, cioè discrezionale (22).

Questo limite positivo, inteso a tutelare interessi che sono di terzi o più largamente sociali, superanti, cioè, la stretta cerchia dell'interesse individuale, trasforma l'autonomia privata da puramente lecita, nella quale il fine dell'attività è indifferente, in *autonomia funzionale*, nella quale, invece, il fine è vincolato (23).

L'ordinamento giuridico stesso tende a rendere il più possibilmente obbiettivo questo limite, facendo pernio sul comportamento dell'uomo medio (24) (diligenza del buon padre di famiglia: arti-

(21) LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, p. 329 e segg. che ritiene possano, sia pure con cautele ed eventuali modificazioni, applicarsi, alle varie figure di uffici, privatistici e pubblicistici, alcuni criteri generali desunti dall'analisi del concetto stesso di discrezionalità. Tale considerazione, per noi esatta, è motivata dalla precedente conclusione dell'A. secondo cui l'ufficio, essendo una funzione, ha uno scopo predeterminato dall'ordinamento giuridico e non liberamente scelto dal soggetto, come accade, almeno normalmente, nell'esercizio del diritto soggettivo.

(22) Ammettono il vincolo senza porsi però il problema se si tratti o meno di attività discrezionale: PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, « Riv. dir. comm. », 1936, I, 5 segg.; PUGLIESE, in « Riv. dir. comm. », 1933, I, 161; ASQUINI, *Scritti giuridici*, I, p. 185 e segg.; per il mandato, COBIANCHI, *F. I.*, 1934, I, 213.

(23) LEVI, *Teoria generale*, cit. p. 334; FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, cit. p. 127; GASPARRI, *La causa degli atti amministrativi*, Pisa, 1942, in special modo il capitolo sul controllo della causa, p. 72 e segg. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 212 e segg. MAZZONI, *Corso di diritto del lavoro*, Firenze, 1950, p. 224; MORTATI, *Nuovo Digesto*, voce *Potere discrezionale*; ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, cit., p. 76; ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in « Riv. di dir. pubb. », 1924, p. 390; LAUN, *Autonomia del diritto*, in « Studi in onore di Ranelletti », p. 112 e segg.

(24) PREDILLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, Istituto giuridico dell'Università, 1934; RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in « Studi in onore di Santi Romano », vol. II, p. 105 con un interessante richiamo agli *standards* della dottrina nord-americana (Pound) come a quei modelli di condotta umana usati ai fini giuridici; GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità*, in « Studi ec. giur. Università di Cagliari », 1946, p. 24 dell'estratto.

coli 382, 703 ecc. per il diritto privato; il buon amministratore per il diritto amministrativo), cui rinvia per misurare e valutare la scelta discrezionale avvenuta (25).

La rilevanza delle regole sociali e dei criteri estragiuridici per la validità dell'autonomia privata, di cui quella funzionale rappresenta una specificazione (26), è per il nostro ordinamento positivamente stabilita con il requisito della *giusta causa*. Se anche la disposizione: art. 1343 C.C., ha la sua *sedes materiae* nelle obbligazioni, è affermazione autorevole e costante che essa abbia, nondimeno, una portata generale (27).

(25) MIELE, *Principi*, cit., p. 39.

(26) Se equipariamo ellitticamente i due concetti di autonomia funzionale e di attività discrezionale (in realtà: sfera nella quale si svolge un'attività discrezionale) veniamo sostanzialmente ad aderire al pensiero del GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939, p. 21 e segg. per il quale l'autonomia privata è qualcosa di molto diverso della discrezionalità: autonomia privata sta a designare quella sfera di disposizione, caratterizzabile sostanzialmente dal fatto di essere libera. La discrezionalità è, invece, da intendere come una sfera di disposizione di *meno ampia dimensione* e di caratteristica formale (limite positivo) e di rilievo strutturale diversi. Cfr. la nota 17 a p. 23 e 24; ed anche LEVI, *Attività lecite e attività discrezionale*, in « Studi in onore di Cammeo », Padova, 1953, p. 48 e segg.; nonché MAZZONI, *Corso*, cit., p. 254, che ammessa la discrezionalità nei soggetti di diritto privato, precisa che, mentre la discrezionalità amministrativa è un modo di essere necessario dell'attività amministrativa, la discrezionalità privata è un modo di essere contingente che si traduce in una restrizione alla sfera di autonomia privata in quanto assoggetta ad un particolare regime una parte *specificata* di questa.

(27) WINSCHIED, *Pandette*, p. 265, n. 1; BIONDI, *La teoria generale della discrezionalità nello Stato moderno*, « Nuovi Studi », 1933, p. 230; MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit. e ivi bibliografia; CANDIAN, *Nozioni*, cit., p. 23 e p. 65 per cui la norma dell'agire del titolare dell'ufficio è quella stessa che con disposizioni di *portata generale* è contenuta per l'adempimento delle obbligazioni (art. 1176). La dottrina ha da tempo avvertito la connessione fra la nozione di causa e il fenomeno dell'autonomia, essendo proprio la causa ad operare il rinvio a categorie estragiuridiche: cfr. BETTI, *Negozio giuridico*, Torino, 1942, p. 103; MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, p. 51. La causa viene così ad operare come limite dell'autonomia, perchè consente la valutazione del fine perseguito dalle parti per l'accertamento della corrispondenza del valore individuale ai fini di utilità generale. Per un parallelismo fra causa come elemento che giustifica e spiega la disciplina del negozio e il fine che qualifica e caratterizza giuridicamente il fenomeno impresa, v. FANELLI, *Introduzione*, cit., p. 116. Nel concetto di causa come principio formale di riferimento a norme sociali, può trovare soluzione anche il problema delle obbligazioni naturali, su cui ROMANO SALVATORE, *Le obbligazioni naturali*, Università di Firenze, 1948.

3. - Stabilito provvisoriamente, ed in via negativa, il concetto di discrezionalità come attività limitata dal dovere giuridico di uniformarsi a criteri estragiuridici, cui l'ordinamento rinvia (28), sorge la necessità da una parte di definire la natura del rinvio e la « species » dei criteri medesimi, dall'altra di differenziare tale attività da quella dell'interprete (29).

Quanto alla natura del rinvio ci pare che debba concordarsi con l'opinione di coloro che, negando al rinvio in questione carattere recettizio, escludono che il diritto trasformi in norme giuridiche i criteri e le regole richiamate (30). Se così non fosse, non si avrebbe altro che attività vincolata (31). La varietà, poi, dei criteri può idealmente essere riunita nel concetto di fine politico come quello che dando coesione ed omogeneità alle forze politiche preponderanti, forma l'essenza stessa della Costituzione intesa in senso materiale (32), e si pone come limite positivo al legislatore e all'interprete.

Va da sè che per l'interprete l'efficacia del fine politico è assai minore negli ordinamenti i cui principî organizzativi si informano alla concezione dello Stato di diritto, che in quelli, i quali, pur conoscendo

(28) Anche nel diritto romano, in cui massima fu, come abbiamo accennato, la separazione del diritto dai rapporti politici, economici, sociali, celebrando la scienza romanistica il metodo dell'isolamento, il rinvio alle norme sociali, fu nonostante ciò, sentito come un'intrinseca necessità dell'ordine giuridico. Cfr. SCHULZ, *I principî del diritto romano*, Firenze, 1946, p. 17; dove autorevolmente si afferma che « nella vita il diritto si presenta inserito nell'insieme dell'attività sociale della comunità organizzata. Sulla sua formazione influiscono le relazioni ed opinioni economiche politiche ed anche le concezioni del costume e della moralità di guisa che esso è geneticamente confinato con il non diritto. Ma anche funzionalmente l'ordine giuridico è legato con l'ordine sociale non giuridico; accanto all'ordinamento del diritto sta l'ordinamento del costume e della morale, quella cerchia di obblighi estragiuridici che proprio nel mondo romano ha tanta importanza anche per la vita del diritto e che formano il contenuto prevalente della parola « officium ».

(29) Su cui BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 55 e segg.

(30) CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, p. 114; RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., p. 133; GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità*, cit., p. 17 dell'estratto.

(31) MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., p. 90; *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, p. 178 e 179; secondo LODOVICI, *L'evolution de la notion du pouvoir discretionnaire*, Lille, 1938, p. 106 anche i limiti di equità e moralità posti all'amministrazione varrebbero a negarne il potere discrezionale.

(32) MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., *passim*.

una regolamentazione generale ed astratta, conferiscono all'interprete il potere di subordinare nei casi concreti l'attuazione di questa regolamentazione generale ed astratta, all'accertamento della rispondenza di essa al fine generale, politico, dell'ordinamento (33).

In genere, come è stato osservato, la strumentalità della legge deriva dall'introduzione di scopi assoluti, supremi, per cui si manifesta la tendenza ad escludere alcune di quelle limitazioni rispondenti obbiettivamente al principio della certezza del diritto, ma che costituiscono un limite che lo Stato credeva di doversi imporre in omaggio alla libertà e ai diritti subbiettivi del singolo (34). L'esistenza di beni assoluti, considerati insostituibili e come tali ammessi dall'ordinamento, pone in stato di subordinazione il criterio della certezza alla giustizia del caso singolo ed agli interessi della collettività. Tipica la funzione dell'epicheia nel diritto canonico (35).

