

Op. n. 4863

ENRICO DE LEONE

Op. n. 4863

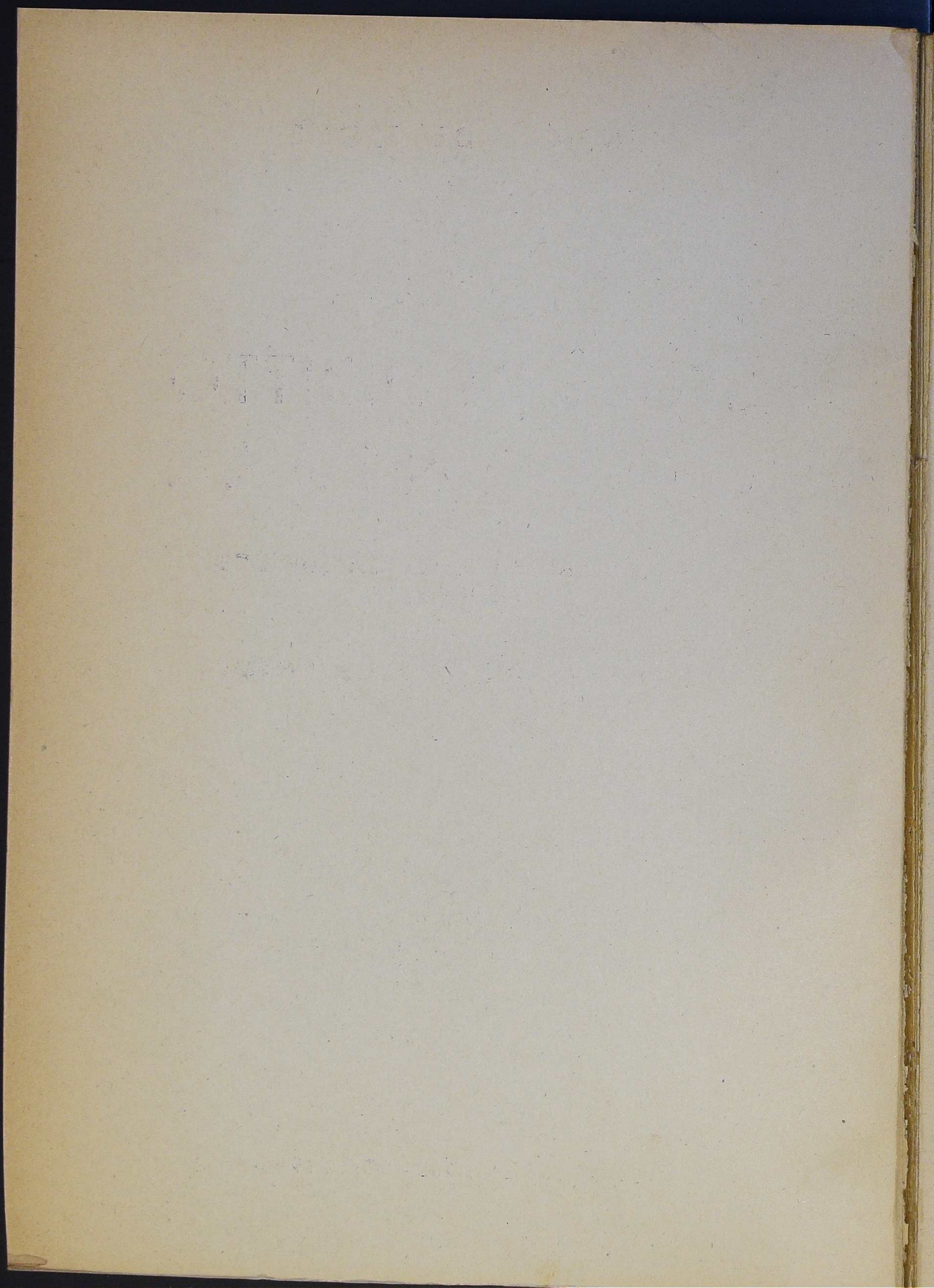
STUDI DI DIRITTO COLONIALE

I. - IL CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO
COLONIALE

II. - IL CONTRATTO DI "MUGHARASAH"

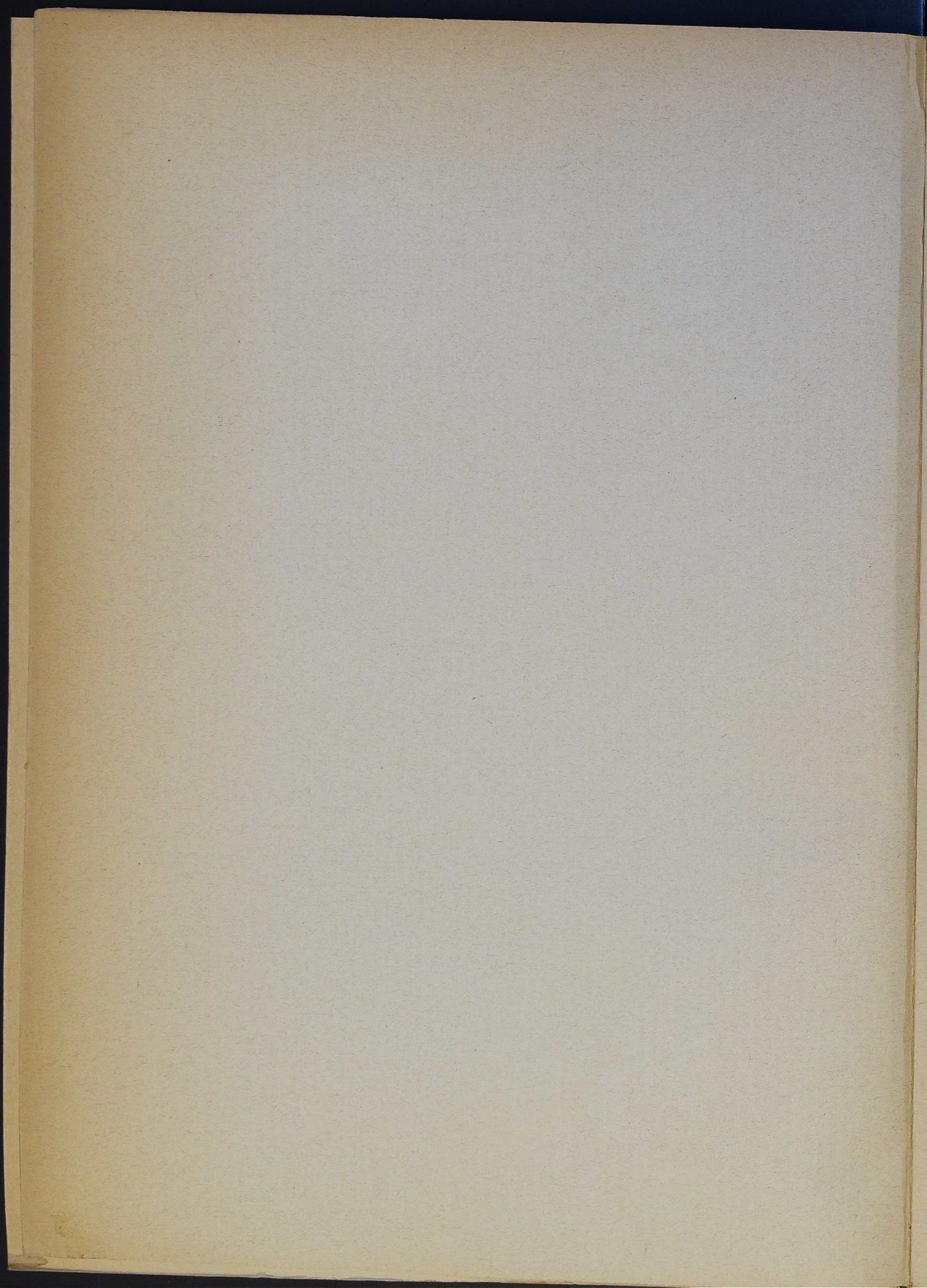


CREMONESE EDITORE - ROMA 1935-XIII



CUBO232588
43727

STUDI
DI DIRITTO COLONIALE



ENRICO DE LEONE

DOTTORE IN GIURISPRUDENZA E IN SCIENZE POLITICHE
DIPLOMATO IN DIRITTI ORIENTALI

*Al Ch. in Prof. Bertolo
Sevato e Sordani ameggin
di
Janis 5-10-19
Rome 15-2-19*

STUDÎ DI DIRITTO COLONIALE

I. - IL CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO
COLONIALE

II. - IL CONTRATTO DI "MUGHARASAH"



DOTT. PAOLO CREMONESE EDITORE
ROMA — 146 Via IV Novembre — 1935-XIII

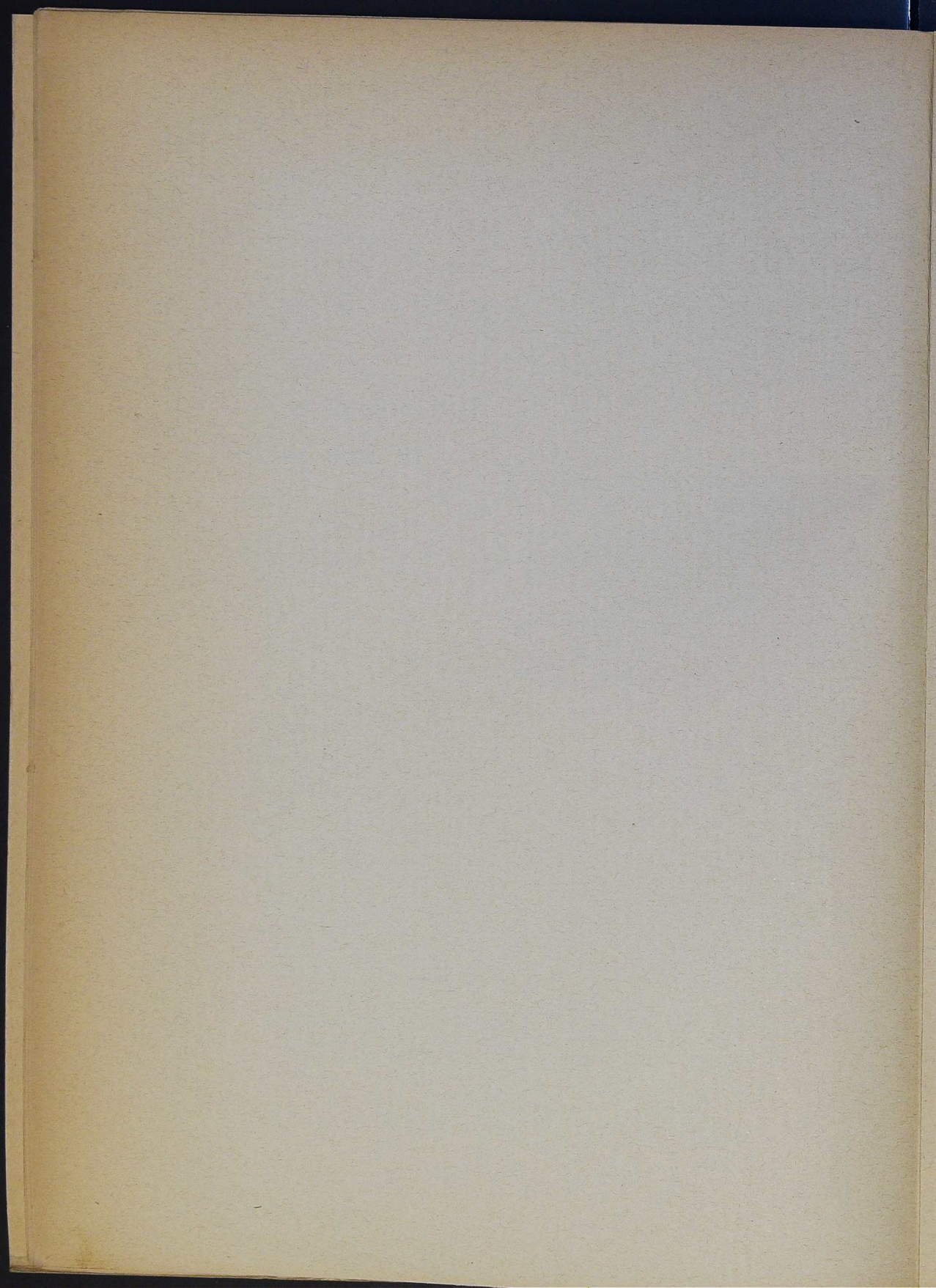
PROPRIETÀ LETTERARIA

