

A. 2

RIVISTA TRIMESTRALE
DI
DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

STEFANO RODOTÀ
Assistente dell'Università di Roma

Note critiche in tema di proprietà

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla proprietà: questioni storiche e di metodo. — 2. La disciplina costituzionale e la determinazione dell'utilità sociale. — 3. Significato e natura della funzione della proprietà. — 4. Funzione e diritto: la funzione come principio unificatore della disciplina della proprietà. — 5. Funzione sociale dell'istituto e funzione sociale dei beni. — 6. L'appartenenza dei beni e la possibilità di nuovi criteri sistematici. — 7. Definizione della proprietà e ambito di applicabilità della funzione. — 8. Il problema della proprietà nel quadro di alcune attuali esigenze.

1. — Un incerto storicismo o l'amore per qualche rilevazione sociologica possono indurre quei giuristi che affrontano con spirito non angusto i problemi della proprietà ad esaurire la loro indagine nel registrare la molteplicità di funzioni, spesso contraddittorie, che lo stesso istituto adempie, pur rimanendo immutato nella struttura formale; che questa assunta immutabilità di struttura è quasi la condizione che permette di individuare e confrontare funzioni tra loro diverse (1). L'indagine sulla funzione, anzi, sarebbe la sola a poter dare piena ragione del modo di esistere di una determinata struttura (2), appagando così l'esigenza diffusa di tenere in maggior conto i dati proposti dai mutamenti delle condizioni storiche.

Ripercorrere gli aspri termini della contesa sulla prevalenza del profilo strutturale o di quello funzionale ci porterebbe troppo lon-

(1) È questa, ad esempio, la posizione di RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Tübingen, 1929 (noi citeremo dalla traduzione inglese curata da Schwarzschild e intitolata *The institutions of private law and their social functions*, London, 1949). Della edizione inglese si veda in particolare n. 75; la introduzione di Kahn-Freund che ben chiarisce il pensiero del Renner (p. 1): *He pre-supposes the stability and relative immutability of legal institutions such as property and contract*. Cfr. anche FRIEDMANN, *Legal theory*, London, 1953, pp. 252-253.

In generale, sul concetto di funzione, più avanti, n. 4.

(2) « Un tipo strutturale è strumento per sé neutro, utilizzabile per il conseguimento di diversi fini »; così PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 300, nota 430.

tano (basta pensare alle conclusioni, spesso interessanti, alle quali son pervenuti i fautori di una applicazione del metodo della filosofia analitica alla giurisprudenza, riproponendo in termini nuovi alcuni dei più tradizionali problemi relativi alla struttura). Può ammettersi che alla verità del concetto giuridico si giunge « soltanto quando sono determinate le regole che fissano l'uso della parola ad esso corrispondente » (3), ma con altrettanto vigore si sottolinea che all'apprezzamento pieno della realtà giuridica si perviene soltanto a mezzo di una accorta analisi funzionale (4): senza voler fare una disinvoltta professione di eclettismo, si può comunque rilevare non tanto il rapporto dialettico che corre tra struttura e funzione, quanto il loro reciproco atteggiarsi come funzione tipica e funzione storica di un istituto. Ma neppure un semplice relativismo è appagante, ché si rischia di non « cogliere nel moto degli eventi e delle idee una profonda ragione storica, uno svolgimento razionale e necessario » (5), e di dare al consueto richiamo alla storia il senso ovvio che nulla si conserva immutato nel trascorrere del tempo.

Non questo può intendere il giurista quando, in una professione di storicismo, richiama alla necessità di tenere nel giusto conto la concretezza degli interessi regolati ed il mutare delle situazioni nel tempo. Ad un approfondimento della ricerca quel presupposto della immutabilità della struttura, che trasferisce ogni indagine in prospettiva sulla funzione e giustifica i mutamenti di questa con il frequente ricorso al concetto di eterogenesi dei fini (6), si palesa debole anche come pura ipotesi di lavoro, giustificata solo quando si voglia approfondire la distinzione tra aspetto formale e aspetto sociologico di una ricerca. L'unilateralità di quel procedimento, infatti, rileva non appena si ritrova la coesistenza di più funzioni non omogenee rispetto alla medesima struttura: il richiamo alla storia (o

(3) BABBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in questa rivista, 1950, p. 356.

(4) Si vedano i chiarimenti di ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, pp. 55-78.

(5) ANTONINI, *Lo storicismo*, Roma, 1937, p. 21.

(6) BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 23; RUBINO, *La valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge*, in *Foro it.*, 1949, IV, cc. 11-12; DOMINÈD, *Giurisprudenza dei valori*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, 1950, p. 475; ASCARELLI, *Studi*, cit., p. 57; PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 300, nota 430. Dell'espressione *Heterogenie der Zwecke*, che risale a Wundt, non è qui possibile alcun approfondimento (cfr. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, trad. dall'inglese di Zuffi, Milano, 1955, p. 123).

In verità, nei casi finora considerati, la funzione sociale non può intendersi come una qualità immediata del diritto di proprietà, essendo attribuita ad esso per via di conseguenza, attraverso la ricognizione di una generale natura sociale o a mezzo di una disciplina che non muta il titolo dell'attribuzione. In tal modo, di ogni diritto può dirsi che ha una funzione sociale ⁽¹³⁰⁾: ma questa rimane indifferente per la struttura del diritto e neppure incide sulla sua definizione formale ⁽¹³¹⁾, giustificandosi così l'opinione, tante volte espressa, per cui la funzione sociale sarebbe una « formula sonora ma giuridicamente vuota » ⁽¹³²⁾.

A nostro modo di vedere, l'uso moderno dell'espressione funzione sociale, nella maggior parte dei casi, non ha con le concezioni ora esposte che una parentela del tutto verbale. In primo luogo, queste ultime rivelano che la loro autentica caratteristica non è quella funzionale, bensì quella finalistica, e si collegano ad una speculazione intesa a ricercare una giustificazione ed un fondamento della proprietà del tutto extragiuridici. Segno, forse, di una ampiezza di orizzonte che la scienza giuridica moderna non ha saputo conservare ⁽¹³³⁾; conferma, certamente, del fatto che movente e fine si pongono all'esterno della struttura giuridica ⁽¹³⁴⁾. Proprio da questa ribadita estraneità della funzione rispetto al diritto, d'altra parte, si origina la contraddittoria utilizzazione del concetto di funzione, che — concepito come temperamento dell'assolutezza di una proprietà individualistica — si converte in un formula difensiva del diritto di proprietà tradizionale ⁽¹³⁵⁾, affermandosene genericamente una destinazione sociale (alla quale può non accompagnarsi, e spesso non si ac-

⁽¹³⁰⁾ « Una funzione sociale o, meglio, l'attuazione di un pubblico interesse, è propria di ogni potere riconosciuto dal diritto obiettivo; e quindi, sicuramente, del diritto di proprietà »: così F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *Studi*, cit., II, p. 334. Cfr. le recenti osservazioni di ARCHI, *L'aspetto funzionale del « dominium » romano*, in *Bull. ist. dir. rom.*, 1958, pp. 61-79; sul tema, sempre di recente, F. DE VISSCHER, *Individualismo e evoluzione della proprietà nella Roma repubblicana*, in *Studia doc. hist. iur.*, 1957, pp. 26-42.

⁽¹³¹⁾ Su questi problemi le interessanti, anche se per noi non sempre accettabili, considerazioni di DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, pp. 219-220.

⁽¹³²⁾ CESARINI SFORZA, *Codice civile*, cit., p. 99.

⁽¹³³⁾ M. S. GIANNINI, *Attualità dogmatica*, cit., p. 478.

⁽¹³⁴⁾ Sulle difficoltà incontrate dalla dottrina nella definizione dei concetti di *ratio*, *fine*, *scopo*, cfr. CATANI, *I giudizi*, cit., p. 217, nota 16. Vedi anche PERTICONE, *La proprietà*, cit., p. 47.

⁽¹³⁵⁾ F. VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, in *Studi*, cit., II, p. 421.

compagna, alcuna effettiva misura legislativa), mentre se ne riconosce la sostanziale intangibilità. Era fatale, quindi, che, favorevoli le condizioni culturali, la polemica contro l'idea individualistica nei diritti si convertisse in polemica contro il diritto soggettivo *tout court* ⁽¹³⁶⁾.

Per intendere l'intera prospettiva nei suoi giusti termini, bisogna riguardare alla distinzione, propria non soltanto del pensiero giuridico ⁽¹³⁷⁾, tra fine e funzione di una determinata struttura, intendendosi il primo come destinazione ad un compito astrattamente fissato ed immutabile, l'altro come lo storico e concreto atteggiarsi di fronte a situazioni sempre rinnovate e diverse. È quest'ultimo il significato attribuito alla funzione nel più frequente uso giuridico: nella forma di contrapposizione tra una struttura rigida e sempre identica a se stessa ed una mutevole funzione ⁽¹³⁸⁾ o nel loro rap-

⁽¹³⁶⁾ Non è certamente possibile dare indicazioni bibliografiche esaurienti su questo problema, in particolare su quell'aspetto estremo — e qui direttamente interessante — costituito dall'opera di Duguit. Relativamente a quest'ultimo, ci limiteremo a ricordare il fascicolo dedicatogli dagli *Arch. phil. dr. sociol. jur.*, 1932, nn. 1-2; e quello recentissimo della *Rev. jur. éc. Sud-Ouest*, 1959 (di cui è apparso in Italia il contributo di LANGROD, *L'influenza delle idee di Léon Duguit sulla teoria generale del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1959, pp. 641-672). A parte i tentativi di inquadramento generale (tra i quali vogliamo segnalare quelli di GENY, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, pp. 191-272; IV, Paris, 1924, pp. 159-213; FRIEDMANN, *Legal theory*, cit., pp. 172-179), si possono segnalare, per i particolari profili del pensiero di Duguit posti in rilievo, BONNECASE, *Science du droit et romantisme*, Paris, 1928 (l'esposizione delle dottrine di Duguit costituisce uno dei motivi ricorrenti dell'opera) e H. PETER, *Wandlungen*, cit. (che vi dedica una lunga appendice). Qualche accenno strettamente connesso al nostro tema in WALINE, *L'individualisme*, cit., pp. 48-51; BAGOLINI, *Introduzione alla trad. it. curata da Paradisi del volume di DUGUIT, Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Firenze, 1950; STONE, *The province*, cit., pp. 343-352; RIFERT, *Les forces*, cit., p. 232.

La dottrina italiana, occupandosi dei problemi del diritto soggettivo, non ha mancato di riferirsi alle tesi di Duguit: cfr. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pp. 46-51; BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. II, nota 28; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, pp. 1-2, nota 1; nessuno, però, con quegli approfondimenti che il rilievo, o almeno la diffusione, di quelle tesi avrebbero meritato. Una spiegazione di questo atteggiamento è tentata da MOSSA, *Trasformazione dogmatica e positiva della proprietà privata*, ne *La concezione fascista*, cit., p. 260.

⁽¹³⁷⁾ FROSINI, *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1959, pp. 169-170; e cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. XIV-XV; CATANI, *I giudizi*, cit., p. 217, nota 16. La questione è ulteriormente discussa più innanzi, n. 3 e nota 143.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. la posizione di Renner, esaminata all'inizio del n. 1.

porto dialettico ⁽¹³⁹⁾, nella necessità di non trascurare mai « la terza dimensione funzionale o teleologica » ⁽¹⁴⁰⁾, e quindi di comprendere nell'attenzione « funzioni economiche ed istituti giuridici » ⁽¹⁴¹⁾; nel porre l'accento sulla *law in action* piuttosto che sulla *law in books* ⁽¹⁴²⁾: e si potrebbe continuare, fino a quelle più generali ed estreme formulazioni che cercano di individuare la funzione della stessa legge o di costruire quest'ultima come funzione dei fatti sociali ⁽¹⁴³⁾.

Se la sostituzione della considerazione funzionale (nel senso ora indicato) a quella finalistica costituisce un indubbio arricchimento degli strumenti dell'indagine giuridica, l'indicazione metodologica che da essa può ricavarsi non riesce a dare piena ragione del concetto di funzione sociale, quando questo sia impiegato per chiarire la natura particolare di un diritto. Infatti, l'uso del termine funzione in contrapposto a struttura serve a definire il concreto modo di operare di un istituto o di un diritto di cui siano note e individuate le caratteristiche morfologiche: mentre, invece, di una funzione sociale della proprietà si parla non tanto per aprire la via ad una indagine di sociologia giuridica, quanto per indicare proprio una di quelle caratteristiche. Così configurata la funzione sociale,

⁽¹³⁹⁾ S. SIMITIS, *Die faktische Vertragsverhältnisse*, cit., pp. 47-61 (a p. 48, nota 187, un chiarimento sulle differenti accezioni del termine « funzione » in questo autore e in Duguit e Renner).

⁽¹⁴⁰⁾ PUGLIATTI, *La giurisprudenza*, cit., p. 64.

⁽¹⁴¹⁾ ASCARELLI, *Studi*, cit., pp. 55-78.

⁽¹⁴²⁾ POUND, *Law in books and law in action*, in *Amer. Law Rev.*, 1910, p. 12 ss.; sul problema STONE, *The province*, cit., pp. 405-408, 414-417 (relativamente alle tesi di Pound), 742-749 (come prospettiva per esaminare le dottrine di alcuni pensatori europei).

⁽¹⁴³⁾ Su questo profilo — come, d'altra parte, è accaduto per quelli immediatamente precedenti — non si tenta neppure la bibliografia: vogliamo soltanto ricordare — in aggiunta a STONE, *The province*, cit. — BERMAN, *The nature and function of law*, Brooklyn, 1958. È opportuno, però, tener presente che il problema della funzione del diritto parve a Bobbio « uno di quei tipici problemi extradogmatici », che non attengono alla teoria generale del diritto, richiedendo una presa di posizione ideologica (*Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, pp. 9-10). A lui il CARNELUTTI (*Teoria*, cit., p. XV) oppose la distinzione tra scopo e funzione del diritto, intesa quest'ultima come « quel tanto di scopo che si attua nel risultato cioè che mediante il mezzo può essere raggiunto ». M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 82, definisce la funzione della norma come « il contenuto normativo visto in ordine ai risultati sostanziali che si producono mediante gli effetti giuridici previsti dalla norma stessa »; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 36, riguarda la struttura come inerente alla natura di una situazione, la funzione alla sua efficacia nell'ordinamento.