Ma anche se nello Stato di diritto è inconcepibile il potere di subordinare la regolamentazione preventiva ed astratta, all'accertamento della sua rispondenza al fine politico, perchè sarebbe pregiudicata proprio quella sovranità della legge che è la sua principale conquista (36), di modo che l'apprezzamento delle esigenze sociali e del fine politico è, di regola, affidato al legislatore, in pratica, chi non rimanga ancora « dominato dall'ideale delle codificazioni dell'età illuministica » (37), della completezza logica dell'ordine giuridico quale sistema in sè concluso e dall'idea che la soluzione del caso scaturisce sempre per un automatico procedimento deduttivo, come conseguenza logica della premessa maggiore posta dal legislatore, ammette facilmente la necessità « di un continuo adattamento del diritto scritto o formulato ai mutamenti sopravvenuti nei rapporti della

(33) MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 185.

(34) JEMOLO, *Peculiarità del diritto penale ecclesiastico*, in « Scritti in onore di F. Cammeo », vol. I, p. 732.

(35) JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in « Archivio-giuridico », 1932, p. 144.

(36) Che il principio della certezza del diritto costituisca un progresso enorme della civiltà è storicamente provato e ripetutamente affermato; cfr. JEHRING, *Esprit du droit Romain*, Paris, 1886, vol. II, p. 28 e ss.; DUGUIT, *Droit const.*, 1927, vol. I, p. 65 per il quale tutte le speculazioni giuridiche sono vane se non arrivano a determinare in maniera positiva il fondamento solido di una limitazione giuridica apportata all'azione di coloro che in una data società detengono il governo della medesima.

(37) BETTI, *L'interpretazione*, cit., p. 43.

vita e nelle concezioni sociali » ed è perciò favorevole ad accentuare « l'esigenza dell'iniziativa del giudice nel compito che gli incombe di individuare la norma desumendone la implicita massima della decisione » (38).

L'inserzione del fine politico avviene, anche in uno Stato di diritto, attraverso l'opera del giudice il quale non è mai un automatico di decisione, dal momento che il lavoro di sussunzione del fatto sotto la norma non è mai « una sorta di operazione aritmetica » (39).

Tuttavia, quand'anche il significato della legge sia dubbio o quello originario non si mostri più in armonia con l'indirizzo della nuova legislazione, oppure vi è incertezza sul suo contenuto o si tratta di colmarne le lacune e l'interprete, oltre agli elementi logici interni della legge, ricorre a fattori sociali, a criteri estragiuridici, a fonti secondarie (40), esso non pone la norma, ma individua quello che è il precetto della legge nel caso concreto, aiuta, cioè, l'applicazione della norma già posta dal legislatore, onde trarre la massima di decisione.

Nel caso, invece, dell'attività discrezionale colui che agisce si fa esso stesso legislatore, sia pure di un comando particolare, concreto, pone, cioè, esso stesso la norma regolatrice della propria condotta (41).

Soltanto quando la legge rinvia all'equità o secondo altri anche ai principî generali, il giudice viene ad essere legislatore limitatamente, s'intende, al caso in esame (42). Ipotesi che più frequentemente si presentano in epoche di transizione o per la natura parti-

(38) BETTI, *op. cit.*, p. 44.

(39) BETTI, *op. cit.*, p. 43.

(40) FERRARA, *Trattato di diritto civile*, 1921, p. 248; ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano, 1950, p. 59 e 86; MILANI, *L'interpretazione evolutiva*, in « Riv. intern. filosofia del diritto », 1950, fasc. II.

(41) BIONDI, *La teoria generale della discrezionalità nello Stato moderno*, Università di Macerata, 1933, p. 225 e ss.; Russo, *Sul concetto di iniziativa privata*, Pisa, Curci, 1938, p. 125; MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit.

(42) Tipici in proposito sia l'art. 1 del cod. civ. Svizzero il quale stabilisce che in assenza di norme espresse e di consuetudini il giudice decide « secondo la norma che egli porrebbe se fosse legislatore », sia l'art. 22 della legge 7 giugno 1929 dello Stato Città del Vaticano secondo cui « quando una controversia civile non si possa decidere con una precisa norma giuridica contenuta nelle fonti indicate nei precedenti articoli... il giudice, tenuti presenti i precetti del diritto divino e del diritto naturale, nonchè i principî generali del diritto canonico decide applicando quel criterio che seguirebbe se fosse legislatore ».

l'apparente denominazione naturalistica. « Cose fungibili ed infungibili, consumabili e inconsumabili, divisibili o indivisibili, principali o accessorie e puranco cose semplici ed *universitates* sono, scrive l'insigne Maestro, concetti in cui la natura non è se non la funzione di una variabile sociale e talora individuale ».

È facile dedurne che con riguardo alla disciplina giuridica bisogna distinguere i beni ai quali direttamente si ricollega un'utilità generale — *beni di interesse sociale* — da quelli rispetto ai quali la facoltà dell'impiego e della destinazione interessa solo l'individuo (61). Tale era la distinzione fra i beni visibili ed invisibili del diritto antico, *le res mancipi e nec mancipi* del diritto romano, i beni reali e personali del diritto inglese, i beni aviti ed acquisiti ecc. (62). È noto come le *res mancipi* che costituivano gli oggetti essenziali del contenuto della proprietà sociale del gruppo agnatizio, per essere appunto in diretto rapporto con le esigenze dell'organizzazione particolare del diritto romano, avessero una disciplina particolare e fossero soggette, per la loro speciale *utilitas*, ad un più rigoroso regime di circolazione (63). È noto altresì come alle *res mancipi* appartenesse il *fundus*. L'indagine, su questo punto definitiva, del Bolla ha dimostrato che « a seconda del grado di organizzazione tecnica del fondo le cose e i diritti assumono un diverso aspetto giuridico. Le *res mancipi* sono come dissociate tra di loro. Con il progresso tecnico il *fundus* e le *partes fundi* da un lato, dall'altro l'*instrumentum fundi*, costituiranno due distinti complessi, sino a che accresciutasi la funzione strumentale della *dos fundi*, il tutto nella sua integralità diventerà oggetto di diritto. Il presupposto che qualifica questi complessi è la destinazione ad uno scopo. Criterio puramente relativo determinato dalla relazione economica e perciò non arbitrario. La destinazione del proprietario non deve distaccarsi dal *mos regionis*, deve essere in rapporto con la utilizzazione del suolo e l'economia del fondo. Il presupposto che qualifica queste categorie di cose è la *destinazione* ad uno scopo. Lo scopo economico e sociale del fondo si estende gradualmente alle cose destinate al suo servizio sin che l'*organizzazione* influenzerà il tutto

(61) VASSALLI, *Per una definizione legislativa della proprietà*, in « Riv. di dir. agrario », 1939, I, 159.

(62) BONFANTE, *op. e loc. cit.*

(63) BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1942, p. 358.

dando anche luogo ad una categoria di pertinenze immobiliari » (64).

6. - Le documentate conclusioni, cui giunge l'indagine, ricca di erudizione e di pensiero, del Bolla sono particolarmente indicative per il tentativo di inquadrare l'atto di destinazione del proprietario (65), fra gli atti discrezionali.

Sono note le dispute che con tanta autorevolezza si sono fatte a proposito del regime giuridico delle pertinenze e circa la natura giuridica dell'atto di destinazione (66). Richiamando qui succintamente i termini della questione possiamo affermare che a due si riducono, sostanzialmente le teorie: quella che fa capo al Pugliatti e quella che trova il suo massimo assertore nel Bassanelli. Per la prima il rapporto pertinenziale è « da profilare con esclusivo riguardo al fatto obbiettivo della dipendenza funzionale di una cosa rispetto all'altra »; per la seconda, invece, se è sempre necessario il fatto dell'attuazione della destinazione, questo da solo non basta, occorre l'elemento psicologico della volontà perchè sorga la pertinenza. « Il fatto, scrive il prof. Bassanelli, non è che la traduzione in realtà dell'interna determinazione di volontà di destinare; è l'attività che nasce da quell'impulso volitivo che mentre rappresenta il legame con il soggetto, attribuisce la qualifica di volontario al fatto della relazione obbiettiva tra cose. Non si leggeranno nemmeno negli articoli del nuovo codice le parole atto di destinazione; però se nel vecchio codice l'espressione della

(64) BOLLA, *Il « fondo » nei suoi aspetti giuridici*, in « Atti del I congresso nazionale di diritto agrario », Firenze, 1935, p. 277.