*I diritti di riproduzione e di traduzione sono riservati per tutti i paesi
compresi la Svezia, la Norvegia e l'Olanda*

NOTA - Il primo studio è apparso sulla "Rivista delle Colonie Italiane,"
anno 1931, fascicoli di aprile, giugno e luglio (n. 4 - 6 - 7).

ARTI GRAFICHE TRINACRIA - Roma - Via Orazio 31-A - Tel. 30-803

*Alla memoria
di mio padre*



Ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale

Si è soliti ormai riconoscere ad ogni Stato, nell'ambito della propria organizzazione giuridica, un insieme di norme e di istituti costituenti una sua propria caratteristica che egli vuole ed è tenuto a difendere contro la volontà dei privati: si estrinsechi essa nell'ambito dei propri soggetti che in quello degli appartenenti ad un altro Stato.

Questo insieme di norme e di istituti attraverso il riconoscimento della sua appartenenza all'ordinamento giuridico particolare e caratteristico dello Stato, assume una portata di carattere politico in quanto gli si riconosce una funzione, diciamo pure, difensiva della speciale configurazione assunta dall'organizzazione giuridica statale: quindi della sovranità. E' una nozione giuridico-pubblica nata ed accolta per difendere l'elemento giuridico della sovranità, nelle sue manifestazioni più salienti.

Questo insieme di norme costituisce quello che, nella dottrina e nella legislazione della maggior parte degli Stati civili, suol appellarsi col nome di « ordine pubblico ».

Principio fondamentale nelle odierne organizzazioni giuridiche statuali è che l'esercizio dei diritti da parte dei terzi è ammesso purchè non leda gli interessi fondamentali e i diritti dello Stato sovrano.