è fuor di luogo considerarla dialetticamente nei confronti della struttura, dal momento che essa è ritrovabile soltanto all'interno della proprietà, ponendosi come una componente della sua struttura. Non a caso, le espressioni sintetiche a cui si ricorre sono quelle di diritto-funzione, di proprietà-funzione.

4. — Le considerazioni finora svolte, se non hanno esaurito la caratterizzazione tecnica della funzione, ci hanno, comunque, condotti al nodo dogmatico del problema: che consiste, come è ben noto, nella compatibilità o meno dei concetti di funzione e di diritto soggettivo. Sciogliere interamente questo nodo significherebbe ripensare quasi del tutto i complessi termini della polemica sul diritto soggettivo ⁽¹⁴⁴⁾: compito che non è certamente possibile affidare a queste note, nelle quali si tenterà soltanto di indicare le difficoltà a cui si va incontro nel tentativo di mantenere la costruzione sistematica della proprietà nello schema classico del diritto soggettivo.

La direttrice della nostra ricerca, al punto in cui siamo, non dovrebbe più essere oscura. Se, infatti, la funzione deve essere considerata come componente della struttura della proprietà, tutti quei dati che ad essa possono essere ricondotti (obblighi ed oneri gravanti il titolare) non sono rappresentabili all'esterno della situazione, come limitazioni di diritto pubblico o come altrimenti si voglia considerarli. Le conseguenze di questa impostazione non sono di poco conto; in particolare, ci sembra, per tutte quelle costruzioni che ritengono di poter realizzare una più accorta difesa delle ragioni dell'individuo ribadendo la sostanziale indifferenza della struttura della proprietà a tutta una serie di trasformazioni legislative e so-

⁽¹⁴⁴⁾ Ci limitiamo a richiamare lo stimolante studio di R. ORESTANO, *Dritti soggettivi*, cit., pp. 149-196; e il volumetto *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt a. M.-Berlin, 1959, che contiene saggi di Coing, Lawson, Grönfors: richiamiamo l'attenzione sullo scritto del primo — *Zur Geschichte des Begriffs « subjektives Recht »*, pp. 7-23 — per la manifesta insoddisfazione della tradizionale impostazione dottrinale, di cui, nella conclusione, vengono con esattezza indicati i limiti e gli aspetti caduchi; si veda anche VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif*, in *Arch. phil. dr.*, 1953-54, pp. 163-187. Sempre più chiara, comunque, è la coscienza della necessità di costruire concetti più aderenti alle determinazioni del diritto positivo (cfr. CESARINI SPORZA, *Il diritto soggettivo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, p. 184); non a caso si parla con frequenza sempre maggiore di situazioni piuttosto che di diritti soggettivi. Pur convenendo sulla genericità di questa espressione, ci pare che essa testimoni abbastanza fedelmente dello sforzo di ricostruire un equilibrio tra « dato » e « costruito », spezzato dall'assoluta prevalenza di quest'ultimo.

ciali. Ché questa difesa appare, in realtà, più rispettosa di una nozione scolastica che non del diritto dell'individuo, al quale dalla costruzione *sub specie* pubblicistica di ogni funzionalizzazione della posizione del proprietario non può derivare che una più immediata e diretta subordinazione ai poteri della pubblica amministrazione: cioè proprio quello che, nell'animo dei tradizionalisti, andrebbe evitato. Potrebbe osservarsi che, se questo modo di procedere finisce con l'essere contraddittorio alla sua stessa ispirazione, almeno è rispettoso delle caratteristiche del diritto soggettivo. L'osservazione si presta a due rilievi: diretto, il primo, a riconoscere la giustezza del pensiero di chi ha visto molti dei nostri concetti giuridici rimanere legati ad un superato modo d'intendere la funzione del diritto privato, che si limiterebbe ad attribuire ai singoli dei poteri, rendendosi automatico il raggiungimento dell'equilibrio tra le varie sfere giuridiche⁽¹⁴⁵⁾; e l'altro a mettere in guardia contro un procedimento che, per ricondurre ad un determinato prototipo giuridico una situazione concreta, forza i termini di quest'ultima, quando sarebbe logico, invece, ammettere l'impossibilità della sussunzione. Da ciò risulta confermata l'opinione⁽¹⁴⁶⁾ che di certi impoverimenti del diritto privato non sia soltanto responsabile il corso delle cose, ma pure il metodo dei privatisti; ed accertato che ogni ripensamento del concetto di diritto soggettivo debba massimamente tener conto dei dati positivi⁽¹⁴⁷⁾. D'altra parte, se si vuole avere ben chiaro il contesto giuridico ed economico all'interno (ed in ragione) del quale la funzione sociale opera, bisogna tener sgombra la mente dai pregiudizi nascenti da una scarsa riflessione sulla storia e aver per fermo che « il capitalismo non può caratterizzarsi solo in funzione della proprietà individuale, ma in funzione della struttura e del funzionamento di questa proprietà nel processo produttivo »⁽¹⁴⁸⁾: così che la funzione sociale della proprietà si palesa, nel tempo presente e nei paesi di democrazia occidentale, come lo strumento attraverso il quale una società, che riconosce la proprietà privata dei beni, tenta di dare a questa un più ampio respiro per trarne vantaggi adeguati. Considerata non già come mera finalizzazione di ogni diritto (quale

è intesa in alcuni paesi retti da ordinamenti di tipo socialista⁽¹⁴⁹⁾), ma come elemento del diritto di proprietà, la funzione sociale dimostra d'essere caratteristica tipica d'un sistema giuridico capitalista.

Veniamo, ad ogni modo, alle opinioni di coloro i quali negano, in via di principio, l'ammissibilità di una funzione a proposito della proprietà. La negazione, anzitutto, si fonda sulla contraddizione terminologica esistente già nel corpo dell'espressione, ché l'idea di funzione (come vincolo) ripugnerebbe a quella di diritto (come libertà). Questa proposizione viene sviluppata in quella, tecnicamente più rigorosa, che ricorda la nozione formale di diritto soggettivo (quale che sia il punto di vista prescelto per la sua costruzione^(149-bis)) e sottolinea l'impossibilità di risolvere in essa elementi di carattere obbligatorio, che escluderebbero nel soggetto la libera determinazione del contegno da tenere⁽¹⁵⁰⁾. Il vincolo funzionale, infine, manifeste-

⁽¹⁴⁹⁾ Si tenga, però, presente che *l'art. 1 du code civil de la R.S.F.S.R. est loin d'avoir, dans la pratique, l'importance qui lui avaient prêtée ses premiers commentateurs d'Occident* (R. DAVID, *Le droit soviétique*, I, Paris, 1954, p. 54); alla lezione di questi commentatori mostra di restar fedele RIEPER, *Les forces*, cit., p. 234; e cfr. MÜLLER-ERZBACH, *Wohin führt Interessensjurisprudenz?*, Tübingen, 1932, p. 71; CERONI, *Sulla storicità*, cit., p. 355. Osserva GSOSKI, *Soviet civil law*, I, Ann Arbor, 1948, che l'articolo citato fu steso sotto l'evidente influenza delle idee di Saleilles e di Duguit (ma sulle influenze operanti sulla stesura del codice civile sovietico cfr. anche i nostri *Problemi*, cit., p. 153, nota 40), all'insegnamento dei quali (dell'ultimo, in particolare; pp. 315-317 dello scritto del GSOSKI) si richiamano implicitamente i primi commentatori del codice sovietico (pp. 319-321). Questo atteggiamento fu più tardi condannato, ed i testi sovietici più recenti si limitano ad accennare appena al significato dell'art. 1 (p. 321); per l'interpretazione dell'articolo nella giurisprudenza sovietica, cfr. pp. 324-326.

^(149-bis) Una schematizzazione assai precisa delle varie posizioni dottrinarie sul diritto soggettivo è in R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., pp. 172-173.

⁽¹⁵⁰⁾ Non si vuol dare una bibliografia esauriente, ma soltanto indicare alcuni significativi atteggiamenti tra quelli di coloro i quali hanno negato l'ammissibilità del profilo funzionale; un quadro più completo delle opinioni sulla funzione sociale si può ricavare dalle indicazioni sparse anche nelle altre note.

Il concetto di funzione sociale della proprietà è sembrato vago, astratto, sonoro ma giuridicamente vuoto (DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*², a cura di A. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1937, pp. 118-120; CESARINI SFORZA, *Codice civile*, cit., p. 99); viziato da un'intima contraddizione (PANUNZIO, *Prime osservazioni giuridiche sul concetto di proprietà nel regime fascista*, in *La concezione fascista*, cit., p. 116; CESARINI SFORZA, *Proprietà e impresa*, ivi, p. 364; BASSANELLI, *Note sul concetto di proprietà*, in *Stato e diritto*, 1940, p. 220; BARASSI, *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milano, 1941, p. 97; PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 141; GROSSO, *Formule, schemi e prospettive nell'odierna teoria giuridica della proprietà*, in *Dir. econ.*, 1957,

⁽¹⁴⁵⁾ ASCARELLI, *Problemi*, cit., I, p. 47.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. *retro*, n. 1. E vedi R. SAVATIER, *Les métamorphoses*, cit., p. 14; PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., pp. 286-287.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 184.

⁽¹⁴⁸⁾ ASCARELLI, *Proprietà e controllo*, cit., p. 756.

rebbe tutta la sua incompatibilità con il diritto proprio nel caso della proprietà, ponendosi questa, nella sua essenza, come manifestazione di libertà ⁽¹⁵¹⁾.

È quest'ultimo argomento che, per la sua portata generale, deve essere esaminato per primo, anche se per semplici cenni. Quali convinzioni filosofiche o quali ideologie lo fondino oggi e quali lo abbiano accompagnato nel corso della sua fortuna, non è difficile scorgere: sì che può immediatamente notarsi che l'antico modo d'intendere la

p. 1009, che pone l'accento sui nessi tra proprietà e libertà); concepibile solo nel quadro di un apparato tecnico collettivista, poiché degrada la persona a cosa (BETTI, *Problemi proposti dallo sviluppo del capitalismo*, cit., p. 591) e quindi incompatibile con un ordinamento come il nostro (CORTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958, p. 96; sul quale vedi le osservazioni di CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pp. 570-571); implicito in ogni attribuzione di potere sanzionata dal diritto obiettivo (F. VASSALLI, *Per una definizione*, cit., p. 334; ma lo stesso autore — *Il diritto di proprietà*, cit., p. 421 — osserva che la funzione sociale si trova ormai tradotta in una serie di statuizioni positive); tale da distruggere l'idea stessa di proprietà (BRANCA, *Sul possesso dell'azienda*, in *Foro it.*, 1958, I, c. 702; e, in effetti, ai furori di certi giuristi può applicarsi ciò che dei filosofi diceva CHESTERTON, *L'uomo che fu Giovedì*, trad. it. di Boffito Serrà, Milano, 1957, p. 51: « I ladri rispettano la proprietà: essi desiderano soltanto che la proprietà diventi loro, per poterla rispettare in modo più perfetto; ma i filosofi odiano la proprietà in se stessa, vogliono distruggere l'idea stessa di possesso personale »); accettabile solo se svuotato di ogni effettiva operatività (BARASSI, *Proprietà*, cit., *passim*; la prospettiva del Barassi è limitata dal fatto che egli restringe la sua attenzione al « singolo proprietario intelligente e dinamico » (p. 281) e che continua a vedere la funzione sociale come « strumento efficace del bene comune » (p. 269, nota 13), dando a quest'ultima espressione il significato già ricordato nel testo; BARILE, *Il soggetto privato*, cit., p. 144); accettabile soltanto in una prospettiva tradizionalmente finalistica (CHIARELLI, *Il fondamento pubblicistico della proprietà*, in *La concessione fascista*, cit., pp. 156-159); come complesso di specifici atteggiamenti che realizzano un interesse pubblico (PERTICONE, *La proprietà*, cit., p. 129; SANDULLI, *Sputi per lo studio dei beni privati d'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 56: che però li considera integranti la struttura della proprietà, al pari di FINZI, *Le moderne trasformazioni*, cit., p. 59; e di NAROLI, *Limiti*, cit., p. 89).

⁽¹⁵¹⁾ È sufficiente ricordare, per questa discussione non ancora sopita tra filosofi e tra giuristi, quanto scriveva HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg, 1955, p. 55: *Die Person muss sich eine äussere Sphäre ihrer Freiheit geben, um als Idee zu sein*. Sul pensiero di Hegel e sul binomio proprietà-libertà, cfr. G. DE RUGGIERO, *Storia*, cit., in particolare pp. 28-45; e vedi SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, rist., Torino, 1959, pp. 170-183; e più avanti nota 159. Può, d'altra parte, rilevarsi che la possibilità di imporre limiti ed obblighi alla proprietà privata si ricollega alla decadenza del volontarismo puro, alla cui rigorosa rivendicazione della più completa autonomia della volontà del privato è connesso l'individualismo: cfr. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, in *Arch. phil. dr.*, 1957, pp. 94-96.

teorica dei diritti soggettivi come teorica dei diritti innati ⁽¹⁵²⁾ trova in esso formulazione assai conseguente. L'identificazione di proprietà e libertà, non godendo ormai che di scarsi appigli positivi ed essendo largamente oppugnabile sia dal punto di vista filosofico che da quello economico, si risolve in un pregiudizio metodologico, uno dei tanti *idola* che ostacolano l'indagine scientifica. Le carte costituzionali sempre più raramente danno al diritto di proprietà il posto tradizionalmente assegnatogli dalle dichiarazioni di diritti ⁽¹⁵³⁾; le

⁽¹⁵²⁾ SOLARI, *Individualismo*, cit., p. 8 e *passim*; G. DE RUGGIERO, *Storia*, cit., pp. 28-34. Sul punto di vista giusnaturalistico, in particolare PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, Torino, 1934; *La dottrina del diritto naturale*, Milano, 1954; e si vedano le osservazioni di WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., pp. 169-171.