(65) Durante la correzione delle bozze del presente scritto abbiamo potuto leggere lo studio del prof. Rossi, *Impresa agricola e studio del diritto commerciale*, pubblicato in questi « Atti ». Ci spiace di non avere avuto il tempo di tenerne conto perchè alcuni assunti dell'A. erano estremamente interessanti: fra gli altri, l'affermata distinzione fra *destinazione di un bene* ed *organizzazione di un bene in azienda*, che viene a convalidare la nostra tesi sui vari stadi di organizzazione nel diritto privato. « La destinazione pertinenziale, scrive l'A., è una forma di organizzazione, ammissibile fin quando si considera la cosa in un semplice rapporto tra *res* e soggetti indicati nell'art. 817. Quando questo rapporto si dissolve nell'attività dell'imprenditore, il bene pertinente, perde il rapporto di dipendenza, perchè la volontà del titolare del diritto reale, che lo presuppone, nulla conta nell'impresa ed in nulla incide sulla sua struttura ». Cfr. al riguardo, BASSANELLI, *Corso di diritto agrario*, Milano, 1946, p. 128.

(66) Il punto è stato fatto in un'accurata ed abile indagine della CONTURSI LISI, *Le pertinenze*, Padova, 1952. Per un profilo particolare cfr.: FRAS-

legge non era in questo punto perspicua, oggi per il secondo comma dell'art. 817 è ben chiaro che la destinazione diviene rilevante solo in quanto la renda attuale il proprietario della principale o chi ha un diritto reale sulla medesima, instaurando l'effettivo rapporto di servizio. E quindi si pone in risalto il momento creativo, l'atto volontario che è immanente nella natura della pertinenza » (67).

Diciamo subito che se la teoria oggettivistica — gli effetti della qualità di pertinenza non sono dalla legge attribuiti all'atto volontario di destinazione, la natura di pertinenza non richiede un elemento intenzionale o psicologico, ma solo una *relazione obbiettiva*, un collegamento economico tra cose — presenta degli indubbi elementi di suggestività, è anche vero che quella difesa dal Bassanelli aderisce assai più intimamente e logicamente al nostro diritto, che vuole sia ancora il soggetto il miglior giudice dei suoi particolari interessi, valutati responsabilmente nel quadro più vasto dell'interesse della comunità. Nè ciò può suonare affermazione del principio individualistico, perchè l'ordinamento non ha lasciato una libertà assoluta all'individuo nella valutazione dei propri interessi, ma una libertà finalizzata, non arbitraria, vincolata allo scopo dell'interesse generale.

In altre parole questa teoria, pur avendo riguardo al fatto obbiettivo della dipendenza funzionale di una cosa rispetto all'altra, supera il vicolo cieco nel quale era imprigionata la infelice categoria degli « immobili per destinazione » sancita dal codice del 1865. Non dimentica, cioè, il collegamento della volontà alla *res*, che è indispensabile, se si vuol trascendere il puro piano dei fatti ed ascendere a quello dei valori (68). Se è vero che l'organizzazione dei beni ha il suo punto di partenza nella concezione funzionale delle cose, questa deve, in ultima analisi, essere stabilita o riconosciuta sempre dal soggetto che rimane, in concreto, il supremo moderatore (69).

SOLDATI, *Le scorte del fondo e i loro particolari riflessi fiscali*, in « Studi Parmensi », 1950, p. 347 e ss.

(67) BASSANELLI, *Corso*, cit., p. 103 e ss. Il tratto riferito si trova a p. 110, III. Il pensiero riferito tra virgolette del prof. PUGLIATTI, è tratto dalla « Riv. dir. agrario », 1939, I, 33. Ancora fondamentale lo studio dell'ANDREOLI, *Le pertinenze*, Padova, 1936 che per primo ha trattato *ex professo* l'argomento.

(68) Questa affermazione sarà chiarita quando parleremo dell'azienda che rappresenta, assai meglio delle pertinenze, il fatto dell'organizzazione nel diritto privato. Cfr. il richiamo al pensiero del ROSSI, nota 65.

(69) CICALA, *Elementi ideali ed elementi reali nella formazione del concetto di cosa in senso giuridico*, in « Riv. di dir. agrario », 1942, p. 24 del-

Piuttosto, accettata così la teoria del Bassanelli, rimane da operare una precisazione in ordine alla concezione dell'atto di destinazione come atto discrezionale. Infatti l'A. preclude la via ad una simile conclusione quando inquadra l'atto di destinazione sì fra gli atti giuridici, ma in quella sottospecie di essi, costituita dagli atti materiali (70). Ora, francamente, questo inquadramento, condiviso anche dal Messineo (71), non ci lascia del tutto convinti. A noi pare, piuttosto, che l'atto di destinazione sia da iscriversi fra gli atti negoziali. La ragione della classificazione fra gli atti materiali può, presumibilmente, forse trovarsi nella concezione che il Messineo e il Bassanelli hanno del negozio giuridico.

Negozio giuridico è la dichiarazione di volontà diretta alla produzione di dati effetti giuridici; l'ordinamento giuridico positivo non riconosce l'atto di destinazione come espressione di volontà diretta a conseguire gli effetti giuridici che all'atto sono connessi; ergo l'atto di destinazione non è negozio giuridico.

Ma se si accetta l'impostazione secondo cui la volontà privata non ha altro potere, nè quindi altra funzione, che quella di realizzare, di modificare ed estinguere delle *fattispecie* giuridicamente rilevanti nella giuridica comunanza (di voler il fatto esterno, come ha detto il Kelsen), tutti gli ulteriori effetti giuridici che si riconnettono a siffatta attività del porre in essere il fatto empirico, economico sociale, sono perciò dovuti solo *indirettamente* alla volontà privata, mentre non può dubitarsi che l'efficacia produttiva *diretta* degli effetti giuridici stessi è sempre e solo opera del diritto, della legge, della volontà dell'ordinamento giuridico dello Stato, scompare il fondamento della premessa maggiore e l'esigenza logico giuridica di una tale classificazione e la destinazione può essere ascritta alla categoria del negozio giuridico (72).

l'estratto; ROMANO SANTI, *A proposito dell'impresa e dell'azienda agricola*, in « Riv. di dir. agrario », 1947, I, 23; CONTURSI LISI, *op. cit.*, p. 56 e ss.

(70) BASSANELLI, *Corso*, cit., p. 109.

(71) MESSINEO, *Manuale di diritto civile*, Milano, 1943, p. 202 e anche dall'ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 217.

(72) Per tal modo di concepire il negozio giuridico cfr. CICALA, *Rapporto giuridico, dir. subb. e pretesa*, Bocca, 1909, di cui abbiamo riportato testualmente il pensiero e le successive edizioni del *Rapporto giuridico*. Queste conclusioni, cui per altra via pervenne quasi contemporaneamente il KELSEN, sono conformi, come ritiene il CICALA alla tradizione. Per questa cfr. FERRINI, *Pan-*

« La destinazione, scrive il Ferrara (73), è un negozio giuridico, un atto di volontà del proprietario, se anche non espresso a parole, realizzato con i fatti, per cui una cosa deve servire all'altra ». Né, d'altra parte, mi pare che il Bassanelli sia inconciliabilmente lontano da quanto sosteniamo. Quando, infatti, Egli afferma che « il fatto non è che la traduzione in realtà dell'interna determinazione di volontà di destinazione » dice in sostanza, se interpretiamo bene il Suo pensiero, che l'attività giuridica non è tanto un qualsiasi operare disciplinato dal diritto, bensì l'atto che l'operare sempre necessariamente precede meramente intellettuale e volitivo di fissazione di una regola di condotta che precede l'azione materiale. E in questo momento va colto l'atto discrezionale, come abbiamo già visto. E in questo momento può e deve essere colto l'atto di destinazione.

Naturalmente è negozio giuridico tanto l'atto volitivo di destinazione, quanto quello opposto di revoca, di sdestinazione (74).

Concepito l'atto di destinazione come atto discrezionale, e in esso verrà quindi in rilievo, oltre la causa, anche il motivo, perchè la determinazione, pur avendo per scopo immediato un interesse particolare del soggetto, ha per scopo ultimo, o motivo, un interesse più vasto, quello della produzione, sarà possibile classificarlo fra gli atti *imperativi* secondo la terminologia carneltuttiana (75). Considerato,

dette, 1908. Milano. Nello stesso orientamento del CICALA, PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico (Saggio di filos. del dir.)*, Torino, 1934 e le ammissioni dell'ANDREOLI, *op. e loc. cit.*

(73) FERRARA, *Trattato*, cit., p. 781, e ivi bibliografia conforme.

(74) CICALA, *Elementi ideali ed elementi reali*, cit., p. 20 dell'estr. Ad un problema analogo ha dato luogo l'istituto della consegna, su cui, recentemente, DALMARTELLO, *La consegna della cosa*, Milano, 1950, che ribadisce la tesi della *negozialità* della consegna. Sulle difficoltà ed oscillazioni della dottrina circa la discriminazione dei concetti di « atto » e « negozio », richiama l'attenzione il FORCHIELLI, *I limiti oggettivi del concetto di consegna*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 1952, p. 99, che si dichiara contrario alla possibilità di riconoscere alla consegna natura *tecnicamente negoziale*.