Donde ne deriva dalla più ampia espressione da noi data alla parola terzi che, il concetto di ordine pubblico, nell'interno dello Stato è inteso a limitare l'esercizio della volontà dei singoli, in quanto essa possa essere contraria a quell'insieme di norme: *ordine pubblico interno*.

Nei rapporti fra Stati questo concetto assume una portata quantitativamente maggiore, in quanto pur riconoscendosi, del pari, agli Stati la libertà di esercizio dei diritti, questa libertà trova il suo limite in quei dati principii dello Stato sovrano « ordinati a conservare l'ordine pubblico e l'interesse economico, politico, morale, religioso, stabilito a base di quella particolare associazione » (1): *ordine pubblico internazionale*.

Da ciò è facile dedurre come i due concetti di ordine pubblico, interno ed internazionale, trovino la propria differenza non nella qualità intrinseca della loro nozione, che è in sostanza identica, ma e dalle cause che ne provocano l'intervento e, quindi, l'attuazione, e dalla sfera di applicazione.

Nel caso dell'ordine pubblico interno, è lo Stato che, attraverso le proprie leggi vincolanti tutti i suoi soggetti, impone ad essi una limitazione della volontà, limitazione affermantesi ed operante ogni qualvolta tale volontà venga a trovarsi in contrasto con quelle norme che lo Stato ritiene completamente avulse dalla volontà dei singoli e non passibili di cambiamenti da essa volontà originati.

Principio, dunque, che lo Stato fa valere caso per caso dinanzi a coloro che sono soggetti alla sua sovranità e che quindi alla legge da essa emanante, sono del tutto sottoposti.

Diversamente si presentano le cause che provocano l'intervento del concetto di ordine pubblico internazionale: qui, principio fondamentale di rispetto alla volontà dei singoli e limitazione ad essa volontà, derivano da un principio diverso. Non è più lo Stato sovrano che limita la privata volontà dei propri soggetti; ci troviamo di fronte a due sovranità diverse, a due organizzazioni giuridiche differenti e in contrasto.

Ecco la caratteristica principale dell'ordine pubblico internazionale: il conflitto di legislazione, conflitto nascente dalla necessità che lo Stato sente di difendere la propria fisonomia giuridica, da ogni attentato derivante da un'altra organizzazione e, praticamente, dalla volontà dei singoli non propri soggetti.

Dunque l'ordine pubblico interno agisce come correttivo e come limitazione alla volontà di una ben determinata categoria di persone: i cittadini dello Stato. L'ordine pubblico internazio-

(1) PASQUALE FIORE: *Elementi di diritto internazionale privato*. Torino, Utet, 1905, pag. 42.

nale agisce, invece, contro tutti coloro che appartengono ad una diversa organizzazione giuridico-statuale e quindi esplica la propria azione nei confronti di un numero maggiore di individui.

La dottrina, ancor oggi, non è unanime nell'ammettere questo principio dell'esistenza dell'ordine pubblico, puntando le proprie critiche soprattutto sulla necessaria indeterminatezza di tale concetto. Ma anche coloro che sono più restii a riconoscerlo come principio giuridico a sè stante, finiscono poi con ammettere, se non con il giustificare, presso ogni Stato moderno, l'esistenza di un complesso di norme, che, definite di ordine pubblico, sono sottratte per volontà del sovrano territoriale, ad ogni modifica che le leggi straniere vi possano apportare.

Un'altra categoria di autori, e forse con una visione più integrale del problema, una volta ammessa la teoria dell'ordine pubblico in generale, è aliena dall'ammettere la distinzione, teorica, tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale. Se, come già abbiamo visto, si parte da un concetto generale e cioè dalla funzione che la teoria dell'ordine pubblico esplica — di difesa di quel complesso di norme che costituiscono o che devono costituire la fisionomia propria di una sovranità — allora ci si potrebbe conciliare con questa tesi. Ma, nel campo pratico, e cioè nella sfera di applicazione della teoria, si deve pure ammettere, se non altro, che il respingere la distinzione tra i due ordini pubblici, non appare necessaria, nè che la distinzione, una volta ammessa, possa, in certo qual modo, generare confusione.

In verità dobbiamo riconoscere che, tra tanta discordia dottrina, la teoria dell'ordine pubblico, è nata e s'impone come un temperamento, una mediazione, tra le due teorie dominanti nel campo del diritto internazionale privato: quella della *territorialità della legge* e l'altra della *personalità della legge*.