⁽¹⁵³⁾ È il caso della nostra costituzione (cfr. *retro*, n. 2). E si ricordi che fu respinta la proposta democristiana di inserire nell'art. 42 la spiegazione che il riconoscimento della proprietà privata era dovuto « allo scopo di garantire la libertà e l'affermazione della persona » (cfr. ASSEMBLEA COSTITUENTE - COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, *Relazioni e proposte*, p. 104; ID. (Terza sottocommissione), *Resoconti*, pp. 83-84; osserva, però, MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., p. 193, che i democristiani ebbero partita vinta sul profilo della garanzia, sì che dovrebbe ritenersi la proprietà riconosciuta come diritto naturale dell'uomo: il che a noi sembra inesatto, non soltanto per il valore prevalente che riteniamo debba attribuirsi alla ricordata soppressione, ma soprattutto in ragione del contenuto della ricordata garanzia (cfr. *sub* n. 2, nota 84); è evidente, d'altra parte, che di ogni situazione giuridica garantita non si può fare un diritto naturale. Questa interpretazione del testo costituzionale è, ovviamente, della massima importanza: di fronte ad essa, ormai, è di poco peso osservare che « il codice parla ancora della proprietà come di un diritto della persona » (F. VASSALLI, *Motivi*, cit., pp. 86-87, nota 9; 96-97); comunque, per una critica di questa opinione, cfr. PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 129.

Mi si veda anche l'art. 14 della costituzione della Germania occidentale (sul quale l'ampia rassegna di MOTZO-A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., pp. 167-183 con ampia bibliografia; da ultimo si veda anche K. RUDOLPH, *Die Bindungen des Eigentums*, Tübingen, 1960, pp. 11-15; sulla portata dell'art. 14, in relazione al nostro problema, qualche utile rilievo in E. R. HUMER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, II, Tübingen, 1954, pp. 13-14. In generale, sulla garanzia liberale della proprietà, ZYCHA, *Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit*, Marburg a. L., 1949, p. 277).

Assai generico il richiamo ai principi dell'art. 89 contenuto nella nuova costituzione francese; richiamo che, comunque, è da mettere in relazione con quanto disposto dall'art. 34 (per le tendenze emerse in sede costituente nell'ultimo dopoguerra, cfr. SARTTA, *Costituenti e costituzioni della Francia moderna*, Torino, 1952, p. 462 ss.).

Qualche indicazione generale in PERGOLESI, *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanee*, Firenze, 1946.

Per ragioni assai evidenti, in questa sede non riteniamo necessario prendere in esame i testi costituzionali dei paesi di democrazia socialista.

quali, dal canto loro, cominciano a non far più menzione della proprietà⁽¹⁵⁴⁾. Nel campo del diritto privato, a loro volta, i codici non possono più essere intesi come l'equivalente di quel che le costituzioni e le dichiarazioni dei diritti rappresentavano per il diritto pubblico⁽¹⁵⁵⁾; e al mutare della loro funzione⁽¹⁵⁶⁾ corrisponde il diverso modo in cui essi fondano la proprietà ed il diverso articolarsi della sua definizione, che sempre più si distingue da quella ricalcata sulla definizione della libertà⁽¹⁵⁷⁾. A queste generiche osservazioni di carattere testuale dà conferma la stessa nostra costituzione, la quale,

(154) Un preminente ed incondizionato riconoscimento della proprietà come diritto naturale dell'uomo si ritrova, ormai, soltanto nelle dichiarazioni che cercano di derivare tali diritti dai principi della dottrina cattolica (cfr., ad esempio, l'art. 10 della carta di S. Sebastiano del 1948). La stessa dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'ONU non assegna alla proprietà (art. 17) alcun particolare carattere di preminenza (né poteva essere altrimenti, se non si voleva contraddire quella libertà dal bisogno, a cui si ispira tanta parte delle sue disposizioni; cfr. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano, 1959, pp. 38-40). Nessuna traccia della proprietà nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali della Commissione europea dei diritti dell'uomo (1950); è assai significativo che se ne trovi menzione soltanto all'art. 1 del protocollo aggiuntivo, nei termini seguenti (che dispensano da ogni commento): « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* » (cfr. MORIN, *Le sens de l'évolution*, cit., p. 4). Analogamente si ritrova in altri documenti, emanati da organismi pure assai prudenti, come l'atto di Atene della Commissione internazionale dei giuristi (1959).

Osserva R. ORNSTADT, *Diritti soggettivi*, cit., p. 174, che « dichiarazioni internazionali e carte costituzionali di questo dopoguerra hanno rinverdito — almeno in parte — formule tradizionali del più puro individualismo giuridico »: che ciò non si sia verificato, se non in forme secondarie, per il diritto di proprietà, è quindi ancor più significativo.

(155) SOLARI, *Individualismo*, cit., p. 57.

(156) ASCARELLI, *Studi*, cit., pp. 181-183; HEDEMANN, *Wesen und Wandel*, cit., pp. 23-39, in particolare pp. 37-39.

(157) La classica definizione bartolliana (*dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeatur*, in *Omnia quae exstant opera*, V, Venetis, 1615, f. 84; su di essa cfr. B. BRUGI, *Della proprietà*², I, Torino-Napoli, 1923, pp. 25-26, nota 2, che mette in luce anche l'influenza di Cino da Pistoia sulla genesi della definizione; e vedi NICOLINI, *La proprietà, il principio e l'espropriazione per pubblica utilità*, rist., Milano, 1952, pp. 46-53 ed ivi bibliografia) è comunemente riavvicinata a quella data per la libertà da Fiorentino (*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quid ei aut iure prohibetur*), D. 1, 5, 4; cfr. B. BRUGI, *op. cit.*, pp. 28, 75; NICOLINI, *op. cit.*, pp. 52-53).

disciplinando la proprietà tra i rapporti economici, mostra di aver bene inteso i limiti di una posizione che si ostini a fondare le ragioni dell'uomo e del cittadino sull'incondizionata possibilità dell'operare economico. Orientamento, questo, che — a parte ogni consueto rilievo sul compromesso costituzionale — non dev'essere fatto derivare da un atteggiamento che spregia conquiste non transitorie del liberalismo, ma da una più moderna e meditata riflessione sui termini vecchi e nuovi dell'individualismo⁽¹⁵⁸⁾, sul presente modo di raggiungere gli equilibri economici e sociali: dal che l'affermazione della libertà dell'individuo, sia pure per vie diverse da quelle alle quali ci avevano abituato alcuni istituti del passato, risulta profondamente invertebra⁽¹⁵⁹⁾. Sarebbe assai triste se l'istanza liberale non fosse più intesa come uno dei momenti fondamentali dello spirito umano, in questa luce giudicando delle forme storiche in cui si realizza, ma, mortificata dall'identificazione con interessi particolari e traseunti, venisse considerata alla stregua di una ideologia⁽¹⁶⁰⁾.

Accenneremo più avanti ai problemi che le nuove forme di organizzazione e di direzione economica pongono al diritto privato ed ai loro riflessi sulla disciplina della proprietà: ma può fin d'ora rilevarsi la mutata rilevanza dell'istituto. L'identificazione di proprietà e libertà, infatti, nasceva pure dalla constatazione dell'importanza determinante dei legami tra potere politico e proprietà (fondiaria, in particolare): ma oggi l'attribuzione del potere politico, da un canto, prescinde in molti casi dalla proprietà, essendo divenute maggiormente importanti alcune forme di accumulazione distinte dal profitto proprietario⁽¹⁶¹⁾ ed avendo il potere trovato spesso la sua

(158) DEWEY, *Individualismo*, cit., in particolare pp. 56-65. Antistorica e assai miopia è la visione che ispira MERK, *Das Eigentum*, cit., p. 59. Alcuni chiarimenti in MEYER, *Eigentum nach den verschiedenen Weltanschauungen*, Jena, 1912. Con diretto riferimento ai temi che qui ci occupano, una decisa riaffermazione dei motivi liberisti è svolta, in vesti ammodernate, da HOFFMANN, *Die Funktionen des Privateigentums in der freien Welt*, in *Festschrift für Ludwig Erhard*, Frankfurt a. M., 1957, pp. 181-201.

(159) Si veda la discussione tra Croce e Einaudi, i cui testi sono stati ristampati a cura di P. Solari nel volume *Liberismo e liberalismo*, Milano-Napoli, 1957; su di essa i rilievi di ANTONI, *La restaurazione del diritto di natura*, Venezia, 1959, pp. 154-169.

(160) Su questa accezione del termine ideologia, cfr. ANTONI, *La restaurazione*, cit., pp. 15-29.

(161) Da ultimo, cfr. CRAVERI, *La disgregazione della proprietà*, Milano, 1958, pp. 70-73. E vedi, ASCARELLI, *Recensione agli Atti del I Convegno internazionale di diritto agrario*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1955-56, pp. 625-628; MENGONI, *Recenti mutamenti*, cit., pp. 689-697. Sul quadro generale in cui opera la pro-

sede più nel controllo che nella titolarità dei beni ⁽¹⁶²⁾; d'altro canto, sia la scissione tra proprietà e controllo, sia la scissione della proprietà in forme sempre più difficilmente riducibili allo schema classico di quella individuale, fanno sì che la libertà dell'individuo trovi la sua difesa non tanto nella garanzia dell'accesso alla proprietà e dell'indiscriminato sfruttamento dei beni, quanto piuttosto in un intervento statale capace di impedire la trasformazione dell'istituto in uno strumento del privilegio e di evitare distruzioni di ricchezza ⁽¹⁶³⁾.

La giustezza di queste notazioni non dipende unicamente dalla accettazione di determinati presupposti ideologici. Forse più d'ogni altro, il giurista è provveduto per avvertire che simili discorsi possono tutti essere fondati su dati obiettivi, su di un complesso di norme che comincia ad orientarsi secondo direttive costanti e così ricco che non può attribuirgli si carattere di eccezione; e di cui non è il caso di tentare una esemplificazione rappresentativa ed esauriente, che si tratterebbe di prendere in esame tutti i settori dell'attività giuridica in qualche modo collegati all'organizzazione economica ⁽¹⁶⁴⁾. Fenomeno, questo, ordinariamente ricondotto all'aumento delle funzioni dello Stato moderno: e l'osservazione di certo è esatta, se con essa non si vuole indicare una semplice dilatazione dei compiti tradizionali dello Stato, ma un mutamento di qualità del suo operare giuridico. Non a caso, e per mostrare quanto muti il senso delle antiche distinzioni e come le trasformazioni tocchino il cuore degli istituti, ci si comincia a riferire ad una crescente influenza del fattore politico ⁽¹⁶⁵⁾; indicandosi, in tal modo, l'ina-

pietà, i rilievi assai importanti (anche se non aggiornati) di KRUSE, *The right of property*, I, trad. it. di Federspiel, London-New York-Toronto, 1939, pp. 16-74.

⁽¹⁶²⁾ PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., pp. 224-245, 270; BERLE junior, *Power without property*, cit.

⁽¹⁶³⁾ Tali esigenze si presentano, con tutta evidenza, di derivazione liberale: non però nelle forme estremiste o paradossali, che, ad esempio, permisero al Brissot (ed a tutta una schiera dopo di lui) di trarre dall'originaria istanza giusnaturalistica le conseguenze egitarie de la *propriété c'est le vol* (cfr. G. DE RUGGIERO, *Storia*, cit., p. 29); sul problema ASCARELLI, *Il diritto comparato e la rivoluzione agraria* nel volume collettaneo *Dopo il primo Convegno internazionale di diritto agrario*, Milano, 1958, pp. 57-58.

⁽¹⁶⁴⁾ Si possono utilmente vedere DI ROBILLANT, *Direttiva economica e norma giuridica*, Torino, 1955; BACHELLET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957; SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa*, cit.; M. S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, pp. 313-328.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. FLOUR, *L'influence du droit public en France*, in *Travaux de*

deguatezza di uno schema logico che tende a risolvere i nuovi problemi con un mero spostamento dei confini tradizionalmente stabiliti tra diritto pubblico e diritto privato. Tenendo fermo il principio, riteniamo che, per maggiore esattezza, debba parlarsi di un profondo mutamento della *public philosophy* ⁽¹⁶⁶⁾, che si riflette in maniera sempre più evidente sull'attività legislativa, fino a far assistere ad un radicale mutamento della funzione stessa della legge.

Son questi, a nostro avviso, alcuni dei termini a cui far riferimento nella discussione che i giuristi son soliti intraprendere sui rapporti tra proprietà e libertà: e da nessuno di essi si posson trarre argomenti per escludere il profilo funzionale della proprietà. Ciò non vuol dire che il nostro problema sia così risolto, che, sul piano dogmatico, rimangono aperte questioni diverse ed impegnative, riconducibili nella loro sostanza alle tesi che abbiamo schematicamente riportato ⁽¹⁶⁷⁾.

In verità, di fronte al diritto soggettivo è stato spesso posto un concetto di funzione assai nebuloso e troppo semplicemente ricalcato su quello proprio dei pubblicisti ⁽¹⁶⁸⁾: era, quindi, addirittura fatale che si giungesse a costruire il momento funzionale tutto all'esterno del diritto, offrendo una visione della situazione di proprietà assai più prossima a quella del tempo in cui lo Stato liberale non era ancora intervenuto a svincolarla dalla funzione pubblica, e che oggi rischia di condurre a gravi travisamenti. Infatti, anche quando si vogliano vedere riaffioranti i segni dell'antica distinzione tra dominio eminente e dominio utile ⁽¹⁶⁹⁾, il paragone dev'essere risolto

l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, II (1946), Paris, 1947, p. 195. Numerosi spunti in RIPERT, *Le régime démocratique*, cit.; *Id.*, *Le déclin du droit*, Paris, 1949: sulla posizione del RIPERT, cfr. CAIANI, *La filosofia*, cit., pp. 7-8, nota 8. E si veda F. VASSALLI, *Estraneità del diritto civile*, cit.

⁽¹⁶⁶⁾ L'ampiezza particolare, e la ricchezza di sfumature, ci fanno preferire l'espressione anglosassone (sulla quale LIPPMANN, *La filosofia pubblica*, cit., p. 89 ss.). Per una indicazione delle conseguenze del mutamento, cfr. FRIEDMANN, *Law in a changing society*, cit., pp. 3-23; numerosi accenni, anche se non sempre felici ed accettabili, sono contenuti nei saggi (di valore assai diseguale) raccolti nel citato volume *Law and opinion in England in the 20th century*.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. retro, nota 150.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr., ad esempio, BARASSI, *Proprietà*, cit., p. 294.

⁽¹⁶⁹⁾ Questa opinione è espressa frequentemente, e non soltanto nella dottrina italiana: per una prima approssimazione alle forme ed alle occasioni di tale tesi, cfr. FINZI, *Diritto di proprietà*, cit., p. 13; BARASSI, *Proprietà*, cit., pp. 267-268; GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952, p. 225, nota 1:

in una prospettiva storiografica e non in quella sociologista del ciclo.