(75) La particolarità degli atti imperativi consiste, secondo l'insegnamento del CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 244, nel fatto che il loro fine economico si realizza mediante il mutamento giuridico che costituisce l'effetto dell'atto. Perciò negli atti imperativi, Egli scrive, si distingue il *fine immediato dal fine mediato*: il fine immediato consiste nell'effetto giuridico dell'atto, il fine mediato nel mutamento economico che codesto effetto giuridico consente all'agente di conseguire. Nella terminologia particolare del contratto e del negozio al fine immediato si dà il nome di *causa*, al fine mediato il nome di *movente*. L'imperfetta conoscenza del meccanismo degli

poi, sotto l'aspetto di esercizio del potere si potrà ulteriormente inquadrarlo fra gli atti *transitivi* (76) (77).

atti imperativi rispetto ai quali si dà un fine giuridico che gli altri non hanno, ha aggravato le difficoltà della teoria del fine o causa. In particolare dovendosi la causa — fine immediato — concepire come l'effetto giuridico, la formula che ne saltava fuori assumeva un aspetto paradossale (la causa del negozio è il suo effetto giuridico). D'altra parte la distinzione della causa dal movente ha favorito l'*errata* opinione secondo la quale il movente del negozio non avrebbe rilevanza giuridica. Su questa rilevanza, oltre la bibliografia citata a nota 51: ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in « Studi di diritto commerciale » in onore di C. VIVANTE, p. 42 e ss.; DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, pubblicazioni dell'Univ. Torino.

(76) La distinzione fra diritto e potere serve a chiarire il problema della legittimazione che è con la capacità e la causa un requisito del potere. Essa si distingue in diretta o indiretta a secondo che la spettanza del potere sia di colui che si trovi in una data relazione giuridica con l'oggetto (diritto reale) o, invece, il potere venga a spettare a persona diversa (destinazione fatta in rappresentanza del *dominus*, legale o negoziale). Cfr. MIELE, *Principi*, cit., p. 151 e ss.; BASSANELLI, *Corso*, cit., p. 111 e ss. Perspicuamente questo Autore considera legittimato alla costituzione delle pertinenze, oltre l'enfiteuta proprietario del bene ausiliario, anche l'usufruttuario: *contra* FERRARA, *Trattato*, cit., p. 781. La *ratio* di tale interpretazione può trovarsi nel fatto che, se è vero che l'usufruttuario deve rispettare il *limite* della destinazione economica, è anche vero che al di sopra di questo limite vi è quello del rispetto della produzione nell'interesse generale, per cui l'attività dell'usufruttuario è doppiamente *discrezionale*. Ove tale destinazione apportasse un miglioramento, l'usufruttuario titolare di un diritto reale è legittimato ad effettuarlo, cadendo su di lui l'obbligo e le responsabilità stabilite dall'art. 2088. Esattamente rileva il BASSANELLI, *Struttura e funzioni del contratto agrario*, Relazione al Terzo Congresso, in questi « Atti » pubblicata anche in « Riv. di dir. agrario », 1952, I, 526 e ss. che il godimento di un bene implica sempre la libertà di *utilizzazione* (di destinazione nel senso di *indirizzo di utilizzazione* parla il PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 107, ed anche il MORTATI, *La costituzione e la proprietà terriera*, *op. e loc. cit.*, p. 485, unendo i due concetti, mostra praticamente di considerarli fungibili) che nel caso di un bene produttivo è libertà di scelta dei sistemi di organizzazione e di atti di gestione. Libertà *circoscritta*, scrive l'A., *op. cit.*, p. 532, quando il rapporto nasce dal contratto agrario, dall'obbligo generale di non mutare la destinazione economica, ma non *infirmata da questo limite* (e significativo è il riconoscimento dell'affittuario del potere di prendere tutte le iniziative atte a produrre un aumento di reddito, art. 1620).

(77) Per ragioni di connessione accenniamo alla questione già dibattuta autorevolmente, ed ora richiamata dal Rossi nella citata relazione al Congresso che « non sempre è complesso pertinenziale il fondo attrezzato: non è quando si tratta del fondo dato in affitto e le scorte sono immesse dall'affittuario »: VALERI, *Impresa, azienda, fondo*, in « Riv. di dir. agrar. », 1943, I, 157; BASSANELLI, *Corso*, cit., p. 128 (il complesso pertinenziale dipende dalla volontà del

7. - Quella distinzione dei beni in due categorie, di prevalente interesse sociale l'una, di interesse meramente individuale l'altra, che abbiamo visto magistralmente illuminata dall'indagine del Bonfante, è giunta, attraverso varie vicende, fino a noi.

Anche se nell'eclittismo della sintesi giustiniana la distinzione delle *res mancipi e nec mancipi* fu sostituita, ma la sua scomparsa aveva generato un periodo terribile di crisi, come nota il Bonfante, con quella dei beni immobili e di beni mobili, che attraverso il diritto fran-

propriario, così che non è complesso pertinenziale il fondo attrezzato quando attuandosi il distacco dell'impresa dalla proprietà, ad es. nell'affitto, viene meno la legittimazione dell'imprenditore a creare la pertinenza).

La questione è importante perchè come ha chiaramente messo in luce il prof. Rossi, si ricollega alla nota obiezione del FERRI, *L'impresa agricola è impresa in senso tecnico?*, in questi «Atti», secondo cui l'art. 2255 non troverebbe applicazione in agricoltura perchè tra i beni di un'azienda agricola non sorgerebbero rapporti di organizzazione, nel senso richiesto dal Codice, ma verrebbero a configurarsi regimi pertinenziali, in cui tutti i beni economicamente distinguibili, giuridicamente si confonderebbero con il fondo seguendone le sorti. «Il fondo, Egli scrive, è un elemento essenziale e rispetto al fondo tutti gli altri elementi si pongono in posizione di accessorietà e di subordinazione, non in posizione di coordinamento. Il regime giuridico applicabile è quello delle pertinenze...», rel. cit., p. 8 estr. Alla difficoltà è stato esaurientemente risposto dal Rossi che giustamente distingue tra *destinazione* di un bene ed *organizzazione* di un bene in una azienda (cfr. al riguardo il pensiero di SANTI ROMANO, *A proposito dell'impresa e dell'azienda*, ecc. cit., p. 24 che esclude l'equivalenze dei «beni organizzati» con i beni semplicemente «destinati»; e BIGIAVI, *La piccola impresa*, Milano, 1947, pp. 102, 103).

La distinzione del Rossi — v. nota (65) — permette di porre in argomento un'altra considerazione, quella, cioè, che distingue la piccola impresa dall'impresa normale. «Mentre l'impresa normale è sempre non solo *attività economica organizzata*, ma anche *organismo*, la piccola impresa, in cui l'organismo eventualmente esistente è tanto piccolo, da non avere, o da avere scarso rilievo giuridico, è, essenzialmente *attività economica organizzata*»: BIGIAVI, *op. e loc. cit.* È soltanto in queste piccole imprese, dove l'ipotesi normale è quella del proprietario imprenditore, che la *destinazione alla produzione* non raggiunge il grado di *organizzazione proprio delle imprese normali*. Nelle piccole imprese, quando cioè sono imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia (art. 2083), l'organismo è un *microorganismo* tale che pare dissolversi nell'attività organizzata. Ma non è escluso che anche le piccole imprese possano, per il loro *ordinamento interno*, per quanto semplice ed embrionale, presentare i caratteri dell'istituzione: così SANTI ROMANO, *A proposito dell'impresa ecc.*, cit., p. 26. In senso analogo ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in «Riv. dir. comm.», 1943, I, 18 che in tali casi ritiene coincidere l'impresa come istituzione con l'istituzione familiare.

cese fu poi trasfusa nel codice del 1865 (78), la differenziazione dei beni in ragione della loro funzione sociale ed economica ebbe sempre un rilievo, sia pure segnato da limiti negativi, come nel periodo in cui imperava il sistema liberale con i suoi canoni del valore assoluto della proprietà e della incondizionata libertà del contratto. È naturale, quindi, che con il progredire delle esigenze sociali e dell'organizzazione economica e produttiva, la dottrina avvertisse ben presto l'intima inconsistenza della distinzione fra beni mobili e beni immobili e l'equivoco della costruzione unitaria del diritto di proprietà (79).

Il nuovo codice, pur non avendola del tutto eliminata, l'ha ridotta a proporzioni più modeste, sostituendola con quella di beni produttivi e beni improduttivi (80).

Questa distinzione non solo è stata assunta dalla Costituzione, ma ha costituito il fondamento per una diversa disciplina in rapporto alla diversa natura dei beni (81). Si presentava il pericolo, trattandosi

(78) FERRARA, *Trattato*, cit., p. 818 e segg.; PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1950, p. 884 e segg.

(79) VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, cit., p. 159; ASTUTI, *Note minime sulla proprietà fondiaria*, in «Civiltà Italiana», n. 7, anno 1952, pp. 592, 3; dal punto di vista storico, ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, Padova, 1935, vol. II.

(80) Cfr. gli artt. 838, 846, 1615, 2082, 2141, 2164, 2170 ecc. Per la dottrina SANTORO PASSARELLI, *Istituzioni di diritto privato*, Napoli, 1945, p. 35; PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in «Riv. trim. dir. e proc. civile», 1948, 834.