Il primo concetto, più antico e risalente alla teoria degli Statuti introdotta dalla scuola olandese, si può dire che sia sopravvissuto sino al secolo XIX specialmente presso gli Anglo-Sassoni. Per questa teoria « ogni legge vale nel territorio per cui è fatta e s'impone a tutte le persone e le cose che vi si trovano sia stabilmente sia di passaggio » (1); ne deriva, necessariamente,

(1) RAPISARDI MIRABELLI: *L'ordine pubblico nel diritto internazionale*. Saggio critico, Catania, Giannotta, 1908, pag. 10.

che, vigendo questa teoria, il concetto di ordine pubblico non può trovare giustificazione alcuna.

Alla teoria suddetta si contrappose, come conseguenza della teoria giuridico-politica delle nazionalità, l'altra della personalità delle leggi della scuola italiana. Le conseguenze a cui questa teoria, nella sua applicazione integrale può giungere, sono, evidentemente, del tutto contrarie a quanto era stato, in precedenza, formulato dalla scuola olandese.

Secondo la teoria della personalità « ogni legge, in genere, è personale nel senso che la legge nazionale della persona regge tutti i fatti giuridici, dov'essa interviene e in qualunque luogo » (1).

Le due teorie, tutte e due per particolari condizioni di ambiente, formatesi attraverso l'elaborazione dottrinarie in campi anche abbastanza estranei al diritto, dovevano necessariamente venire in conflitto e tentar l'una di eliminare l'altra. Ma, in fondo, le esigenze e le necessità storico-politiche a cui sia la prima che la seconda rispondono, non sono venute a mancare completamente: onde, col progresso e con la tendenza dottrinarie ad affermare sempre più i principii risalenti alla teoria della personalità, come i più vicini all'odierno concetto della convivenza degli Stati nella società internazionale, doveva avvenire che, ammessa come regola, nel campo del diritto internazionale privato, la teoria della personalità, si sia, attraverso l'altra teoria, portato un temperamento alle estreme conseguenze a cui la teoria della personalità sarebbe potuta giungere.

L'evoluzione progressiva del diritto internazionale privato, evoluzione che trova un ostacolo necessario e continuo nell'ancora esistente gelosa territorialità degli Stati, tende a limitare sempre più l'applicazione del concetto di ordine pubblico, come residuo di una teoria non solo sorpassata dottrinariamente, ma, anche, non più consona, nel futuro, a quelle che potranno essere le esigenze della vita della società degli Stati.

Quindi, pur ammettendosi nella generalità della dottrina odierna, l'esistenza della teoria della personalità delle leggi, si riconosce l'esistenza di un limite ad essa contrapposto, limite costituito da una specie di legittima difesa riconosciuta allo Stato; intesa ad impedire che nel suo territorio trovino applli-

(1) RAPISARDI MIRABELLI: *op. cit.*, pag. 22.

cazione leggi straniere in contrasto con leggi interne, che, nella coscienza giuridica dello Stato stesso sono ritenute necessarie, e quindi non derogabili, al mantenimento dell'ordine sociale costituito: le leggi di ordine pubblico, quelle leggi, cioè, che imprimono ad ogni società una propria fisionomia che si ritiene necessario e doveroso custodire gelosamente.

Le divergenze esistenti nella dottrina e a cui più sopra abbiamo avuto modo di accennare, derivano, come si è detto, più che altro dalla imprecisione con cui questo concetto è formulato. Imprecisione che si rivela non soltanto quando si voglia ben definire quali leggi possano essere ritenute di *ordine pubblico* nei singoli Stati, ma anche nel tempo, in quanto, è pacificamente riconosciuto che, nell'ambito di uno stesso Stato, la norma che ieri dalla coscienza giuridica era ritenuta di ordine pubblico oggi, per un complesso di ragioni non facilmente individuabili, non riceve più tale attributo e quindi per questo stesso fatto ricade in quel più ampio campo di leggi e di norme non ritenute come indispensabili e necessarie alla conservazione della fisionomia e della personalità internazionale dello Stato.

Varie sono le definizioni che gli autori hanno tentato di dare al concetto di ordine pubblico, con l'unico e comune risultato di farne, in definitiva, sempre risaltare l'indeterminatezza e la variabilità nel tempo e nei luoghi.

Le leggi alle quali, nell'ambito di ogni Stato, si suol riconoscere la qualifica e l'importanza di norme interessanti l'ordine pubblico, sono di varia natura e difficilmente classificabili: le leggi costituzionali, quelle amministrative e criminali e, in genere, tutte quelle che si possono chiamare di polizia e di sicurezza, che poi sarebbero, alla loro volta, « tutte le leggi che provvedono alla sicurezza delle persone e della proprietà, alla custodia del buon costume, alla tutela dell'interesse pubblico, o che sieno proibitive o che sieno imperative, che abbiano o no sanzione penale » (1). Scopo di questi tentativi di definizione, o meglio, di classificazione, sono da ricercare nella necessità sentita, di avvicinarsi il più che sia possibile ad una nozione esatta del concetto. Ma bisogna pur riconoscere che questi tentativi non hanno portato nessun contributo preciso alla conoscenza esatta ed inequivocabile delle leggi che debbono essere assunte sotto l'egida dell'ordine pubblico.