Se, però, cerchiamo di ampliare il panorama delle opinioni dottrinarie, si noterà che, diretto o implicito, un riconoscimento della compatibilità del momento funzionale con il diritto soggettivo è tutt'altro che infrequente. E ciò si verifica, in primo luogo, da parte di coloro i quali restringono il rifiuto della funzionalizzazione ai casi in cui essa non è sanzionata da una norma particolare⁽¹⁷⁰⁾, dando così a vedere di non ammettere l'inconciliabilità logica dei due termini. A questa posizione è possibile avvicinare quei riconoscimenti che, operati in relazione ad altre situazioni giuridiche attive, trovano nella proprietà una analogia esplicita ed immediata⁽¹⁷¹⁾: ed è significativo che a queste tesi si faccia luogo piuttosto in occasione di indagini di tipo commercialistico, in un ambito, cioè, dove meno pesantemente operano certe resistenze tradizionali. Si aggravi la frequenza con cui ci si riferisce a limitazioni istituzionali⁽¹⁷²⁾ o a una finalizzazione istituzionale⁽¹⁷³⁾, e si avranno gli elementi essenziali di questa posizione. Tutte le volte che ci si trova di fronte alla caratterizzazione istituzionale di un limite di una determinata situazione giuridica, infatti, cade la possibilità di escludere ogni trasformazione strutturale di essa.

D'altra parte, che la mera contrapposizione di funzione e diritto non sia la via metodologicamente più esatta per adeguare la riflessione sulla proprietà ai dati presenti dell'esperienza giuridica, lo

PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., pp. 151, 306; e si veda RIPERT, *Le déclin du droit*, cit., p. 196, nota 1; MORIN, *Le sens de l'évolution*, cit., p. 15.

Maggior rigore, però, richiederebbe la precisazione dei termini in cui la tesi viene manifestata: nell'attuale configurazione della proprietà, infatti, manca una evidente caratterizzazione politica e la proprietà stessa è considerata in sostanza come mero strumento della produzione economica. La posizione dello Stato, quindi, è oggi profondamente diversa da quella medievale, ove ogni intervento serviva ad uno spostamento nell'attribuzione del potere, mentre le attuali misure mirano a fini sostanzialmente economici, anche quando tendono a reprimere o ad impedire abusi (su ciò ASCARELLI, *Il diritto comparato e la rivoluzione agraria*, cit., pp. 58-61).

⁽¹⁷⁰⁾ MINERVINI, *Contro la « funzionalizzazione »*, cit., pp. 618-636.

⁽¹⁷¹⁾ NICOLÒ, *Riflessioni*, cit., p. 190.

⁽¹⁷²⁾ SANDULLI, *Giurisdizione e amministrazione in materia di edilizia urbanistica*, in *Dir. econ.*, 1958, pp. 1428-1429.

⁽¹⁷³⁾ RABAGLIETTI, *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano, 1956, pp. 41-42, 94 e passim; Id., *Il recesso dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1957, passim. E cfr., più avanti, la nota 228.

dimostra la maggiore delle indagini di cui disponiamo⁽¹⁷⁴⁾, la quale è esemplare proprio per il modo in cui aderisce ad una multiforme realtà e riflette certi stati di disagio della dottrina contemporanea⁽¹⁷⁵⁾. Ed è il suo carattere aperto a spiegare perché in essa la ammissione del profilo funzionale non sia così perentoria come la negazione presso altri; ché, anzi, l'affermazione non di rado è temperata dal rilievo « che la proprietà (se già non è tuttavia) si avvia ad essere (strumento di realizzazione di una complessa e poliedrica) funzione sociale »⁽¹⁷⁶⁾.

E questa necessità di porre l'accento sul divenire del diritto che colloca l'interprete al difficile bivio tra una elaborazione passata, di cui avverte la limitata utilizzabilità, ed una evoluzione futura dai contorni ancora incerti: da ciò nasce la tendenza ad indicare ciò che la proprietà non è o non può essere, in luogo di ciò che rappresenta realmente⁽¹⁷⁷⁾.

Arrestarsi a questa constatazione, però, non è possibile. Non solo perché gli interrogativi che abbiamo posto rimarrebbero senza alcuna risposta, ma per l'evidente lacuna costruttiva che ne risulterebbe (e che già, in più occasioni, comincia ad apparire): bisogna ricercare gli schemi che possono accompagnare la proprietà in questa incerta evoluzione, avendo cura di non irrigidirne i contorni in maniera tale da renderli ben presto strumenti inservibili.

L'ammaestramento che possiamo trarre da alcune ricerche è che una costruzione della proprietà del tutto aderente al paradigma del diritto soggettivo è possibile solo a costo dell'integrale sacrificio della funzione⁽¹⁷⁸⁾: con la conseguenza che una categoria così costruita

⁽¹⁷⁴⁾ E quella, già tante volte citata, del Pugliatti, il cui valore esemplare va particolarmente sottolineato per quanto riguarda l'analisi della nuova realtà legislativa, considerando la quale si fa palese l'inconsistenza delle vedute tradizionali: si confrontino, soprattutto, le pagine (pp. 276-277) in cui il Pugliatti, con grande probità scientifica, sottopone a critica le tesi da lui stesso esposte prima dei mutamenti legislativi indicati.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. RESCIGNO, *Associazione non riconosciuta e capacità di testimoniare*, in *Studi in onore di Francesco Messineo*, I, Milano, 1959, p. 398.

⁽¹⁷⁶⁾ PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 278. Quest'ultimo rilievo potrebbe ancora indurre a vedere la funzione soltanto all'esterno della struttura della proprietà: ma già in precedenza (ivi, p. 277) si era osservato che — così argomentando — « restava... in ombra la viva e palpitante fenomenologia » della funzione.

⁽¹⁷⁷⁾ Può essere indicativa la posizione di DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 122, il quale afferma che « è quindi in certo senso più utile dire che cosa il proprietario non debba fare o debba fare solo in un certo modo, anziché dire che cosa egli possa liberamente fare ».

⁽¹⁷⁸⁾ BARASSI, *Proprietà*, cit., pp. 265-306, 461-497; su ciò PUGLIATTI, *La proprietà*, pp. 279-281. E cfr. WALINE, *L'individualismo*, cit., p. 343.

sarebbe priva di riscontro nella disciplina giuridica positiva. La saldatura con questa normativa, altrimenti negletta, si tenta allora di coglierla ricorrendo ad alcune figure elaborate dal diritto pubblico, per mezzo delle quali sarebbe altresì possibile intendere in pieno il senso della contemporanea evoluzione giuridica della proprietà. A rendere maggiore la suggestione che tali figure riescono ad esercitare, contribuisce non poco l'antica, e sempre ricorrente, affermazione di chi vede in ogni diminuzione dei poteri del proprietario nient'altro che la sua progressiva riduzione a funzionario dello Stato⁽¹⁷⁹⁾: come in effetti era per quelle ideologie totalitarie teorizzanti una posizione dello Stato o del Volk tutt'affatto particolare nei confronti dell'individuo⁽¹⁸⁰⁾. Soltanto in quest'ultima prospettiva, o riguardando la disciplina speciale di alcuni beni⁽¹⁸¹⁾, è possibile in un ordinamento come il nostro costruire la figura del proprietario come quella di un concessionario di un pubblico servizio. Ma neppure la più estrema delle considerazioni del profilo funzionale offre a ciò qualche appiglio. Se, infatti, è vero che il concessionario esercita in nome proprio determinate attività, è altrettanto esatto che titolare del servizio o della funzione svolta è un soggetto diverso dal concessionario⁽¹⁸²⁾; ora, di una siffatta titolarità da parte degli organi

(179) Cfr., ad esempio, F. VASSALLI, *Le riforme del codice civile in relazione alla proprietà fondiaria*, in *Studi*, cit., II, p. 320; Id., *Il diritto di proprietà*, ivi, p. 420.

(180) Cfr., tra gli altri e limitatamente alle opere giuridiche, MERK, *Das Eigentum*, cit., pp. 51-53; HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, II, 2, Berlin, 1935, pp. 339-355; STONE, *Theories of law and justice in fascist Italy*, in *Modern Law Review*, 1937, pp. 177-197; PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1937; EICHLER, *Wandlungen des Eigentumsbegriffes in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung*, Weimar, 1938; WIEACKER, *Bodenrecht*, Hamburg, 1938, pp. 26-30; LAVAGNA, *La dottrina nazional-socialista del diritto e dello Stato*, Milano, 1938; BONNARD, *Le droit et l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste*, Paris, 1939; il volume collettaneo già citato su *La concezione fascista della proprietà privata*, in particolare pp. 83-98, 111-123; ESPOSITO, *Lo Stato fascista*, in *Jus*, 1940, pp. 102-126; HUBER, *Verfassungsrecht des grossdeutschen Reiches*, Hamburg, 1941, in particolare p. 372; COLLIARD, *Propriété et expropriation dans la doctrine et le droit national-socialistes (Etudes de droit allemand - Mélanges Oflag, II B)*, Paris, 1943, pp. 3-10; WALINE, *L'individualisme*, cit., pp. 57-86; H. PETER, *Wandlungen*, cit., pp. 9-10; FRIEDMANN, *Legal theory*, cit., pp. 270-278; F. VON HIPPEL, *Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre*, Tübingen, 1947; Id., *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen, 1955, passim; SCHORN, *Der Richter im dritten Reich*, Frankfurt a. M., 1959.

(181) GRISOLIA, *La tutela*, cit., pp. 223-226.

(182) SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1960, p. 251.

pubblici non è certamente il caso di parlare a proposito della generalità dei rapporti di proprietà, nulla potendosi addurre, né dal punto di vista formale e neppure da quello della sostanza, per dimostrare un sì profondo mutamento del titolo di attribuzione ai privati.

Il concessionario, ad ogni modo, agisce pur sempre in nome proprio: ciò significa che gli argomenti addotti contro l'utilizzazione di questa figura devono a maggior forza valere ad escludere la fondatezza dell'opinione di chi vede nel proprietario, al cui diritto attiene la funzione sociale, un organo dello Stato, così portando a più rigorose ed estreme conseguenze la premessa della natura pubblicistica della proprietà. La debolezza di questa tesi è evidente; né varrebbe a qualcosa opporre che, considerandosi la posizione del privato, si tratterebbe di un diritto all'esercizio di una competenza: a parte la necessità di tenere distinte la competenza e l'attribuzione di un potere⁽¹⁸³⁾ e ammesso pure che al titolare di un ufficio l'esercizio di una competenza possa essere attribuito come diritto, risulta comunque chiara la inesattezza del discorso sulla competenza, « che, concessa ad una persona, diventerebbe diritto proprio di questa e cesserebbe ipso facto di essere competenza di un organo dello Stato »⁽¹⁸⁴⁾.

In un punto, almeno, le vedute tradizionali (anche in queste loro deviazioni pubblicistiche) meritano d'essere tenute ferme: nella necessità, cioè, di considerare attentamente il momento dell'attribuzione del potere, come uno dei più illuminanti le caratteristiche di un sistema giuridico e, quindi, la struttura da questo foggata per la proprietà. L'inaccettabilità attuale di queste vedute comincia quando esse rifiutano di considerare dal punto di vista privatistico una attribuzione di potere al proprietario che non sia del tutto incondizionata (limiti inerenti alla natura stessa dell'attività giuridica a parte); non riguardandosi di essa gli aspetti caratterizzanti (particolarità del regime della proprietà nell'intero sistema), riesce assai agevole continuare a presumere immutato lo schema formale. Quando, però, non si vogliano tenere ben separati gli occhi di fronte alla realtà, questo procedimento conduce fatalmente a contrapporre una proprietà effettiva ad una giuridica⁽¹⁸⁵⁾, decretandosi al tempo stesso una insensibilità assoluta delle vicende dell'ultima nei confronti dell'altra. L'uso di tale artificio, o di altri simili (considera-

(183) SANDULLI, *Manuale*, cit., pp. 314-315; Id., *Mancanza della dichiarazione di pubblica utilità e potere di espropriazione*, in *Giust. civ.*, 1960, p. 882.

(184) ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, Padova, 1932, p. 17.

(185) H. PETER, *Wandlungen*, cit., pp. 28-32.

zione dei nuovi assetti della proprietà soltanto sul piano, assai generico, di una crescente riduzione della autonomia privata, senza alcun esame delle conseguenze strutturali; astratta riaffermazione dell'elasticità del diritto, relativamente ad ipotesi in cui la possibilità di espansione è del tutto esclusa dalla mancata attribuzione istituzionale di determinati poteri al proprietario; e via discorrendo), può certamente far ritenere che il concetto giuridico della proprietà non sia ancora mutato da quello di cent'anni fa ⁽¹⁸⁶⁾, ma rende pure la discussione su tale concetto del tutto sterile ed affatto estranea ai vari problemi che siamo andati ricordando.

Se l'insistenza polemica su questi momenti estremi fosse di qualche giovamento costruttivo, si potrebbe indugiare mostrando da qual profondo sonno dogmatico sortiscano tali pensamenti; e quale curioso abuso dello spirito di sistema presieda a questa fede nelle categorie pandettistiche, che si risolve nel continuo tentativo di imporle ad una realtà giuridica trasformata nelle esigenze e nei metodi, dando così a vedere che il valore ad esse attribuito è quello di categorie logiche e non già storiche ⁽¹⁸⁷⁾. D'altra parte, la distanza che separa tanto questi eccessi tradizionalistici quanto le figure esclusivamente pubblicistiche dalla reale situazione della proprietà, quale si è andata pro-

⁽¹⁸²⁾ H. PETER, *Wandlungen*, cit., pp. 32, 109-110.