(81) Magistrali le considerazioni del FINZI, *Riflessi privatistici della Costituzione*, p. 7 dell'estratto dal «Commentario Sistematico alla Costituzione», e precedentemente, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in «Atti del I Congresso Naz. di diritto agrario», 1935, p. 171 e 172; da ultimo in «Riv. di diritto agrario», I, 118; anche CESARINI SPORZA, *Proprietà e produzione nell'impresa agraria*, in «Riv. di dir. agrario», 1942, I, 139 e segg. aveva osservato come la possibilità che le cose uscissero dal cerchio magico della proprietà per entrare in quella della produzione con un capovolgimento del rapporto, non più le cose in funzione del soggetto, ma il soggetto in funzione delle cose, illuminasse la distinzione introdotta dal Codice in relazione alla loro funzione economica e alle esigenze della produzione nazionale, art. 811, per cui ve ne sarebbero alcuni che interessano la produzione (838) ed altri che non la interessano. Qui è necessario aprire una parentesi. Se l'art. 811 è stato abrogato e con la sua abrogazione è vanificata la *relatio* all'ordinamento corporativo, è convincente autorevole e ben fondato che, rimasta la *relatio* all'ordinamento giuridico in genere, i nuovi principi da accogliersi non siano molto diversi da quelli un tempo di «moda»: BIGIAVI, «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1952, p. 150; FINZI, *Riflessi*, cit., p. 8 dell'estratto. Altro poi è parlare di cor-

di disciplinare il diritto di proprietà dei beni mezzo di produzione, di annullare il diritto privato dell'individuo, dato che il regime giuridico della proprietà è intimamente connesso allo stesso ordinamento dello Stato, considerato nei suoi principi generali e nella sua organizzazione (82).

Ma è evidente, ad un esame sia pure fugace dell'ordine costituzionale, che il tipo di Stato accolto dalla nostra Costituzione, il fine politico fondamentale, deontologico, immanente nella sua struttura, è costituito dalla tutela del valore della persona umana (83). L'istituto della proprietà è assunto come il mezzo tecnico per rendere effettiva la tutela dei diritti del cittadino e delle comunità nelle quali si integra e si organa (84). La creazione di una proprietà istituzionale (85) è la conseguenza che scaturisce logicamente da questa concezione dello Stato, poichè essa si pone come mezzo di razionalizzazione dei poteri dello Stato, come limite alla sua potestà normativa (86).

parativismo come teoria organica degli interessi di gruppo, intermedi fra quelli individuali e pubblici, e altro è parlare di corporativismo come regime di organi costituzionali. Sull'argomento, ma su un piano più vasto, DOSSETTI, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in « Iustitia », n. 8-12 e gli interventi di SANTORO PASSARELLI, CARNELUTTI, ed altri.

(82) Come è avvenuto nel sistema dell'economia socialista, adottato dal codice civile sovietico e dall'art. 5 della Costituzione dell'U.R.S.S. (1936).

(83) MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, in questi « Atti » e in « Riv. di dir. agrario », 1952, I, 480.

(84) In questa concezione si inquadrano i fecondi contributi dottrinari del BOLLA e la brillante, appassionata difesa delle comunità montanare: *Terre civiche e proprietà comuni di consorti coeredi regolate dal Laudo*, in « Archivio Alto Adige », vol. XLIV, 1951; *Per la tutela e il progresso delle proprietà comuni dei montanari nel quadro della Costituzione*, in « Italia forestale e montanara », 1947, 323 e segg.

(85) BOLLA, *Della proprietà fondiaria agraria come situazione oggettiva e come istituzione tipica*, relazione al Terzo Congresso di diritto agrario, in questi « Atti », p. 21 dell'estratto e in « Riv. di dir. agrario », 1952, I, 523.

(86) In questa concezione garantista lo Stato non è che una formazione secondaria. La sua costruzione politica, dice il RENARD, *La théorie de l'institution*, p. 163, è sovrapposta a una moltitudine di formazioni anteriori. Esse restano il substrato dello Stato e la loro vitalità è ancora la più sicura delle garanzie della libertà individuale contro l'abuso del potere dello Stato. La famiglia è una di queste formazioni anteriori e ciò spiega l'irriducibilità, già da noi vista, ad essere inquadrata pubblicisticamente. Il RENARD crede che in diritto civile vi siano interi capitoli di diritto costituzionale. Tutta la teoria dello stato delle persone e in diritto commerciale tutta la teoria delle costituzioni delle

Non solo, dunque, la proprietà privata, e in via di massima individuale (87), dei beni di produzione costituisce il regime normale, ma si è accresciuta del prestigio e della responsabilità che le derivano dal porsi come sistema istituzionale di garanzia dei diritti del cittadino (88).

A riprova di quanto si è ora affermato, si può ricordare l'origine storica della Corte Costituzionale di garanzia, istituto introdotto nella nostra Costituzione. Secondo una *communis opinio* il controllo di costituzionalità sarebbe legato allo Stato Federale; se non che è stato dimostrato che altri fattori, unito a quello, concorsero alla sua esistenza, fra i quali il desiderio che il diritto di proprietà fosse definitivamente messo a riparo da ogni minaccia sia da parte dei privati, sia da parte degli organi del potere sovrano (89). L'art. 42 della Costituzione, come ha finemente rilevato il Mortati, adotta una dizione molto espressiva quando afferma che lo Stato *riconosce* la proprietà privata; il che vuol dire che esso accetta la priorità dell'ordinamento della proprietà, come con l'art. 2 accetta l'antiorità dei diritti della persona umana e degli organismi nei quali si integra e perfeziona. Inoltre il medesimo articolo affida alla legge il compito di renderla

società. L'idea è ripresa dal MAJORCA, *La terra*, in « Atti del II Congresso Naz. di diritto agrario », 1939, p. 175 e 176.

(87) MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, cit., « Riv. di dir. agrario », 1952, I, 482.

(88) AMORTH, *La Costituzione Italiana*, Milano, 1948, p. 81, afferma che l'esigenza di un rinvigorismento del principio della libertà e della molteplicità e difficoltà delle sue estrinsecazioni nella complicata società contemporanea, ha condotto a rappresentare il diritto di proprietà ancora come un diritto che si afferma *anche verso lo Stato*, oltre che verso i singoli, per evitare interventi oppressivi e limitazioni arbitrarie, ma pure come un diritto connesso al principio della solidarietà sociale e quindi foggibile a guisa di potervi soddisfare (oneri sociali della proprietà). Parimenti orientato il GURVITCH, in « Revue de metaphisique et de morale », 1930, p. 113 e in *La dichiarazione dei diritti sociali*, ed. Comunità, p. 186. Cfr. anche VITO, *Libertà economica, proprietà terriera e riforma agraria*, relazione letta al III Congresso Giuristi Cattolici, Roma, novembre 1952.

(89) CATINELLA, *La Corte Suprema Federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1934, p. 29 e segg.; p. 41; EINAUDI MARIO, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Torino, 1931, p. 19 segg. La bibliografia e l'idea stessa mi è stata suggerita in una benevola conversazione dal prof. MORTATI.

Di altre cose, invece, lo Stato si interessa perchè le loro qualità tecniche non risultino nocive alla comunità: si pensi alla legge sugli esplosivi (109).

In questi casi si tratta di una vera e propria *polizia di sicurezza*, diretta a prevenire reati. In altri casi, come nelle aperture di officine di prodotti chimici, di stabilimenti di cura, soggette ad autorizzazione governativa, o come nella vigilanza sulla preparazione e sul commercio di sostanze di uso agrario e di prodotti agrari (110), i controlli sono di *polizia amministrativa* (111).

Infine vi sono delle *res*, i beni produttivi, verso cui abbiamo visto concretarsi, rispetto al loro esercizio, una forma di controllo finora esclusiva dell'organizzazione statale e degli enti pubblici: quella di legittimità e, aggiungiamo, quella di *merito* (112).

Quest'ultime forme di controllo si pongono sul piano *dinamico* dell'impresa, dell'attività di gestione. Il controllo di merito non si può avere se non in quei casi nei quali si eserciti un'*attività discre-*

Consiglio di Stato francese è una trasposizione della teoria civilistica operata con il tener conto del fatto di destinazione delle dipendenze demaniali all'utilità pubblica o ai servizi pubblici.

(109) T. U. delle leggi di pubblica sicurezza R.D. 18 giugno 1931, n. 773.

(110) Per i primi il T.U. leggi sanitarie, R.D. 27 luglio 1934, n. 1265; per gli ultimi il R.D. 15 ottobre 1925, n. 2033 convertito in legge con la legge 18 marzo 1926, n. 562 e il regolamento di esecuzione 1° luglio 1926, n. 1361.