(1) FIORE: *op. cit.*, pag. 43.

La stessa enumerazione del Fiore, più sopra riferita, e alla quale si avvicinano tutte le altre non può davvero essere considerata tale d'aver definitivamente risolto la controversia.

E' necessario, almeno allo stato attuale dell'elaborazione dottrinarìa, contentarsi delle definizioni più generali che, nello stesso tempo, sono un indice della instabilità e della astrattezza del concetto. Fra queste ultime, la più esatta e la più vicina alla pratica applicazione del concetto di ordine pubblico, è quella del Von Bar, secondo il quale « l'applicazione delle leggi straniere è esclusa nella misura in cui avrebbe per effetto di realizzare nel territorio dello Stato rapporti giuridici, od obbligarvi ad atti o prestazioni, che secondo la legislazione dello Stato non potrebbero esservi tollerati o esservi obbligatoriamente imposti ».

La insufficienza e la incompletezza di tale ricerca, hanno costituito, fino ad oggi, la migliore arma per coloro che non vogliono riconoscere l'esistenza di una teoria giuridica dell'ordine pubblico. Non è loro però consentito disconoscere, attraverso la pratica quotidiana finanche l'esistenza di un limite che lo Stato pone all'esercizio di alcuni diritti da parte di propri cittadini e di stranieri, sul suo territorio.

Allo stato attuale dello sviluppo e della elaborazione dottrinarii noi riteniamo doversi abbandonare ogni tentativo di definizione, tentativo che, mentre non riesce a portare nessun valido contributo chiarificatore, dà modo agli avversari della teoria in parola di appuntare maggiormente le proprie critiche.

Bisogna pur convenire che l'esistenza di un limite che lo Stato faccia valere contro la personalità delle leggi, è innegabile: gli stessi avversari sono costretti, pur non attribuendogli un valore dottrinario, a riconoscerlo. « Oggi la teoria dell'ordine pubblico è applicata in quasi tutti gli Stati del mondo per limitare l'applicazione delle leggi straniere e rendere applicabili le leggi del sovrano territoriale » (1).

Quello che bisogna ben comprendere per giustificare, se non altro, l'imprecisione attuale della teoria, è che ci troviamo di fronte ad un concetto che ha, prima di tutto, un'origine ed un valore politici. Lo stesso concetto di limite che lo Stato può e vuole porre all'influenza straniera — si esplichì pure sotto

(1) HEALY: *Théorie générale de l'ordre public*, Cours de l'Académie de la Haye, 1925, t. 4, pag. 464.

forma giuridica — è un concetto politico. L'investitura, diciamo pure giuridica, che esso viene ad avere, in seguito, con la sua assunzione in un particolare ramo della scienza giuridica, non può, almeno fino ad oggi, renderlo completamente immune dalla caratteristica che ne impronta l'origine. Anche nella enunciazione del Fiore, vediamo come nell'insieme di leggi da lui ricondotte sotto il concetto di ordine pubblico, sia facile scorgere come si tratti di norme che risentano dell'influsso dell'indirizzo politico, economico e sociale, che, in un certo momento, lo Stato vuole perseguire.

Ecco la difficoltà che si presenta alla costruzione sistematica del giurista, difficoltà che non da tutti gli autori è stata felicemente intuita. Come non è possibile, in un determinato momento, ben definire e fissare le direttive squisitamente politiche seguite da un organismo statale, così è del pari difficile, procedere, nello stesso modo, nei riguardi di una dottrina che da quelle direttive procede.

L'esistenza di un complesso di norme ritenute di ordine pubblico è valutabile soltanto attraverso la coscienza giuridico-politica esistente in un determinato momento in uno Stato. Donde i caratteri di mutevolezza e variabilità fra Stato e Stato, del concetto in parola.

Tra gli autori che hanno meglio intuito questa caratteristica della teoria dell'ordine pubblico internazionale, va posto il Healy, il quale dice che « è impossibile fare rientrare in un quadro puramente giuridico una dottrina il cui contenuto è essenzialmente politico » (1).

Si può concludere dunque che l'esistenza di questa teoria è innegabile, in quanto legata alla stessa esistenza dello Stato, nelle sue molteplici manifestazioni giuridico-politiche. Resta la impronta tutta speciale che questo concetto conserva, impronta che, però non è sufficiente a farne disconoscere l'esistenza e, soprattutto, l'applicazione.

« Benchè l'ordine pubblico sia una cosa vaga, indefinita, relativa, mutevole, è nondimeno una realtà che ha, nel mondo intero, una influenza decisiva a proposito di numerose questioni di diritto internazionale privato » (2).

(1) HEALY: *op. cit.*, pag. 474.

(2) HEALY: *op. cit.*, pag. 480.