⁽¹⁸⁷⁾ « Se l'ordinamento della proprietà è storico, il diritto di proprietà in se stesso non è una pura categoria storica. Imperciocché è la libertà personale dell'individuo che esige il riconoscimento della legge nella proprietà » (FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1916, p. 222); questo modo d'impostare il problema (per il quale cfr. *retro*) sarà complicato dall'apriorismo della nostra dottrina. Il discorso, comunque, è assai complicato, né si può pretendere d'andare oltre un semplice accenno: qualche rilievo più avanti *sub* n. 6 e alla nota 247; e cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., pp. 159-167, 170-171; PARADISI, *I nuovi orizzonti*, cit., pp. 134-146 (in particolare 141-145), 171-172. Ad ogni modo, è interessante rilevare che l'errore di metodo è analogo a quello di alcuni studiosi del diritto romano, che in passato s'ostinarono ad affermare l'utilità operativa delle categorie romanistiche, invece di perseguirne lo studio storico. Come già contro il diritto romano, è oggi contro la ferrea dottrina di discendenza pandettistica che si appuntano gli strali dei moderni metodologi: battaglia assai difficile, nella quale di frequente accade di veder rimproverato lo scarso rigore degli innovatori da parte dei difensori delle più elaborate posizioni tradizionali. E questo fu proprio quel che accadde (anche se, bisogna riconoscerlo, non proprio a torto) ai socialisti polemizzanti contro il diritto romano all'epoca della codificazione civile del 1865 (cfr. AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., pp. 59-60). Ma come la polemica contro gli eccessi dei romanisti si è risolta in quella per un più adeguato metodo di studio del diritto romano, così le polemiche avverse alla cristallizzazione di certi dogmi giuridici si ispirano al desiderio di restituire ai procedimenti sistematici la capacità di rispondere al reale articolarsi dei dati legislativi e sociali.

filando negli ultimi tempi, è sembrata superabile mediante il ricorso al concetto di ufficio, che, già diffuso nel campo del diritto privato, appariva fornito di tutti i caratteri idonei a soddisfare, sul piano dogmatico, alle nuove esigenze.

A dire il vero, non si vede come la posizione del proprietario — pur quando si dia agli obblighi integranti il momento funzionale la massima estensione — possa essere parificata a quella del titolare dell'ufficio, per il quale la strumentalità esclusiva dell'attività da svolgere è determinante per l'attribuzione del potere: quale che sia il punto di vista prescelto, fondamento della situazione d'ufficio rimane sempre un interesse alieno ⁽¹⁸⁸⁾. Nel nostro caso non si tratta di stabilire di qual natura sia questo interesse o se la sua rilevanza debba considerarsi diretta o indiretta ⁽¹⁸⁹⁾, bensì la possibilità di svincolare completamente tale interesse alieno dall'interesse soggettivo del privato proprietario ⁽¹⁹⁰⁾. Possibilità che, tecnicamente, il nostro sistema non offre, dal momento che contempla la formale coesistenza del carattere privato della proprietà e della sua funzione sociale ⁽¹⁹¹⁾. Si potrà discutere della bontà e della intrinseca coerenza

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. MESSINEO, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Padova, 1931, pp. 74-81; ID., *Manuale*, cit., I, Milano, 1957, p. 536; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., pp. 26-28; MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, pp. 177-178; CANDIAN, *Nozioni istituzionali del diritto privato*, Milano-Varese, 1953, pp. 88-95. E cfr. anche M.S. GIANNINI, *Lesioni*, cit., pp. 125-126, 176; CICU, *La filiazione*, Torino, 1954, p. 300; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1958, p. 661. Il riferimento al concetto di *officium* esige una attenta considerazione delle componenti storiche: si veda, per ciò, l'ampio inquadramento di CANCELLI, *Saggio sul concetto di "officium" in diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1957-58, pp. 351-402.

⁽¹⁸⁹⁾ MESSINEO, *Manuale*, cit., I, 2, Milano, 1950, p. 123; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1960, pp. 119-120.

⁽¹⁹⁰⁾ NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1947, pp. 114-115 (in generale, sul problema, si vedano i numerosi passi dedicatigli in questo e nell'altro volume). La rilevanza che, in alcuni casi, è possibile attribuire all'interesse di colui il quale è investito dell'ufficio, non appare determinante per l'attribuzione del potere; lo stesso deve dirsi di ipotesi come quella prevista dall'art. 30 cost., ove l'affermazione di un diritto dei genitori trova una sostanziale giustificazione di carattere politico (così GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico*, cit., I, p. 305; conforme NICOLÒ, *La filiazione legittima nel quadro dell'art. 30 della costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1960, n. 2, p. 11).

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. *retro*, nota 150. Nella coesistenza scorge un « dissidio insanabile » NEGRO, *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica*, Padova, 1957, p. 31 (questo scrittore sta dedicando una lunga indagine alla *Crisi o evoluzione del diritto di proprietà*, in *Stato sociale*, 1959, pp. 877-896, 988-1000, 1223-1236; 1960, pp. 370-382, 562-581: nel momento in cui scriviamo, tale indagine è ancora lontana dai lineamenti della proprietà così come si articolano ai giorni nostri. Senza voler anticipare un giudizio definitivo, osserveremo, però.

del sistema, sia dal punto di vista ideologico sia per quanto riguarda la sua operatività economica ⁽¹⁹²⁾, ma ciò non sarà mai una buona ragione per mettere da canto i dati legislativi quali esistono.

Così dicendo, non si vuol assumere una posizione salomonica o, peggio, tentare una di quelle conciliazioni degli opposti che tanto spesso affliggono le conclusioni di certe indagini: quando, però, si vuol tenere fede alla professione di aderenza alla realtà legislativa e sociale va tenuto ben fermo che, se le affermazioni assolutistiche appartengono al passato, non sono ancora del presente le posizioni che null'altro vedono se non il momento funzionale. Dal punto di vista tecnico, infatti, è di tutta evidenza che la distinzione tra proprietà pubblica e privata e tra beni economici secondo l'appartenenza (art. 42 della costituzione) costituisce un solido aggancio per affermare che l'attribuzione continua ad essere fatta al privato in quanto tale. Quel che è mutato è il fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinante per la considerazione legislativa il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad un organismo sociale ⁽¹⁹³⁾. L'attribuzione, in altri termini, non è più incondizionata, secondo un orientamento ormai costante per tutte le situazioni giuridiche a contenuto economico.

A questo mutamento ha dato consistenza giuridica la funzione. Essa, concretamente, si manifesta anzitutto come mancata attribuzione al proprietario di determinate facoltà; in secondo luogo,

che l'impostazione storiografica prescelta non sembra idonea a chiarire i più importanti tra i problemi che attualmente si pongono alla ricerca: per una indicazione su questi, cfr. ASTUTI, *La struttura della proprietà fondiaria*, in *Riv. dir. agr.*, 1960, I, pp. 45-69. Sullo scritto del Negro, si vedano i rilievi, assai discutibili, di DUNI, *Evoluzione della proprietà*, in *Foro it.*, 1960, IV, cc. 33-36).

E tempo, comunque, di rilevare che l'argomento in base al quale si afferma la contraddizione insita nell'espressione « funzione sociale della proprietà », è tipico di una metodologia fondata ancora su categoria di tipo aristotelico: l'impiego del principio di non contraddizione induce a dedurre « dalla necessità logica, che attiene alla coerenza nell'uso dei due termini, ... una necessità di natura ontologica »; quando, invece, non si tratta di indagare su di una presunta ed insanabile contraddizione logica, quanto piuttosto di stabilire la portata effettiva dei dati dell'esperienza giuridica (cfr. PUGLIATTI, *Diritto civile*, cit., p. 399-400; e si vedano le interessantissime considerazioni di ASCARELLI, *Problemi*, cit., I, p. 94 e *passim*). E cfr., da ultimo, CERRONI, *Sulla storicità*, cit., p. 355.

⁽¹⁹²⁾ Si vedano gli opportuni rilievi di SYLOS-LABINI, *Economie capitalistiche ed economiche pianificate*, Bari, 1960, in particolare pp. 8-9; e cfr. MORTATI, *Indirizzi costituzionali nella disciplina della proprietà fondiaria*, in *Riv. dir. agr.*, 1944-47, I, pp. 6-7.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. *retro*, n. 2.

come complesso di condizioni per l'esercizio di facoltà attribuite; infine, come obbligo di esercitare determinate facoltà, in base ad un apprezzamento libero o secondo modalità indicate. In ognuna di queste ipotesi, evidentemente, il parametro a cui riferirsi è quello dell'utilità sociale. Nel primo caso si è di fronte ad una riduzione, ormai frequentissima, del contenuto della proprietà; né vale obiettare l'irrilevanza di ogni considerazione sul contenuto quando sia in questione la considerazione formale di una qualsiasi situazione giuridica ⁽¹⁹⁴⁾. Quando, infatti, una o più facoltà non vengano attribuite al proprietario, è possibile continuare ad assegnare alla proprietà tutte le caratteristiche proprie del classico schema del diritto soggettivo solo facendo ricorso a circonlocuzioni del tutto improduttive: si è già detto del non senso di un richiamo alla elasticità, che in questo caso la possibilità giuridica della riespansione manca; d'altra parte, parlare di un dovere di astenersi dall'esercizio di una facoltà sottratta al proprietario ⁽¹⁹⁵⁾ è poco meno di un giuoco di parole, con tanto di contraddizione in termini; e lo stesso vale per tutte quelle infelici formule che cercano di ricondurre casi di esercizio assai circoscritto ad un astratto paradigma di assolutezza. Non ci si avvede che, progressivamente, l'eccezione è divenuta carattere prevalente, non irrilevante per la stessa qualificazione formale.

Nella seconda delle ipotesi considerate, l'efficacia degli atti compiuti dal proprietario è subordinata al ricorrere di determinati presupposti. Ora, riguardando dal punto di vista dell'esercizio tanto questa ipotesi che la precedente, è possibile riportare in entrambi i casi la sanzionabilità del comportamento ad un difetto di legittimazione. Allo stesso modo, l'inattività del proprietario, quando siano posti a suo carico obblighi ed oneri, determina una sopravveniente carenza di legittimazione alla titolarità o all'esercizio del diritto di proprietà; che è quanto accade anche nel caso di una proprietàecedente il limite quantitativo fissato per legge ⁽¹⁹⁶⁾.

Questi accenni alla legittimazione, in questa sede, possono ricevere sviluppi soltanto sommari ^(196-bis). È indubbio che al concetto,

⁽¹⁹⁴⁾ DABIN, *Le droit subjectif*, cit., p. 220; DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 125. E cfr. più avanti n. 6.

⁽¹⁹⁵⁾ BARASSI, *Proprietà*, cit., p. 271.

⁽¹⁹⁶⁾ PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 288.

^(196-bis) MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., pp. 93-151 (ampia bibliografia alle pp. 93-96); PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., pp. 305-306; SALV. ROMANO, *Aspetti soggettivi*, cit., pp. 1023-1028.

così come è stato da noi utilizzato, si può attribuire una portata prevalentemente descrittiva, nemmeno scevra da imprecisioni. Ma la categoria della legittimazione è così ricca di implicazioni di carattere generale da essere possibile, in effetti, una sua utilizzazione in tutta una serie di ipotesi che si risolvono nella posizione di un complesso di presupposti: il ricorso ad essa, nel nostro caso, potrà quindi comportare un ampliamento inconsueto del suo ambito di utilizzazione, ma non apparire del tutto arbitrario.

La funzione, di conseguenza, non può essere ulteriormente identificata con la fascia esterna della proprietà, riservata alla collettività: essa si presenta come espressione ellittica, unificatrice dei presupposti della qualificazione giuridica, tale da identificare il contenuto stesso della situazione di appartenenza⁽¹⁹⁷⁾.

5. — Siffatta nozione esclude quelle altre che, pur prendendo le mosse dal riconoscimento della funzione sociale, tendono a non modificare in alcun elemento la situazione del soggetto proprietario, riferendo la funzione o alla proprietà come istituto o ai soli beni che ne costituiscono l'oggetto.

« La proprietà chiamata ad assolvere la funzione sociale non è la proprietà-diritto soggettivo, ossia in quanto diritto soggettivo, è la proprietà come istituto giuridico »⁽¹⁹⁸⁾. Per giungere a questa conclusione è necessario continuare a concepire i limiti esclusivamente al di fuori della situazione di proprietà: e ciò comporta, anzitutto, la posizione di un contenuto essenziale della proprietà, come *a priori* rispetto a modificazioni o limitazioni⁽¹⁹⁹⁾; in secondo luogo il riferimento al concetto di istituto, sul quale si possono avanzare varie riserve, per le incertezze a cui dà luogo e la duplicazione che introduce.

Il difetto generale di questa impostazione è stato indicato nella insufficiente considerazione della posizione del soggetto proprietario: « bastava che fossero individuati, nel diritto positivo, vincoli

⁽¹⁹⁷⁾ MOTZO-A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., p. 165; PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 278.

⁽¹⁹⁸⁾ SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, nel volume *Libertà economica e proprietà fondiaria* (Atti del IV Convegno dell'Unione giuristi cattolici italiani), Roma, 1953, pp. 64, 86; e cfr. MAZZOTTI, *Il diritto di lavoro*, cit., pp. 198, 210-211, 224-225.

⁽¹⁹⁹⁾ SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà*, cit., pp. 64-65; BARASSI, *Proprietà*, cit., p. 461 ss.; e cfr. PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., pp. 279, 286; GROSSO, *Riflessioni sul libro della proprietà nel nuovo codice civile*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 95.

attinenti all'attività del proprietario, perché tale insufficienza risultasse immediatamente »⁽²⁰⁰⁾. È la stessa unilateralità di visione che si ritrova tutte le volte che si parla di un contenuto essenziale o normale della proprietà⁽²⁰¹⁾, ricorrendo sia ad argomenti di stampo prettamente giusnaturalista⁽²⁰²⁾, sia ad un uso antistorico delle categorie pandettistiche⁽²⁰³⁾: che vengono adoperati in luogo dell'esame del diritto positivo, il quale, lungi dall'offrire qualche appiglio per una costruzione di quel genere, si limita a disporre la « forma » prescelta come mezzo legale per attuare mutamenti nel regime di appartenenza dei beni⁽²⁰⁴⁾.

Si osserva, poi, che, quando pure esistesse una qualche garanzia costituzionale dalla quale argomentare il riconoscimento di un contenuto essenziale della proprietà, questa garanzia finirebbe col non avere alcun senso, non esistendo con caratteri autonomi ed unitari un istituto della proprietà⁽²⁰⁵⁾. Il che è riconosciuto, sia pure senza giungere a conclusioni comparabili a quelle del Pugliatti, da numerosi autori che dall'analisi del diritto positivo argomentano l'esistenza di molteplici statuti della proprietà, varianti secondo la natura del bene considerato⁽²⁰⁶⁾. V'è da chiedersi se, di fronte ad una

⁽²⁰⁰⁾ PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 279.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. *retro*, nota 199.