(111) Il RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in « Primo Trattato completo di diritto pubblico italiano », p. 306 distingue la polizia di sicurezza come l'attività della pubblica amministrazione diretta a prevenire la violazione dei diritti altrui, e la polizia amministrativa come attività rivolta a tutelare la funzione di alcune cose di utilità sociale e solo indirettamente, come riflesso di questa a tutelare i diritti dei vari soggetti. Sull'argomento, Russo, *Sul concetto giuridico di iniziativa privata*, cit., p. 163; e già FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 162 e ancora in « Riv. di dir. agrario », 1952, I, 116.

(112) Si è sostenuto, LEVI, *I controlli dello Stato sull'attività industriale*, 1938, p. 23 che solo il controllo di polizia si diriga ai privati, mentre quello di merito sarebbe, appunto, esclusivo degli enti pubblici. Ma si è giustamente notato, Russo, *Sul concetto di iniziativa*, cit., p. 154, che la dottrina del diritto tradizionale ammette l'esistenza di un controllo di merito, anche riguardo all'esercizio privato di funzioni pubbliche. Non è perciò assurdo negare che fra i due controlli ci sia una differenza riguardo ai soggetti passivi, tanto più se si accolga l'estensione ai privati del concetto di potere discrezionale. Sulla nozione giuridica di controllo economico, cfr. FINZI, *Società controllate*, in « Studi in onore di Cammeo », Padova, 1932, vol. I, p. 523 e segg.

zionale e consiste nella valutazione del fine verso cui è indirizzato l'esercizio del potere che deriva al privato dal trovarsi in un rapporto giuridico o di fatto con la cosa strumento di produzione. Più che il titolo astratto di proprietario è l'immediatezza del rapporto con la cosa a fondare la *legittimazione attiva e passiva del soggetto* (113).

Sotto questo punto di vista sarebbe facile, ma pericoloso, come è stato autorevolmente rilevato (114), identificando il potere dell'affittuario con quello del proprietario, dell'usufruttuario, dell'enfiteuta, accostare in un'unica categoria i diritti di godimento su cosa altrui. E in certo senso questa riunione in una unica categoria sarebbe la conseguenza stessa di quel travaglio in cui la dottrina si trova nel definire la distinzione fra diritti reali o assoluti e diritti di credito relativi (115). Secondo la definizione classica si ha diritto reale, allorchè una cosa si trova sottomessa completamente o parzialmente al potere della persona in virtù di un rapporto immediato opponibile alle altre persone (116). Il carattere essenziale del diritto reale consisterebbe nell'esistenza di un rapporto fra persona e cosa. Si è in contrario osservato che il rapporto fra persona e cosa non è che un fatto; esso costituisce la fattispecie del diritto. Un rapporto giuridico, infatti, non potrebbe esistere tra persona e cosa, ma tra persona e persona, persona e ordinamento (117).

Ci pare — e qui non possiamo che sfiorare l'argomento — che l'una e l'altra abbiano qualcosa di indistruttibilmente vero. In realtà il rapporto tra persona e cosa costituisce il *prius* del rapporto di signoria. Il *dominium* è una conseguenza del rapporto di pertinenza che si stabilisce fra persona e cosa.

Questa relazione materiale tra persona e cosa, intesa come *stato* o condizione della persona genera una *situazione attiva* per il titolare, la pretesa ad un comportamento negativo, di astensione che gli altri titolari sono tenuti ad osservare; infatti la situazione non è *statica*

(113) FINZI, *Diritto di proprietà*, cit., p. 166.

(114) BASSANELLI, *Struttura e funzioni*, cit., p. 533.

(115) Rinvio per una limpida esposizione riassuntiva a BALLADORE PALIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, Jus, 1952, fasc. I, p. 1 e segg. e ivi la necessaria bibliografia.

(116) FILOMUSI GUELFI, *Diritti reali*, p. 131; SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, p. 134.

(117) CICALA, *Il rapporto giuridico*, 1940, p. 497.

perchè essa contiene una carica potenziale di comandi a tutela del proprio interesse e di quello oggettivo della comunità (118).

Ora la differenza fra *diritto personale* e *diritto reale*, fra diritto di godimento di *natura obbligatoria* e diritto di godimento di *natura reale*, non è da cogliersi nell'aspetto statico, nella *relatio in* rispetto alla cosa, perchè sostanzialmente essa, in quanto immediato rapporto con la cosa è comune a tutti e due. Ciò che diversifica le due situazioni è la *relatio ad*. Nei diritti reali l'esclusione dei terzi deriva dal generale dovere di astensione (119) che l'ordinamento attribuisce al titolare formalmente, in via primaria. Nei diritti di godimento di natura obbligatoria, la *relatio ad* è in via principale verso il concedente perchè l'esclusione è da questi assunta attraverso una serie di obbligazioni con il contratto (120).

Ma poichè la *relatio in* è *materialiter* assoluta, mentre la *relatio ad* è *formaliter* relativa, è evidente che più forte del carattere di distinzione, rimane quello di analogia, onde il travaglio nella *ratio distinguendi* (121).

A completamento di queste rapide osservazioni va aggiunto che il dovere generale, negativo, di astensione che abbiamo visto proprio dei non titolari ha il corrispettivo nella titolarità, che potrebbe appartenere alle associazioni sindacali, di un interesse legittimo al legittimo esercizio del potere discrezionale del proprietario. Il rapporto che si concreta fra il titolare del diritto di proprietà su beni di utilità sociale, mezzi di produzione e gli altri non titolari, costituisce, per usare una terminologia carneltuttiana, un rapporto di secondo grado.

L'introduzione degli interessi legittimi nel diritto privato non è nuova. Essa è stata con profitto applicata alla soluzione del pro-

(118) Ci avviciniamo, in parte, a quanto insegna il BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, p. 28. Per lo sbloccamento dei due concetti di *dominium* e *proprietas*, v. FERRINI, *Pandette*, 1908, p. 348. In proposito gli interessanti spunti nello « Spettatore Italiano », nn. 5, 6, 10, 1952, in particolare questo ultimo, p. 420. Avevamo già accennato la questione in *Realismo economico e realismo giuridico nella concezione istituzionale della proprietà*, in « Riv. di dir. agrario », 1952, I, 102.

(119) Dovere generale negativo non avente valore patrimoniale: cfr. MESSINEO, *Manuale*, vol. II, p. 149; v. anche GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 90.

(120) BASSANELLI, *Struttura e funzioni del contratto*, cit., p. 533 e 534.

(121) BASSANELLI, *op. e loc. cit.*

blema della definizione giuridica del possesso. Fra le due tesi tradizionali, l'una diretta a definire il possesso come un diritto, l'altra a vedere in esso un semplice stato di fatto, sembra da accogliersi quella che confura quel rapporto come un interesse legittimo (122). Ma la nozione di interesse legittimo ha anche un fondamento nell'art. 833 del C.C.: « Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri ». Il Codice ha voluto evidentemente disciplinare con una norma ciò che già era radicato nella coscienza comune. Senza richiamare i numerosi interventi sulla questione, si ricorderà semplicemente che il divieto di atti di emulazione, costituenti per il D'Amelio un capitolo della vasta teoria degli abusi del diritto, nacque nel periodo classico, presentato dalla scuola Proculciana in casi specialissimi e cioè a proposito dell'*jus tollendi* e nei riguardi dei rapporti di vicinanza tra proprietari di fondi. Ma fu accolto ed elevato a principio generale, secondo le conclusioni dell'indagine del Riccobono, con applicazione a tutto il campo del diritto, dal legislatore del VI secolo sotto l'influenza dell'etica cristiana (123).

Si riproduce anche nel diritto privato la situazione cui dà luogo nel diritto pubblico il potere discrezionale dell'autorità amministrativa: se l'autorità usa del potere discrezionale per uno scopo diverso da quello dovuto, il privato può impugnare il provvedimento non perchè lesivo di un diritto che nella specie manca, ma perchè contrario al diritto oggettivo, in quanto rivolto a un fine diverso da quello previsto (sviamento di potere).

Così il privato che dall'esercizio di un altrui diritto riceve danno

(122) ZANOBINI, *Interessi legittimi nel diritto privato*, cit., p. 719; ROMANO SALVATORE, *Osservazioni sulle qualifiche di fatto e di diritto*, negli « Scritti in onore di SANTI ROMANO », 1940, IV, p. 135; sintomatico il pensiero degli autori secondo i quali il possesso non è un diritto, ma che dal possesso fanno derivare i diritti, citati in BRANCA, *Il possesso come diritto affievolito*, in « Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti », Padova, 1950, vol. III, n. 1 a p. 1 e le osservazioni in BALLADORE PALLIERI, *op. e loc. cit.*; FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, p. 61 (« signoria è potere, è dynamis, forza in potenza che può essere attuata... »); FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950, p. 13 e ampia bibliografia alle note 18 e 20.

(123) RICCOBONO, *Cristianesimo e diritto privato*, in « Riv. di dir. civile », 1911, p. 54 e segg. Sui rapporti di vicinanza, BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in « Scritti giuridici », II, 1928, p. 777. Il pensiero del D'AMELIO si trova espresso nel N.D.I. voce *Abuso del Diritto*

o molestia, non può opporre un diritto proprio, ma solo un interesse che riceve indiretta protezione dalla norma che vieta il detto esercizio, quando non sia rivolta a nessuno scopo utile per il soggetto che agisce (124).