Noi riteniamo che il concetto di ordine pubblico internazionale, si estrinsechi e dimostri la propria ineccepibile esistenza nella pratica giuridica: non si può negare, che facendo appello a questo concetto, lo Stato, più volte, rifiuta di ammettere nell'ambito del proprio ordinamento, leggi di Stati stranieri che egli ritiene capaci di offendere o di menomare, la propria podestà sovrana.

La difficoltà che sorge quando si voglia, come abbiamo detto, definire praticamente quali leggi e quali norme rientrino con esattezza nel concetto di ordine pubblico, tale difficoltà, ripeto, non può secondo noi, essere sufficiente per dimostrare l'inesistenza del concetto.

Passiamo ora a fissare le caratteristiche del concetto di ordine pubblico, caratteristiche che, senza dubbio, serviranno a definirne la peculiare fisionomia e, nello stesso tempo, la inequivocabile esistenza.

Il primo requisito, secondo la nostra opinione, perchè si possa far valere e, quindi, applicare la teoria dell'ordine pubblico internazionale, è quello che ci si trovi di fronte ad un conflitto di leggi. Bisogna, cioè, che di fronte alla eventuale applicazione della legge straniera, la coscienza giuridico-politica dello Stato avverta una possibile menomazione della propria fisionomia, una probabile invasione di un diritto esterno in un principio interno, ritenuto fondamentale per la sua esistenza. Ecco allora che si appalesa la necessità di arginare, di respingere tale menomazione e tale invasione: ecco allora che si deve ricorrere al concetto di ordine pubblico.

Si dirà, che la legge straniera, ammessa in via generale per il principio della personalità delle leggi, nel caso concreto non viene riconosciuta in quanto la si considera contraria all'ordine pubblico dello Stato.

In sostanza, si viene ad ammettere ed a riconoscere che di fronte alla comunità internazionale e, quindi, ai principii giuridici che la reggono, stanno i diritti fondamentali e particolari dei singoli Stati, quei diritti, cioè, che, facendo assumere ad ogni Stato una propria e distinta personalità, provvedono anche alla difesa di questi attributi. Se ciò non fosse, ed ogni Stato ammettesse di rinunciare, *a priori*, alla propria fisionomia, dovremmo pur convenire che non si potrebbe più parlare di una comunità

di Stati, di una convivenza di individualità e cioè di enti che devono necessariamente differenziarsi.

Un altro carattere, delle norme che vanno riassunte sotto il concetto di ordine pubblico, va posto in rilievo: la loro *eccezionalità*.

E' facile intuire come l'applicazione del concetto di ordine pubblico, allo stato attuale di evoluzione del diritto internazionale privato, non possa costituire la regola. La stessa funzione di difesa affidata all'ordine pubblico, deve indurci a ritenere che la regola si basi proprio sul concetto opposto e cioè sull'ammissibilità di applicare la legge straniera nel territorio dello Stato. Le condizioni di difesa non possono essere che eccezionali e, quindi, presentarsi in casi sempre più rari, man mano che la comunità internazionale vada sviluppando i propri rapporti giuridici, disciplinando e moltiplicando l'esistenza di essi.

Questo carattere di eccezionalità riconoscibile nelle disposizioni di ordine pubblico internazionale si ricava, secondo quanto dice il BARTIN (1), da due altri requisiti: quello della *territorialità* dei loro effetti, e l'altro della *attualità* della loro determinazione. Il che vuol dire, in altre parole, che, nei riguardi del primo, ogni Stato ha delle proprie disposizioni che egli ritiene di ordine pubblico, i cui effetti hanno valore soltanto nel proprio territorio e non vincolano, nè lo potrebbero mai, gli altri paesi, i quali alla loro volta, hanno ciascuno un insieme di disposizioni definite di ordine pubblico.

Il carattere di *attualità* sta a provare come, nel tempo, il concetto di ordine pubblico sia facilmente variabile nell'ambito di uno stesso Stato: ciò che oggi si ritiene essere una norma di ordine pubblico, domani, per il mutare delle condizioni politiche, sociali ed economiche non può più essere ritenuta tale.

Spetta dunque al giudice, come l'interprete più sicuro della coscienza giuridico-sociale del paese, vedere caso per caso se una legge od una norma siano di ordine pubblico e, come tali, suscettibili o no di deroga di fronte ad un'altra norma, ad un'altra legge straniera.

Un ultimo carattere, tendenziale questo, è che l'insieme di disposizioni rientranti nel concetto di ordine pubblico, con il

(1) E. BARTIN: *Principes de droit international privé*. Paris, Ed. Dourat-Montchrestien, 1930, pag. 258.

progredire e lo svolgersi del diritto internazionale privato, debba sempre più restringersi, facilitando così il raggiungimento di quella che il Lewald (1) chiama l'*armonia legislativa* (*Gesetzesharmonie*), scopo ultimo del diritto internazionale privato. Ma, pure ammettendo questa tendenza, lo stesso Lewald deve riconoscere — pur dimostrandosi un avversario della teoria dell'ordine pubblico — l'esistenza della teoria.