⁽²⁰²⁾ È opportuno ricordare, però, che nel pensiero giusnaturalista si ritrovano due tradizioni parallele e contrapposte in materia di diritto di proprietà (ma l'origine della divergenza è più profonda e va oltre gli istituti particolari): « da un lato il pensiero liberale-borghese che sfocia nelle dichiarazioni dei diritti della fine del settecento leggerà nel libro della natura la prescrizione che la proprietà individuale è un diritto naturale, *inviolabile et sacré*; dall'altro il pensiero utopista socialista, da Campanella a Winstanley, a Morelly, si appellerà al codice della natura per dimostrare che il solo regime che la natura prescrive è quello della comunione dei beni » (BOBBIO, *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 258).

⁽²⁰³⁾ È noto il rilievo che ebbe nelle discussioni dei pandettisti il problema della costruzione *a priori* o *a posteriori* del concetto di proprietà (cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tr. it. di Fadda e Bensa, rist., I, Torino, 1930, p. 191, nota 2; e vedi anche F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959, pp. 518-520). Per maggiori chiarimenti sulla posizione dei pandettisti, anche per quel che si riferisce all'appartenenza o meno dei limiti al concetto di proprietà, cfr. HEDEMANN, *Die Fortschritte*, cit., II, 1, Berlin, 1930, p. 260. E vedi *retro*, nota 189.

⁽²⁰⁴⁾ MOTZO-A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., p. 182; e cfr. MOTZO, *Ancora in tema di espropriazione e di regime della proprietà*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 65-68; FOIS, *« Riserva originaria »*, cit., pp. 476-496.

⁽²⁰⁵⁾ Sulla scorta dei risultati dell'indagine del PUGLIATTI, così argomentano MOTZO-A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., p. 180.

⁽²⁰⁶⁾ Si veda più avanti, n. 5, nonché la nota seguente.

per evitare l'errore di considerare questa distinzione come definitiva od esclusiva, mentre invece è evidente la possibilità (o addirittura la necessità⁽²³⁴⁾) di ulteriori specificazioni⁽²³⁵⁾. È chiaro, comunque, che ciò non può mai voler dire sufficienza della considerazione dei soli beni: nei sistemi giuridici occidentali ciò significherebbe presumere in via di principio immutate le norme regolatrici dell'attività del proprietario, quando invece la diversità degli statuti dei beni deve far riflettere proprio sul diversificarsi della disciplina dell'attività.

differenziazione in senso giuridico. Non a caso, la più celebre formulazione di questa esigenza venne da O. von GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, cit., p. 16: *Dass ein Stück unseres Planeten einem einzelnen Menschen in derselben Weisen eigen sein soll wie ein Regenschirm oder ein Guldenzettel, ist ein kulturfeindlicher Widerspruch* (su questo profilo del pensiero di GIERKE, cfr. E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker*³, Tübingen, 1951, pp. 698-699). L'esigenza, come si chiarirà progressivamente nel tempo, aveva una ragione assai più generale di quella che ne fondava l'origine, e si contrapponeva all'indifferenza giusnaturalistica per ogni distinzione tra i beni, considerata primitiva e antiscientifica (cfr. WIEACKER, *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, Hamburg, 1935, p. 10). Sarà proprio il Wieacker, nell'opera ora citata, a dare a questa esigenza la più rigorosa formulazione a cui sia giunta la dottrina tedesca (sulla posizione del WIEACKER, cfr. K. RUDOLPH, *Die Bindungen*, cit., pp. 8-10; una più generale valutazione è nella recensione di F. von HIPPEL, in *Arch. civ. Praxis*, 1941, pp. 207-210).

Non si pretende, in questa sede, di far la storia del problema. Comunque, è certo che la dottrina italiana ha visto nella codificazione civile del 1942 un momento particolarmente significativo, per stabilire quale rilievo sia stato dato alla distinzione in via legislativa: cfr., in particolare, BERTI, *Per la riforma del codice civile*, cit., p. 316 e ivi nota 1; F. VASSALLI, *Motivi*, cit., p. 625; DE MARTINO, *Dei beni*, cit., pp. 10-11; BARASSI, *La proprietà nel nuovo codice civile*, cit., p. 86; Id., *Proprietà*, cit., pp. 273-275; MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., p. 202, nota 26 (che non ritiene estensibile al testo costituzionale la distinzione elaborata in base all'art. 811 c.c., poiché i beni economici di cui si fa parola all'art. 42 cost. sarebbero soltanto quelli aventi una funzione economica d'interesse sociale). Non è il caso di tornare a far cenno del modo in cui le varie posizioni ideologiche possono specificarsi attorno al problema: spesso, come è accaduto a quella fascista, attribuendosi primogeniture anche per soluzioni già diffuse nell'ambito culturale europeo. Rimane il fatto che, oltre le motivazioni transitorie, l'istanza è rimasta viva nella dottrina, che riconosce un suo realizzarsi in termini legislativi, anche se in forme ancora parziali: oltre ai vari scrittori citati in questa nota, si veda SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁵, Napoli, 1959, p. 60, che localizza la distinzione in quella tra cose produttive e improduttive; conforme PRIO, *Contributo*, cit., p. 847. Sottolinea i nessi tra le moderne concezioni della proprietà e l'attitudine produttiva dei beni ROMAGNOLI, *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Milano, 1957, p. 2, nota 2.

⁽²³⁴⁾ Non è difficile pensare a dei beni non comprensibili, a rigore, in nessuna delle due categorie: basta ricordare, in via d'esempio, le cose d'arte.

⁽²³⁵⁾ Cfr. retro, nota 228.

6. — A tal fine è indispensabile affrontare problemi direttamente inerenti al contenuto della proprietà. Le obiezioni che si è soliti opporre a questo modo di procedere sono note: o si osserva che le questioni relative al contenuto non possono avere alcuna rilevanza per la definizione formale della situazione soggettiva⁽²³⁶⁾, oppure si avverte che le differenze attengono alla diversità di contenuto economico-sociale e non sono mai tali da incidere sulla struttura giuridica della proprietà⁽²³⁷⁾. A ben guardare, l'una e l'altra obiezione non sono affatto decisive: la prima, infatti, sottintende una definizione *a priori* ed implicitamente fa capo ad un contenuto essenziale della proprietà; e la seconda, ponendo in maniera del tutto unilaterale l'accento sulla capacità propria agli schemi giuridici di comprendere in sé anche situazioni modificate rispetto a quella originaria, irrigidisce a tal punto il rapporto tra struttura giuridica e realtà sociale che non si è lontani dal poter affermare la loro incomunicabilità.

Non si cede, così argomentando, ad alcuna pericolosa suggestione: dell'analisi del contenuto massimamente abbisogna ogni situazione che può essere ascritta alla categoria della realtà, che questo è l'unico modo per differenziare le varie situazioni che essa comprende⁽²³⁸⁾ e di dar ragione di ciascuna struttura secondo l'interesse regolato. Ciò è tanto più vero quanto più attentamente si considerano le formule in base alle quali i testi costituzionali hanno introdotto la funzione sociale della proprietà, in particolare quelli che più o meno direttamente si rifanno all'esperienza costituzionale di Weimar (art. 14 della costituzione della Germania occidentale; art. 42 della costituzione italiana); superata la concezione del limite esterno, la determinazione del contenuto della proprietà è divenuta l'unica determinante anche al fine di risolvere le questioni in tema di interventi legislativi sul regime di appartenenza

⁽²³⁶⁾ DABIN, *Lo droit subjectif*, cit., p. 220.

⁽²³⁷⁾ DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 125. Una decisa riaffermazione dell'irrilevanza dell'indagine sul contenuto è in GALLONI, *Proprietà e destinazione fondiaria*, in *Atti del I Convegno internazionale di diritto agrario*, cit., II, pp. 257-259. Assai estrinseca la critica di PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, p. 209, nota 1.

⁽²³⁸⁾ Cfr. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., p. 79 ss.; BARASSI, *Proprietà*, cit., p. 12; vedi anche MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1962, in particolare pp. 160-162, 183-185. Sul contenuto dei diritti reali si vedano le sempre pertinenti osservazioni di GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, pp. 156-157; e cfr. FRANCESCHELLI, *L'oggetto*, cit., p. 14.

dei beni ⁽²³⁹⁾. Son queste le ragioni non secondarie che devono indurre all'indagine del contenuto, dalla quale emergono le molteplici situazioni in cui la proprietà si differenzia ⁽²⁴⁰⁾: sarebbe, però, erroneo considerare questa indagine alla stregua di una mera ricerca atomizzata, poiché da essa non consegue soltanto il frantumarsi di una situazione in precedenza ritenuta unitaria, ma pure una presa di coscienza in termini nuovi del fenomeno dell'appartenenza dei beni. Evidentemente, ciò non significa che qualsivoglia obbligo o limitazione, imposti al proprietario, possano essere ricondotti alla funzione e, quindi, costruiti all'interno della situazione di proprietà. Nel determinare quali tra gli obblighi siano riferibili alla funzione, va sempre tenuto presente che questa è qualificata in senso sociale e che tale qualificazione non va intesa come un generico riferimento di ogni interesse rilevante per la generalità dei consociati, ma nel preciso significato che già abbiamo avuto modo di esaminare. D'altra parte, la funzione sociale non è neppure riducibile alle singole disposizioni che ne rappresentano la concreta e storica realizzazione nelle situazioni particolari. Rispetto a tali disposizioni la funzione non si pone certamente come un *a priori* che tutte le trascenda, ma è il fondamento giuridico da cui esse traggono legittimità: la rilevanza della funzione, conseguentemente, non può essere negata quando, in una determinata situazione, manchi una norma espressa che ne costituisca la realizzazione. In tal caso, anzitutto vi è la possibilità di estendere alla situazione mancante di una disciplina funzionale quella dettata per un'altra situazione, purché sussistano i presupposti dell'analogia (l'ammissibilità della interpretazione analogica sarà discussa più avanti); in secondo luogo, l'operatività immediata della funzione si manifesta proprio nel fatto che ad essa si deve la possibilità di dettare in futuro una particolare disciplina funzionale a quella situazione che attualmente ne sia priva. La funzione, allora, si presenta come un elemento caratterizzante la situazione di proprietà, indipendente-

⁽²³⁹⁾ EICHLER, *Institutionen des Sachenrechts*, I, Berlin, 1954, pp. 144-149. Il concetto è largamente utilizzato da MORZO-A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., in particolare p. 183. Un tentativo di riportare l'attenzione sui limiti è stato fatto recentemente, ma con risultati che non ci sembrano di particolare rilievo, da DARMSTAEDTER, *Der Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches*, in *Arch. civ. Praxis*, 1950-51, pp. 311-342, in particolare p. 322 ss. (in via generale, la proprietà viene configurata come *negative Gegenseitigkeit*).

⁽²⁴⁰⁾ Si confrontino, per una prima indicazione, gli scritti citati *retro*, alla nota 207.

mente dall'esistenza attuale di un dato normativo in cui si concreti: se, dunque, essa appare come l'elemento che modifica la struttura tradizionalmente riconosciuta alla proprietà, deve pur essere considerata il momento attorno al quale può essere costruito in forme unitarie il fenomeno dell'appartenenza, dal momento che non ci troviamo più di fronte ad una indeterminata pluralità di obblighi particolari, ma ad un elemento tipico. La situazione di appartenenza, dal canto suo, non corrisponderà in tutto a quello che era la proprietà, poiché la determinante presenza dell'elemento funzionale esclude tutti quei beni rispetto ai quali esso si palesa incompatibile. È appena il caso di sottolineare, infine, il particolare rilievo che, in questa prospettiva, assume l'attività del giudice, chiamato a determinare quale sia in concreto l'ambito di applicabilità della funzione ^(240-bis).

Si offre, così, la possibilità di nuovi criteri sistematici, dalla cui utilizzazione può discendere un nuovo modo di considerare anche altri tra i diritti reali (usufrutto ed enfiteusi, come è ben noto). In questa direzione — la cui fecondità era già implicitamente ammessa da chi, a proposito dei diritti reali, trovava preferibile parlare di « gradazioni dell'appartenenza » ⁽²⁴¹⁾ — ci sembra debbano svolgersi le ricerche; ed è evidente che il loro orizzonte non può ritenersi concluso dagli schemi reali tradizionalmente accettati, ma deve ampliarsi per considerare la possibilità di comprendere fenomeni come l'impresa o i beni immateriali, o situazioni di confine che vedono sempre più respinto sullo sfondo il momento obbligatorio, per apparire con tutti i tratti peculiari della realtà (si pensi all'assetto convenzionale della proprietà urbana).

La profezia di chi riteneva che il processo di trasformazione della proprietà avrebbe realizzato, « da un lato, erosione del diritto di proprietà, per quanto riguarda il contenuto, cioè riduzione dei poteri riconosciuti al proprietario; dall'altro, erosione della sfera riservata alla proprietà individuale, e cioè riduzione degli oggetti sui quali ammettessi il diritto di proprietà nei privati » ⁽²⁴²⁾, si è solo parzialmente realizzata. Se, infatti, può constatarsi la erosione del profilo soggettivo, altrettanto non può dirsi di quello

^(240-bis) Anche per questo profilo si confrontino più avanti (n. 7) i rilievi sull'analogia.

⁽²⁴¹⁾ BARBERO, *Sistema*, cit., I, pp. 705-706.

⁽²⁴²⁾ F. VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, cit., pp. 417-418.

teri dispositivi di alienazione e acquisto, nonché costitutivi di rapporti reali e obbligatori. Più semplicemente e obiettivamente la formula di Erwin Seidl, proprietà è situazione reale di disponibilità nell'ambito dell'autonomia privata o pubblica » (258).