L'analogia con i casi nei quali l'ordinamento prescrive dei comportamenti adeguati per essere la capacità del privato, determinantesi come quantità di potere, collegata a beni strumento di produzione, è assai evidente. In tutti e due i casi opera un sindacato sui motivi, ma mentre negli atti emulativi l'ordinamento condanna solo l'*animus nocendi*, nell'altra specie, a simiglianza di ciò che avviene nel diritto pubblico, l'ordinamento richiede che sia *positivamente* realizzato lo scopo per il quale è stato affidato il potere (125).

10. - Quel requisito di *organizzazione* che abbiamo visto progressivamente affermarsi nell'ordinamento giuridico privatistico (126), trova un'esplicita affermazione nella disciplina legislativa dell'azienda (art. 2555) e dell'impresa (artt. 2082 e ss.), la quale, riconducendo al concetto di azienda il complesso dei beni e cioè l'elemento oggettivo e materiale, e al concetto di impresa il momento dell'attività e dell'organizzazione di persone, la prima appartenente alla categoria delle

(124) ZANOBINI, *Interessi legittimi*, cit., p. 719 il cui pensiero è stato, quasi letteralmente, riprodotto nel testo.

(125) Per la distinzione degli atti emulativi dall'abuso del diritto, cfr. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio*, cit., p. 120 e segg. Il codice civile svizzero all'art. 2 dice che « ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge ». Il codice germanico, similmente afferma: « l'esercizio di un diritto non è ammesso se esso ha come scopo soltanto quello di recar danno ad altri ».

È stato rilevato che mentre la situazione del diritto soggettivo è attiva in quanto importa una serie di facoltà (o poteri), come ad es. quello di godere e di disporre di una cosa, la situazione dell'interesse legittimo è, invece, passiva, in quanto non consente al soggetto che ne è titolare di agire per la soddisfazione del suo interesse, ma solo di pretendere un determinato comportamento (della p.a.): cfr. TESAURO, *La legge, l'atto di amministrazione e l'atto di giurisdizione negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza a proposito dei decreti di esproprio per la riforma agraria e fondiaria*, in « Rassegna di diritto pubblico », 1952, p. 228.

(126) Va notato che al concetto di organizzazione si accompagna quello di gerarchia: v. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 53 e segg. e ivi bibliografia; AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936, p. 2 e segg.

cose, la seconda rientrando nella sfera negoziale, contribuisce a una certa chiarificazione, anche sistematica (127).

Nella dinamica del nuovo ordine costituzionale è evidente che se delle responsabilità devono essere sottolineate, esse cadono sull'impresa, non su la *proprietà* che nella sua configurazione normale di *unità produttiva*, di cosa che adempie, cioè, normalmente (128) la sua funzione economica di servire all'uomo, limita nella sua realtà organica il potere e l'intervento normativo dello Stato (129).

Se l'unità produttiva, o azienda, in quanto oggetto del diritto di proprietà, oggetto unico, *res, stabilimentum* (130) esclude dal suo lato interno (*relatio in*) l'intervento dello Stato, lo scopo di utilità sociale dell'uso, cui è destinata, limita l'autonomia del privato (*relatio ad*), che deve uniformare la sua attività alle esigenze della *res*, chiarite e rese esplicite alla luce dell'interesse generale della collettività, dalla sua valutazione intellettuale (131).

(127) CARRARA, *I contratti agrari*, Torino, 1952, (2^a ed.), p. 21 e 22, che così si esprime in relazione specialmente ai discussi concetti della dottrina tedesca di *Unternehmen e Betrieb*: *Unternehmen* sarebbe concetto più ampio di *Betrieb* (che significherebbe solo organizzazione di beni e di mezzi), mentre l'*Unternehmen* corrisponderebbe al *Betrieb* più *Verwaltung* (gestione). Gli elementi umani e personali dell'attività e dell'organizzazione di persone rendono la dottrina molto esitante a ricondurre il concetto di *Unternehmen* nella categoria di cose. Analoghe difficoltà sorgono nella comprensione dell'*istituzione* come un insieme di cose (« n'est qu'une sorte de choses; a la vérité c'est une chose active et une sorte de mécanique ») dell'HAUKIOV: cfr. ROMANO, *A proposito dell'impresa e dell'azienda agricola*, cit., p. 24, n. 1 e CICALA, *Elementi reali ed elementi ideali nella formazione del concetto di cosa in senso giuridico*, in « Riv. di dir. agrario », 1942, p. 24 dell'estratto.

(128) BOLLA, *L'art. 44 della Costituzione Italiana e la sua interpretazione organica*, in « Riv. di dir. agrario », 1949, I, p. 175 e segg. che si richiama al pensiero dell'JHERING, *Gesammelte Aufsätze*, Jena, 1892, p. 22 e segg.

(129) Esplicitamente in questo senso il BACCIGALUPI, *Nuovi orientamenti della proprietà fondiaria*, in « Riv. di dir. agrario », 1949, I, 175.

(130) Sinonimo per il FERRARA, *Trattato*, cit., p. 813, di *istituzione*. Vedine un'illustrazione in BOLLA, *Della proprietà fondiaria agraria*, cit. in questi « Atti » e precedentemente nella comunicazione alla C.E.A. (Venezia, Settembre, 1951): *I problemi giuridici della proprietà terriera nelle nuove Costituzioni degli Stati Europei*.

(131) « L'uomo non può uniformare la sua condotta alle esigenze delle cose, se non esprimendo a se stesso quelle esigenze in un'idea che tende a concretizzarsi in una formula, la quale mentre trascrive la situazione oggettiva diventa la norma degli atti umani ad essa rispondenti. L'ordinamento giuridico importa appunto un tessuto di atti umani modellati sull'oggettivo ordinamento

e dell'impresa, e l'impresa la forma, come qualcosa di *attuante* la azienda stessa (139), ci pare annulli in buona parte l'inconveniente di una dualità — secondo il Romano, di un vero e proprio dualismo — salvando al tempo stesso la *distinzione reale* dei due concetti, che rimangono, perciò, totalmente e formalmente distinti.

La distinzione dell'azienda dall'impresa è evidente in quei casi nei quali o l'azienda si trasferisce ad altro imprenditore o di fronte all'imprenditore si prospettano diritti altrui sull'azienda (140). Correlativamente l'imprenditore può essere persona diversa dal proprietario. Ciò si accoglie sul fondamento logico-giuridico della distinzione fra diritto e potere: non necessariamente, infatti, il titolare del potere giuridico coincide con il soggetto al cui servizio opera il potere (141). L'esercizio, di regola, è opera del titolare del diritto, anzi

(139) Rileva giustamente il BIGIAVI, *La piccola impresa*, cit., p. 107-8; che la concezione tradizionale (in Italia) considera l'istituzione come organizzazione di persone e di cose. Questo modo di concepire l'istituzione elimina la critica di chi dopo avere configurato l'impresa solo come organizzazione di persone, nega — sul presupposto esatto che l'impresa non può venir separata dall'azienda — all'impresa la figura dell'istituzione. Questa concezione tradizionale renderebbe superfluo a prima vista parlare di due istituzioni; ed è, come abbiamo visto l'opinione del ROMANO, *op. cit.*, p. 25 e, se non andiamo errati, del BIGIAVI, *op. cit.*, p. 107, n. 47. Ma crediamo che la presenza di cose non solo non sia irrilevante (BIGIAVI), ma quando esse danno luogo ad un'organizzazione autonoma (ed è il caso dell'azienda agricola) costituiscono l'istituzione cosa, la quale si distingue dall'istituzione — organizzazione di persone, come la materia si distingue dalla forma. Cfr. FERRARA, *Trattato*, p. 811-3.

(140) GRECO, *Profilo*, cit., p. 50.

(141) In questo senso: VALERI, *Impresa, azienda, fondo*, cit., p. 144; CASANOVA, *Imprese ed attività agricole nel sistema del diritto vigente*, in « Riv. di dir. agrario », 1951, I, 119 e MESSINEO, vol. I, p. 76 il quale chiaramente afferma « che l'attuazione e l'utilizzazione del diritto soggettivo si conseguono mediante l'esercizio di esso, ossia esplicando i poteri che sono il contenuto del diritto ». La distinzione fra diritto e potere, sottostante a quella fra azienda e impresa ha la sua differente disciplina con gli artt. 838 e 2088. Mentre l'art. 838 si riferisce al proprietario come tale e colpisce la inerzia nella sua attività di conservazione che spetta sempre al proprietario, l'art. 2088 e segg. concernono la responsabilità dell'imprenditore per aver egli impresso un indirizzo di utilizzazione contrastante con l'interesse generale della produzione: cfr. BASSANELLI, *Corso*, cit., p. 58. Quando le due figure del proprietario e dell'imprenditore coincidono nella stessa persona, questa diventa destinataria di ambedue le norme. In questo caso nella collisione che ne deriva, delle due sanzioni: sospensione dell'esercizio o alternativamente assoggettamento dell'impresa ad una forma temporanea di amministrazione giudiziaria da una parte, espropriazione dall'altra, è prevalentemente da applicarsi quella disposta nel libro quinto, avuto

il potere di esercitare il diritto è il principale attributo del diritto. Ma l'esercizio può essere affidato ad altri o dalla legge (art. 185 C.C.) o dallo stesso titolare per mezzo dei contratti con i quali si concede ad altri il godimento della cosa e che nel caso nostro costituiscono il sistema dei contratti di utilizzazione dell'azienda agraria. Questi non sarebbero che altrettanti momenti dell'attività dell'impresa nel suo manifestarsi esterno (142).

II. - Il collegamento dell'azienda con l'impresa ci ha mostrato che, se è l'oggetto che specifica l'atto, e l'azienda agraria specifica un'attività propria, diversa da quella commerciale, perchè diversa è la natura dell'oggetto, così che autorevolmente ed esattamente è stato rilevato essere l'impresa agraria principalmente *forma di usus del*

riguardo al principio di conservazione. Cfr. GRECO, *op. cit.*, p. 7 di cui abbiamo riportato quasi letteralmente il pensiero e, similmente orientato, CARRESTI, in « Riv. di dir. agrario », 1948, I, 27.

(142) La relazione tra i contratti agrari e l'impresa è stata però solo parzialmente tenuta presente dal legislatore nella distribuzione della materia dei diversi libri del codice: BASSANELLI, *I contratti agrari*, in « Riv. di dir. agrario », 1942, I, 34. L'inscindibilità dell'impresa dal negozio su cui con grande finezza ha costruito il suo *Sistema dei contratti di utilizzazione della nave*, Milano, 1937, il DOMENIDÒ, si ricollega all'osservazione del CARNELUTTI, *Teoria*, cit., p. 234, che il fine economico sociale degli atti imperativi si realizza mediante il mutamento giuridico che costituisce l'effetto dell'atto. Quest'osservazione che permette di inquadrare, come abbiamo visto, l'atto di destinazione nella categoria degli atti imperativi transitivi, atti di esercizio di un potere, potere di determinare, cioè, un dato impiego al bene produttivo, consente di vedere anche come questo potere possa venire a trovarsi in conflitto, sia con l'interesse del soggetto titolare del diritto, o con l'interesse generale, o con entrambi questi interessi: cfr. Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, Milano, 1947, p. 244 e segg. Nell'usufrutto di azienda, ad es., il limite della destinazione della cosa può essere violato con la conclusione di contratti da parte dell'usufruttuario. Ora il diritto di usufrutto è, nel suo contenuto di potere, vincolato al rispetto di quel limite, cosicchè l'usufruttuario, sviando il suo potere, può vedersi annullare i negozi conclusi in violazione di quel limite, per mancanza di legittimazione. In altri casi la funzione obbiettiva, la teleologicità della disciplina dei beni agisce nei riguardi del proprietario nel senso che egli non può impedire quelle modificazioni che, senza alterare stabilmente lo stato e le condizioni del fondo, giovino all'interesse della produzione, e quindi all'interesse generale oggettivo della collettività. Fra i due limiti quello della destinazione della cosa avuta dal proprietario e quello dell'interesse generale della produzione che doppiamente vincolano l'attività discrezionale dell'usufruttuario, si deve ritenere prevalente, in caso di conflitto, quello dell'interesse generale della collettività.

Ciò va tenuto presente se si vogliono evitare gli appunti ai quali sarebbe difficile rispondere, di concepire le istituzioni sociali come entità costituite essenzialmente da cose inanimate e dominate da esse alle quali, poi, i soggetti si collegherebbero come elementi integratori o accessori (132).

Questo pericolo di fermarsi al fatto sociologico e di imbrigliarvi l'indagine, senza trascenderlo, si evita facilmente se l'azienda definita dal Codice come « complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa », si vede nel suo collegamento con l'impresa, delineata sotto il profilo funzionale: impresa come attività imprenditrice, *officium*, discrezionalità (133).

È vero che ciò che può far velo a questo collegamento fra azienda ed impresa, fra oggetto e attività, è il fatto che l'azienda, *res*, non è un complesso qualsiasi di beni, ma un complesso di beni organizzato, tale, cioè, che può dar luogo esso stesso ad un'istituzione, tanto che una parte della dottrina non ha esitato a classificarlo nella categoria delle istituzioni cose.

In un precedente studio, in omaggio all'opinione del Romano, che non stimava idea troppo felice considerare l'azienda e l'impresa due istituzioni (134), avevamo parlato di un'unica istituzione-cosa, nella quale il bene fondo rappresentava l'aspetto statico, la materia (dell'istituzione-cosa), mentre il potere organizzativo e la manifestazione di comunione dei membri costituivano l'impresa, cioè l'aspetto dinamico, la forma. Ma considerando che possono sorgere in senso analogo quelle stesse difficoltà che abbiamo visto nella dottrina tedesca a proposito del concetto di *Unternehmen*, ci pare preferibile sbloccare l'unicità forzata dei due concetti, mantenendo l'equazione azienda-istituzione-cosa, ma sprigionando il concetto di impresa, inteso come forma, da quello, appunto, di istituzione-cosa.

delle cose»: così in un limpido saggio il GRANERIS, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Torino, S.E.I., 1949, p. 25 e segg.

(132) L'osservazione rivolta al prof. FINZI è del GRECO, *op. cit.*

(133) FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica*, cit., p. 121 per l'identificazione dell'impresa come ufficio di diritto privato; cfr. l'indagine divenuta classica dell'ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in « Riv. di dir. comm. », 1943, pagina 13 e segg.; VALERI, *op. cit.*, pp. 143 e 148.

(134) ROMANO, *A proposito dell'impresa e dell'azienda agraria*, cit., p. 25.

La concezione dell'azienda come istituzione-cosa, come *res* (135), sembra il coerente prolungamento di quella teoria che vedeva nell'azienda un *corpus ex cohaerentibus*, una cosa composta, fornita come tale di propria individualità giuridica ed idonea a formare, quindi, l'oggetto del diritto, rintracciando nel rapporto di coerenza funzionale che nell'organizzazione lega gli elementi tra di loro, l'equivalente del rapporto di coerenza fisica che nell'azienda manca (136). Questa teoria era già stata applicata per spiegare come l'aspetto organizzativo e unitario del fondo finisse per attribuire un valore autonomo alla combinazione, risultandone una *res nova* (137).

Il ritenere, poi, come facciamo, l'azienda o *res*, istituzione-cosa, materia dell'istituzione in senso ampio (138), comprensiva dell'azienda

(135) ASQUINI, *op. e loc. cit.*; FERRARA, *Trattato*, p. 812 e segg. La concezione dell'azienda come *res* non nega la distinzione di questo concetto da quello di patrimonio aziendale; con l'avvertenza, però dell'ASQUINI, *op. cit.*, p. 15 che il codice considera normalmente implicito nel trasferimento dell'azienda come *res* anche il trasferimento, in certi limiti, del patrimonio aziendale.

(136) BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, p. 146 e 360.

(137) BOLLA, *Il fondo nei suoi aspetti giuridici*, cit., p. 266 e segg. Questa teoria richiama giustamente il concetto che il fine (la funzione) è centro di organizzazione delle parti rispetto a un tutto che è condizionato all'esistenza di un fine unitario al quale tendono le parti. Analogamente il principio finalistico è il principio di collegamento per cui si costituisce in un'unità superiore una persona sociale che collega varie persone particolari. La combinazione che ne deriva è oggettiva e reale, quanto oggettivo e reale è ogni elemento della relazione. Forse proprio per questo tanto volentieri HAURIU cataloga le istituzioni fra le cose. Non solo per la considerazione che *res* pubblica era chiamata la massima istituzione, ma proprio per significare la realtà, non solo l'obiettività dell'istituzione. La istituzione è *res*, come *res incorporalis* è la persona sociale. Essendo *res* ha una realtà propria distinta da quella degli elementi che la compongono, non è una finzione, tanto è vero che si parla di enti o corpi sociali, quantunque nello spazio sia evidente non tanto l'ente in sé, quanto i beni che appartengono all'ente.

(138) Quando parliamo di azienda agricola come istituzione cosa naturalmente non consideriamo la specie dell'istituzione cosa, costituita dalle regole o norme del diritto (contro questo modo di considerare le norme, cfr. le osservazioni del CICALA, *Elementi ideali ed elementi reali nella formazione del concetto di cosa in senso giuridico*, in « Riv. di dir. agrario », 1942, I, 25 e 27, e quelle, forse più esatte, del ROMANO per cui questo modo di concepire le regole giuridiche postula un ampliamento del senso della parola cosa che richiederebbe, quindi, una nuova definizione: v. *L'ordinamento giuridico*, p. 28) ma quelle cose nel senso proprio della parola che in seguito all'appropriazione da parte di un soggetto diventano un'individualità dal punto di vista del diritto e in tal modo ricevono il significato avente il carattere di cosa.