La duplicazione introdotta, che la stessa teoria posta a fondamento della ricerca postula, soddisferebbe a quelle esigenze che oggi fondano più comprensive analisi delle situazioni o graduazioni dell'appartenenza, se da essa non risultasse un sostanziale trasferimento di problemi dalla sfera dei poteri a quella dei diritti; e se, d'altra parte, l'utilità dell'indagine sui diritti non venisse quasi del tutto frustrata dal carattere esclusivo assunto dalla sfera dei poteri per la qualificazione giuridica della proprietà. La sfera dei poteri, infatti, ne individua l'aspetto soggettivo sul piano dell'autonomia, che in sé comprende, in principio, tutti i poteri del sistema: ora, in questa formulazione, si vanificano le esigenze di chiarezza e di distinzione tante volte invocate. La sfera dei poteri, se pure individua un momento fondamentale dell'attribuzione, rischia di tramutarsi in un limbo, o in una notte hegeliana, ove scolorano non soltanto le differenze effettuali, ma le stesse particolarità della struttura giuridica; poiché le indagini sulla sfera dei diritti presenteranno sempre un che di estrinseco, non potendo da esse sortire alcuna modifica del concetto. Dall'estremamente generale all'estremamente particolare, sembra essere la caratteristica della ricerca in questione: più d'una volta accade d'avvertire lo iato tra i due momenti. Ciò è chiaro, ad esempio, nel modo in cui viene esaminata la caratteristica funzionale, la quale, da un canto, deve considerarsi sottintesa, inerendo naturalmente al profilo dell'autonomia (259); d'altro canto, però, investe pure il momento del diritto, quando, trattandosi in particolare di beni produttivi, viene in essere una necessaria subordinazione alle esigenze d'ordinamento (260). Concepita o come implicazione generale, che non abbisogna di alcun espresso richiamo, o come motivazione del tutto particolare, la funzione perde ogni autonoma ragion d'essere ed appare inafferrabile proprio sul piano operativo; anche se la sua prevalente costruzione in rapporto alla sfera dei poteri consente di evitare l'asserita incompatibilità tra funzione e diritto.

In definitiva, la tesi del Romano appare come una assai interes-

(258) SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 344.

(259) SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 345.

(260) SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 351.

sante e nuova giustificazione dell'assetto tradizionale della proprietà e dei suoi rapporti con gli altri diritti reali: ma non sembra azzardato ritenere che l'esito limitativo oggi assegnatole dal suo autore non sia l'unico compatibile con le premesse che la fondano. Dalla individuazione dei due piani sui quali si realizzano le strutture della proprietà possono ricevere chiarimento i dati problematici che siamo venuti indicando, e che si riassumono nella non contraddittoria aspirazione a più rigorose distinzioni ed a nuove forme unitarie.

7. — Questa conclusione ci sembra, in certa misura, giustificata anche dalla definizione della proprietà proposta dal Romano. La quale obbedisce ad un antico canone, per cui « una definizione della proprietà non può che essere, per il suo contenuto, generica, sì da delineare lo schema massimamente ampio nel quale ogni specificazione dell'istituto dovrà essere contenuta » (261).

Non vogliamo qui riproporre, nella sua interezza, la questione assai complessa del valore e della legittimità delle definizioni legali (262), anche se alcuni recenti contributi stimolano a nuove me-

(261) PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 126. Oggi, però, si avverte che alla vaghezza della formula fatalmente corrisponde la vaghezza del concetto; cfr. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., p. 203. Sostanzialmente impregiudicata dalle disposizioni del codice civile appare la configurazione del diritto di proprietà, avente per oggetto la terra, a NICOLÒ-G. SCADUTO, *Aspetti privatistici della riforma agraria*, in *Atti del III Congresso nazionale di diritto agrario*, cit., p. 729.

(262) La maggior parte della nostra dottrina, sia pure con accenti diversi e diverso rigore nelle conseguenze, nega al legislatore la competenza a dettare delle definizioni: cfr. R. DE RUGGIERO, *La cosiddetta servitù di elettrodotto e l'azione di manutenzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 750; BRUGI, *Della proprietà*, cit., p. 69; GRASSETTI, *Le definizioni legali e la riforma dei codici*, in *Studi in onore di Giovanni Pacchioni*, Milano, 1939, pp. 299-314; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 246; ASCARELLI, *Considerazioni*, cit., pp. 248-249; PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., pp. 28, 123-125; ID., *La giurisprudenza*, cit., p. 59; TILOCCA, *La remissione del debito*, Napoli, 1955, p. 1; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1956, p. 14; ID., *Dottrine*, cit., p. 127. Alla posizione dell'Ascarelli, che appare il più rigoroso nelle conclusioni, sono state mosse vivaci critiche da GRECO, *L'interpretazione della legge e la personalità giuridica delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, pp. 9-19, in particolare p. 12.

L'impostazione dottrinale prevalente è criticata da SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in *Jus*, 1959, pp. 496-506, che osserva: « L'idea che il definire in generale, o il definire i concetti universali, non sia di competenza del legislatore è connessa, in coloro che l'accolgono, alla concezione della definizione come definizione reale. La sfera d'azione della legge, si dice, è quella della volontà, non quella dell'intelletto; la definizione reale, che manifesta

ditazioni⁽²⁶³⁾. La polemica contro le definizioni legali ha ricevuto rinnovato alimento dalla codificazione civile del 1942, caratterizzata da un abuso di definizioni che contribuisce a dare al codice un marcato aspetto manualistico⁽²⁶⁴⁾, e si è mantenuta particolarmente vivace per la definizione della proprietà, non tanto in ragione delle difficoltà nascenti dall'ampiezza del suo contenuto⁽²⁶⁵⁾, bensì perché essa appariva surrettiziamente inserita nel contesto legislativo. In altri termini, provenga dal legislatore o dall'interprete, quasi sempre la definizione della proprietà non si presenta né come una abbreviazione convenzionale, né come la formula riassuntiva di una normativa, ma come un *a priori* o un dato arbitrariamente sovrapposto alla disciplina positiva, espressione dell'ideologia del suo autore^(265-bis) piuttosto che descrizione dell'essenza di un concetto quale risulta dalla normativa⁽²⁶⁶⁾ o prescrizione dell'uso del termine definito⁽²⁶⁷⁾. In effetti, se percorriamo la storia della definizione, dalla glossa fino a quelle più recenti⁽²⁶⁸⁾, avremo modo di notare che il termine pro-

l'essenza delle cose, appartiene invece alla sfera dell'intelletto. Qui il legislatore non può comandare; la sfera dell'intelletto è riservata alla scienza; e se il legislatore uscirà fuori dalla sua sfera e si metterà a definire, invece di far la parte sua farà opera di scienziato e noi non saremo tenuti a subire le sue definizioni perché poste da lui, ma le accetteremo se le giudicheremo vere, se ci sembreranno false potremo e dovremo respingerle» (p. 503). Queste conclusioni son confutate, in particolare facendo ricorso al concetto di « definizione stipulativa », intesa come « mezzo per rendere il linguaggio più adatto agli scopi per cui lo si adopera; di questo mezzo può valersi il legislatore onde rendere il proprio linguaggio più adatto alla formulazione delle norme che intende stabilire » (p. 503).

⁽²⁶³⁾ Alludiamo, in particolare, agli scritti di SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955; *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (Memorie dell'Accademia delle Scienze, serie 3a), Torino, 1959; *La definizione*, cit. Per ulteriori chiarimenti su questo indirizzo, cfr. almeno R. ROBINSON, *Definition*, Oxford, 1954; HART, *Definition and theory in jurisprudence*, Oxford, 1959.

⁽²⁶⁴⁾ NICOLÒ, *Riflessioni*, cit., p. 178; ASCARELLI, *Problemi*, cit., II, p. 804.

⁽²⁶⁵⁾ PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 126.

^(265-bis) La forte carica ideologica della definizione — per cui, nel caso della proprietà, essa tende ad imporre una determinata visione del fatto sociale, presentando ben poco di giuridico — è sottolineata da RUSSO, *Realité juridique et réalité sociale*, Paris, 1942, p. 85.

⁽²⁶⁶⁾ È la c.d. *definizione reale*, la più accetta dai giuristi: cfr. GRASSETTI, *Le definizioni*, cit., p. 206. Ma si vedano le critiche di SCARPELLI, *Il problema*, cit., in particolare pp. 62-64; Id., *La definizione*, cit., p. 502.

⁽²⁶⁷⁾ SCARPELLI, *La definizione*, cit., p. 502.

⁽²⁶⁸⁾ Per la storia della definizione, cfr. PICCINELLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione « dominium est ius utendi et abutendi »*, Firenze, 1889; BRUGI, *Della proprietà*, cit., pp. 8-68; NICOLINI, *La proprietà*, cit.

prietà è stato quasi sempre impiegato per indicare strutture giuridiche che non corrispondevano affatto, o corrispondevano soltanto parzialmente, alla definizione che di quel termine veniva data nel medesimo contesto: e ciò per ragioni varie, di carattere politico talvolta⁽²⁶⁹⁾, derivanti dallo scarto tra sistematica e realtà in altri casi⁽²⁷⁰⁾. Di fronte a queste situazioni, di grande utilità può certamente rivelarsi quell'opera di chiarimento e di fissazione di sicure regole per l'uso di un termine, in cui gli analisti fanno consistere il compito della giurisprudenza⁽²⁷¹⁾.

Da un chiarimento del genere risulterebbe, però, la possibilità di applicare soltanto ad oggetti di valore economico-sociale relativamente modesto lo schema definitorio tradizionale, che — venga posto l'accento sul contenuto della proprietà o sui poteri del proprietario — può esser così riassunto: la proprietà (o il potere del proprietario) consiste nella possibilità di far dell'oggetto tutto ciò che non è vietato dalla legge. I tratti fondamentali di questa definizione son rimasti immutati, pur attraverso le infinite variazioni che ne sono state proposte: il paradigma bartoliano⁽²⁷²⁾ è ancora operante, a testimoniare la grandezza d'intuito e la felicità espressiva di quel giurista⁽²⁷³⁾. Ancora una volta, però, quel che rimaneva invariato era il *nomen*, mentre la sostanza era profondamente modificata. Basta riflettere un momento su una qualunque di quelle definizioni. Si prenda quella, ancora vigente, del *code civil* (art. 544): « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus*

pp. 43-53; NEPPI, *Il valore intrinseco del diritto di proprietà*, Padova, 1934, pp. 12-16; M. S. GIANNINI, *Attualità dogmatica*, cit., pp. 478-491; BARASSI, *Proprietà*, cit., pp. 1-13; TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano - La proprietà*, Milano, 1948, pp. 14-15. Si veda anche GLUECK, *Commentario alle Pandette*, trad. dal tedesco e commento di Ascoli, Bonfante, Segrè, VI, Milano, 1888, pp. 29-33.

⁽²⁶⁹⁾ Si pensi alla definizione data dai giuristi medievali, che, come osserva il BRUGI (*Della proprietà*, cit., pp. 36-37), non corrispondeva affatto ai dati della realtà, ma nella quale era incontestabile il valore politico dell'affermazione; lo stesso valore che, naturalmente per altri versi, si può ritrovare nella definizione del *code civil*. Su questo profilo dell'esperienza giuridica medievale, cfr. anche GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, pp. 47-48.

⁽²⁷⁰⁾ È particolarmente significativa la progressiva chiusura di orizzonti che presiede alla elaborazione pandettistica della definizione: cfr. HEDEMANN, *Die Fortschritte*, cit., II, 1, Berlin, 1930, pp. 260, 317-318; MOSSA, *Trasformazione dogmatica*, cit., pp. 254-255; H. PETER, *Wandlungen*, cit., pp. 10-15.

⁽²⁷¹⁾ BOBBIO, *Scienza del diritto*, cit., pp. 355-359.

⁽²⁷²⁾ Cfr. *retro*, nota 157.

⁽²⁷³⁾ Cfr. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, Milano, 1954, pp. 573-577.

absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements ». Il riferimento più significativo è, senza dubbio alcuno, quello all'uso proibito dalla legge: riferimento che, in un ambiente culturale che negava all'intervento legislativo ogni valore attivo e vedeva nella legge soltanto l'imparziale custode di alcune generali regole del giuoco, assumeva un significato profondo di garanzia del diritto del cittadino. Attribuendosi, come oggi accade, alla legge un valore assai diverso — essendo divenuta strumento attivo del processo economico-sociale ⁽²⁷⁴⁾ — il riferimento ad essa ha perduto ogni significato garantistico, per divenire semplice fissazione delle modalità d'intervento sulle proprietà esistenti. Ciò è tanto più chiaro quando si pone mente alla crescente importanza della legislazione speciale ed alle ragioni che ne giustificano l'ampiezza ⁽²⁷⁵⁾: legislazione che non può essere « pudicamente considerata come un accidente... permanentemente transitorio », di fronte ad una disciplina civilistica « che assume allora il carattere di un testo venerato » ⁽²⁷⁶⁾.

La considerazione di questi dati positivi conferma l'uso non univoco del termine « proprietà » ⁽²⁷⁷⁾: dal che risulta l'impossibilità di una definizione rigorosa, se non se ne restringa l'uso ad una soltanto delle situazioni che esso attualmente continua ad indicare. A meno che non si preferisca rimanere nell'equivoco, continuando ad inseguire il carattere astratto, e non quello concreto, della proprietà ⁽²⁷⁸⁾.

Insistendosi con pari tenacia sulla necessità di riconoscere più situazioni al posto di un'unitaria figura di proprietà e di aver per fermo il concetto di funzione sociale, potrebbe aprirsi la via ad una obiezione che rilevasse la contraddittorietà di un pensiero così articolato. In altri termini, si potrebbe dire che, anche quando si fosse riusciti a determinare con sicurezza in che cosa consiste la funzione sociale, questa sarebbe inapplicabile, per l'indeterminatezza o il valore polisenso della proprietà, che è il termine con il quale va messa in rapporto.

⁽²⁷⁴⁾ ASCARELLI, *Problemi*, cit., I, p. 47.

⁽²⁷⁵⁾ PUGLIATTI, *Gli istituti*, cit., p. 40; DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 122; GROSSO, *Distinti complessi*, cit., p. 811; ASCARELLI, *Problemi*, cit., I, *passim*. E cfr. anche *retro*, nota 31.

⁽²⁷⁶⁾ ASCARELLI, *Proprietà e controllo*, cit., p. 756.

⁽²⁷⁷⁾ Cfr. *retro*, n. 1.

⁽²⁷⁸⁾ Riteniamo che la formula di BARASSI, *Proprietà*, cit., p. 303, alimenti l'equivoco, senza che la sua invocazione alla ricerca del momento astratto sia di qualche giovamento costruttivo. Cfr. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Riv. dir. agr.*, 1952, I, p. 271.

Per l'interprete, questo non è un problema di difficile soluzione. Siamo, infatti, di fronte ad un tipico caso di formulazione legislativa scientificamente non corretta, che il giurista ha il compito di chiarire ⁽²⁷⁹⁾, non il destino di subire: gli errori del legislatore non devono essere ripetuti dall'interprete, né essere per questi il pretesto di nuovi. Ma il chiarimento non avrà il solo scopo di identificare quale situazione possa a rigore definirsi proprietà, per concludere che a questa soltanto deve applicarsi la funzione sociale: sarebbe, questa, una conclusione che potrebbe manifestarsi in flagrante contrasto con la *ratio* della normativa, assolutamente non rispettosa dell'interesse tutelato. Proprio quella *ratio*, invece, deve essere ricostruita, quell'interesse individuato, per stabilire a quali situazioni il legislatore intendesse riferirsi usando una terminologia errata: ed a tutte ritenere applicabile la funzione sociale.

Quest'ultima proposizione, però, è sostenibile solo quando si dimostri che la funzione sociale rappresenta, nel nostro ordinamento e relativamente alla proprietà, un principio operante in via generale, e non già un complesso di obblighi speciali sanciti da particolari disposizioni di legge. Come complesso di obblighi speciali la funzione è stata spesso intesa in passato ⁽²⁸⁰⁾ e continua ad esserlo da quanti ammettono il momento funzionale solo in presenza di una espressa prescrizione, contenuta in una norma speciale ⁽²⁸¹⁾. Questo atteggiamento poteva, forse, dirsi giustificato prima dell'entrata in vigore della costituzione repubblicana, che nel nostro sistema mancavano i riferimenti positivi su cui fondare una costruzione generale. A chi aveva creduto di potersi richiamare alle dichiarazioni VII e IX della carta del lavoro ⁽²⁸²⁾, si era infatti obiettato che « il fondamento non è solido, poiché le predette dichiarazioni non parlano della proprietà privata, sibbene della iniziativa economica nel campo della produzione » ⁽²⁸³⁾. Oggi, di fronte alla chiara lettera del secondo comma dell'art. 42 cost., nessun dubbio ha ragione d'essere; e s'è visto come si preferisca ricorrere all'argomento dell'indeterminatezza della fun-

⁽²⁷⁹⁾ BOBBIO, *Scienza del diritto*, cit., p. 358.

⁽²⁸⁰⁾ PERTICONE, *La proprietà*, cit., pp. 129-130; e cfr. PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 148.

⁽²⁸¹⁾ Cfr. *retro*, n. 4, nota 170.

⁽²⁸²⁾ BARASSI, *La proprietà nel nuovo codice civile*, cit., p. 94. La VII dichiarazione della carta del lavoro è stata stranamente sopravvalutata da F. VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 416.

⁽²⁸³⁾ PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 143; CESARINI SFORZA, *Proprietà e impresa*, cit., p. 364; Id., *Codice civile*, cit., p. 104.

zione sociale, in verità sorprendente sulla penna di chi s'accontenta d'una vaga definizione della proprietà, adducendo a scusante l'estensione del tutto inconsueta del contenuto di quest'ultima. Né, posta la questione nei termini da noi precisati, è possibile far ricorso alla famigerata distinzione tra norme precettive e norme programmatiche; e neppure ci sembra rispettabile difesa l'introduzione d'una distinzione tra principi generali in materia costituzionale e principi generali del diritto *tout court* o del diritto privato. Dietro l'apparente rigore di queste distinzioni si cela la violazione d'uno dei fondamentali doveri dell'interprete, che è quello di ricostruire la totalità dell'ordinamento considerato ⁽²⁸⁴⁾; e l'attentato più largo alle stesse ragioni del privato, esposto ad una indiscriminata serie di interventi particolari, non giustificati e disciplinati da alcun principio generale.

Tutto ciò non significa soltanto che la funzione sociale, in quanto principio generale, possa operare anche in quelle situazioni di proprietà per le quali manchi una espressa disposizione che la richiami. Quando, parlandosi dell'operatività immediata della funzione, si dice che « essa... costituisce il cemento, l'idea unificatrice, il principio sistematico organizzatore che come tale supera l'episodio, scioglie i limiti della disposizione eccezionale, pone i nessi tra le disposizioni particolari e colma lacune, rispetto a tutte le norme nelle quali si può vedere una concreta e specifica attuazione di esigenze di carattere sociale a mezzo del diritto di proprietà » ⁽²⁸⁵⁾ — non si fa certamente della apologetica. Logica conseguenza di questa impostazione è il riconoscimento della estensibilità in via analogica di tutte quelle norme di carattere eccezionale il cui contenuto rappresenta una realizzazione del principio della funzione sociale, dal momento che proprio il sopravvenire di un principio di carattere generale ha fatto cadere il divieto dell'analogia ⁽²⁸⁶⁾. Inerendo alla struttura della proprietà, la funzione sociale vede diminuito il margine d'indeterminatezza, che abbiamo visto proprio della sua natura di principio elastico ⁽²⁸⁷⁾, ed acquista più precisi contorni da una ricostruzione che può con piena legittimità tener conto di tutti gli elementi presenti nel sistema, per determinarne l'operatività anche nelle situazioni più particolari.

⁽²⁸⁴⁾ BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Milano, 1948, pp. 46-50.

⁽²⁸⁵⁾ PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 278.

⁽²⁸⁶⁾ RUBINO, *Odierna tendenza sui limiti del diritto di proprietà*, in *Annali Macerata*, 1948, pp. 83-84.

⁽²⁸⁷⁾ Cfr. *retro*, n. 2, in fine.

8. — Queste ultime riflessioni sulla funzione sociale, che ha costituito un po' il pretesto ed un po' il filo conduttore di queste nostre note, possono quasi sembrarne l'apoteosi, visto che ad essa si assegna una operatività tanto ampia. Impressione, forse, non ingiustificata, di fronte alla consuetudine delle interpretazioni limitatrici, per non dire ferocemente avverse: ma che non rispecchia le nostre intenzioni. Ché, anzi, tanto eravamo lontani dall'assegnare alla funzione sociale un ruolo profondamente innovatore delle strutture giuridiche e della realtà effettuale, che non abbiamo mancato di sottolineare ⁽²⁸⁸⁾ come essa non costituisca la risposta offerta da un nuovo modo d'organizzarsi della società ai bisogni presenti, ma la moderna maniera in cui l'attuale sistema sociale cerca di dare più ampio respiro al suo più tradizionale istituto. Per questo, certi asseriti contrasti con le ragioni della libertà e dell'individuo ci son sembrati insussistenti. E com'era lontano ogni intento apologetico, così sfuggiva al nostro svolgimento ogni moralistica condanna, nel tentativo di ricostruire lineamenti giuridici e di riferirli ad un ambiente storico.

Fuori da questa preoccupazione, numerosi autori han visto nella funzione sociale nient'altro che una formula difensiva del tradizionale assetto proprietario ⁽²⁸⁹⁾, una « menzogna convenzionale » ⁽²⁹⁰⁾. Lo aspetto puramente verbale della riforma prospettata da Duguit o da Hedemann è stato l'oggetto degli attacchi diretti da parte marxista, criticandosi il tentativo di occultare il carattere classista della proprietà privata dietro escogitazione come « le trasformazioni del diritto civile » o etichette come la funzione sociale ⁽²⁹¹⁾.

⁽²⁸⁸⁾ Cfr. *retro*, in particolare n. 4, in principio.

⁽²⁸⁹⁾ Cfr. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia*, cit., pp. 215-223; F. VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 421; PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., p. 48; e vedi anche MOSSA, *Trasformazione dogmatica*, cit., pp. 257-258; DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 119; BARASSI, *Proprietà*, cit., p. 281.

⁽²⁹⁰⁾ Che la funzione sociale non sia altro che una *konventionelle Lüge* è l'opinione di RADERBUCH, *Kulturlehre des Sozialismus*², Berlin, 1927, p. 52; l'*hypocrisie latente* nella teoria della funzione sociale è condannata da RIPERT, *Le déclin du droit*, cit., p. 197.

⁽²⁹¹⁾ Il giudizio sulla teoria della funzione sociale si trova chiaramente espresso nell'opera di Pashukanis: di questo scrittore cfr. *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, trad. ted., Berlin-Wien, 1929, p. 6 (la funzione sociale servirebbe *den Klassencharakter des Privateigentums zu verschleiern*); Id., *The Soviet State and the Revolution in law*, trad. ingl. di Babb, nel volume contenente scritti di vari autori *Soviet Legal Philosophy*, a cura di Hazard, Cambridge, (Mass.), 1951, p. 256 (si criticano le *verbal 'reforms' of the civil law in the spirit of Duguit and Hedemann*). Per alcuni aspetti della influenza di Duguit sui giuristi sovietici, cfr. *retro*, nota 149; nel testo ufficiale di diritto civile, pubblicato in Russia nel 1938, la teoria della funzione sociale

La storia, invero, sembra dar ragione a questi ultimi: ch , se riflettiamo sull'esperienza legislativa e giurisprudenziale degli ultimi quaranta anni, dobbiamo riconoscere che la funzione sociale della propriet     stata formula pi  operante nelle discussioni degli studiosi, che nelle coscienze dei giudici e dei politici. In essa si alimentarono, ingenui e generose, le illusioni di profondi rinnovamenti sociali, che essa non poteva offrire, destinata com'era a rappresentare non gi  una rottura del sistema, ma un mutamento di prospettive nel corpo di esso: tornare a parlarne,   quasi far la storia di un'utopia. Con essa si esercitarono i retori ed i confusionari⁽²⁹²⁾. E, senza le giustificazioni pi  o meno nobili di quegli altri, ad essa i pi  accorti tra quanti perseguirono un disegno conservatore affidarono il compito di rassicurare sulle intenzioni e di non rappresentare un ostacolo alla contrastante pratica che, nelle cose quotidiane, veniva perseguita. Ma non si sarebbe buoni storicisti se alla storia si guardasse soltanto come ad una serie di errori, falsit , violenze, e non come ad un progrediente valore: alle nostre volont    affidata la possibilit  che la vicenda della funzione sociale della propriet  risulti diversa nell'esperienza giuridica che andiamo vivendo. Ed   questo che ci ha indotti a dar qualche cenno di una possibile prospettiva interpretativa.

Questo che abbiamo indicato non  , per , il solo limite della funzione sociale; e neppure il maggiore. Esistono fenomeni che invano si cercherebbe di regolare ricorrendo ad essa. Sono, ad esempio, la maggioranza dei casi in cui ricorre una separazione tra la propriet 

di Duguit fu condannata come pro-fascista (cfr. Gsovski, *Soviet civil law*, cit., pp. 321-322).

Sostanzialmente concorde in questo giudizio Mossa, *Per il diritto dell'Italia*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, p. 5, che vede nel libro della propriet  del codice civile del 1942 culminare « la tradizione romanistica, feudale e capitalistica »; grazie a tale libro, « ormai la classe signorile italiana poteva concedersi il lusso di esperimenti legislativi di puro tipo verbale ». Sul problema, in generale, H. PETER, *Wandlungen*, cit., pp. 17-18 (in particolare p. 18, nota 69); GUAYTCH, *La d chlarazione*, cit., pp. 184-186.

⁽²⁹²⁾ Della confusione e della retorica di quegli anni   buona espressione la carta del Carnaro, che data appunto del 1920, la quale si occupa della propriet  all'art. IX: « Lo Stato non riconosce la propriet  come il dominio assoluto della personalit  sopra la cosa, ma la considera la pi  utile delle funzioni sociali ».

Nessuna propriet  pu  essere riservata alla persona quasi fosse una sua parte: n  pu  essere lecito che tale proprietario infingardo la lasci inerte o ne disponga malamente, a esclusione di ogni altro;

Unico titolo legittimo di dominio su qualsiasi mezzo di produzione e di scambio   il lavoro;

Solo il lavoro   padrone della sostanza resa massimamente fruttuosa e massimamente profittevole all'economia generale ».

formale e la propriet  sostanziale^(292-bis), nei quali l'attenzione della normativa deve essere indirizzata sui *Konnewinstitute*⁽²⁹³⁾ piuttosto che sulla propriet ; sono, in particolare, i casi di scissione tra propriet  e controllo, caratteristici del mondo della produzione, ove il concentrare la disciplina esclusivamente sul momento della propriet  significherebbe sancire, nel fatto, l'irresponsabilit  assoluta di chi effettivamente opera. Proprio il moderno modo di organizzarsi del mondo della produzione offre gli esempi pi  cospicui dell'impossibilit  di giungere ad un efficiente controllo della propriet , che costituisce uno dei problemi pi  alti della societ  democratica, a mezzo della funzione sociale. Si pensi all'importanza assunta da uno strumento come la societ  per azioni⁽²⁹⁴⁾, ai poteri da questa raggiunti in ragione dell'ampiezza, alle forme di collegamento con cui opera⁽²⁹⁵⁾, e si vedr  che risposta ai problemi che la sua esistenza pone pu  esser costituita dalla disciplina antimonopolistica, dalle leggi sulla tenuta e sulla pubblicit  dei bilanci e sulla responsabilit  degli amministratori: pi  ancora, ad evitare l'abuso non   pi  sufficiente la proibizione di un particolare modo dell'esercizio dei poteri, che sembrare a fondamento dell'abuso, ma   necessaria una modificazione istituzionale⁽²⁹⁶⁾. E vogliamo tacere di soluzioni pi  comprensive, come la nazionalizzazione; e della pianificazione, di cui la vita economica sente il bisogno sempre maggiore e per cui dal diritto si attendono i nuovi strumenti.

Affisando il pieno rigoglio di questo mondo nuovo, in cui si scorgono i segni di meravigliosi svolgimenti pur nelle strutture giuridiche, vien fatto di pensare che questi soltanto siano i temi con cui cimentarsi: ma, forse, il filo che conduce ad essi corre lungo antiche discussioni e vecchie incomprensioni della dottrina. Tentare di ripercorrerne qualche tratto, allora, pu  essere almeno un utile esercizio.

^(292-bis) PUGLIATTI, *La propriet *, cit., pp. 224-245, 270. E cfr. retro, nota 44.

⁽²⁹³⁾ RENNER, *The institutions*, cit., p. 105 ss.

⁽²⁹⁴⁾ Cfr. POSCH, *Kapitalassoziationen*, Berlin, 1955; HORAWITZ, *Historical development of company law*, in *Law Quart. Rev.*, 1946, p. 386 ss.; BRISCHI, *Cenni storici*, cit., pp. 117-185, in particolare 161-185; ASCARELLI, *Disciplina delle societ  per azioni e legge antimonopolistica*, in questa rivista, 1955, pp. 273-317.

⁽²⁹⁵⁾ Si veda, da ultimo, l'esame dedicato a un fenomeno assai importante (la societ  *holding*) da LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, in particolare pp. 1-37.

⁽²⁹⁶⁾ CHAYES, *The modern corporation and the rule of law*, nel volume collettaneo *The corporation in modern society*, a cura di Mason, Cambridge (Mass.), 1960, p. 38.