Concludendo, possiamo ben affermare l'esistenza di questo concetto, che, mentre nel diritto interno di uno Stato (ordine pubblico interno) è inteso a limitare la volontà dei cittadini dello Stato e di questi soltanto, nel diritto internazionale privato (ordine pubblico internazionale) ha un'estensione maggiore in quanto è concepito come limite alla teoria della personalità delle leggi. In questo secondo caso, il concetto di ordine pubblico non può prescindere dal conflitto tra legge territoriale e legge straniera: in difesa della prima, e contro l'applicazione della seconda.

(1) LEWALD: *La réglementation de l'ordre public sur le terrain des traités diplomatiques* (in « *Révue du droit int. privé* », 1928, pag. 153).

L'ordine pubblico coloniale

§ 1. — L'ordine pubblico coloniale opposto all'ordine pubblico interno e a quello internazionale.

Nel capitolo precedente abbiamo detto come, malgrado certe divergenze di natura prevalentemente teorica, si sia finito per riconoscere l'esistenza, nell'interno di ogni Stato, di un complesso di norme ritenute, dalla coscienza giuridico-sociale, in un determinato momento come essenziali alla conservazione e alla difesa delle istituzioni dello Stato. Abbiamo detto pure, come questo insieme di norme trovi una diversa applicazione secondo che si trovi di fronte alla volontà privata dei cittadini, oppure dinanzi al principio della personalità delle leggi. Nell'uno e nell'altro caso, questo insieme di norme si ritiene sottratto ad ogni altra volontà che non sia quella dello Stato sovrano che l'ha posto in essere e nel quale, lo Stato stesso, riconosce la propria personalità.

Accanto a questi due concetti di ordine pubblico, va posto, ma in opposizione ad essi, quello di *ordine pubblico coloniale*.

Vale, anche per questo, quanto già avemmo occasione di notare: essere il concetto di ordine pubblico un concetto originariamente politico, assunto di poi, nell'ambito dell'ordinamento giuridico. Come avremo modo di veder meglio in seguito, nel concetto di ordine pubblico coloniale, il carattere politico si fa palese ancor più, in quanto è un concetto che solo recentemente è stato assunto nell'ambito del diritto coloniale e quindi sottoposto ad un tentativo di costruzione giuridica.

Quello che importa è di fissare subito la distinzione fra questo concetto e gli altri due.

Una differenza, intanto, si può stabilire in ordine anche all'origine politica del concetto dell'ordine pubblico in genere. Il momento politico dell'applicazione dei due primi concetti è costituito dalla riconosciuta necessità che ogni Stato salvaguardi, in sostanza, la propria fisionomia politico-sociale.

Trasportando questa necessità nel campo del diritto coloniale, vediamo che essa opera in un senso abbastanza diverso: lo Stato non può ammettere che ordinamenti giuridici diversi dal proprio, quali sono quelli dei popoli indigeni, viventi in ogni singola colonia, possano, in qualunque momento, intralciare o comunque ostacolare la propria opera colonizzatrice. Il concetto di ordine pubblico è, qui, posto a difesa, non dell'attività generale giuridica e politica dello Stato di fronte ai cittadini e agli stranieri, ma, invece, opera in un campo più limitato e ben definito.

Ne deriva, così, un'altra conseguenza in ordine agli ordinamenti giuridici, verso i quali questo concetto di ordine pubblico, opera: non in opposizione alla volontà di privati, propri cittadini, volontà intesa a violare quelle determinate norme assunte sotto il concetto di ordine pubblico interno, non come ostacolo alla ingerenza di diritti stranieri; invece, il concetto di ordine pubblico coloniale, nella sua essenza giuridica, tende a limitare la forza di ordinamenti giuridici che lo Stato — nel momento in cui estende la propria sovranità sul territorio coloniale — riconosce validi, ma non sino al punto di poter violare quell'insieme di norme che egli ritiene indispensabili allo sviluppo e al compimento della propria opera colonizzatrice.

Nel diritto coloniale non ci troviamo di fronte ad un conflitto fra due uguali volontà statuali: è un conflitto sì, ma un conflitto nell'ambito dell'ordinamento giuridico di uno stesso Stato. Lo Stato, infatti, nel momento in cui riconosce gli ordinamenti giuridici indigeni, viene ad assumerli nel proprio ordinamento giuridico, in quanto essi trovano la loro ragion d'essere proprio in questa assunzione. Il conflitto avviene fra le supreme esigenze dello Stato sovrano e i particolari ordinamenti giuridici che lo Stato ha fatto sussistere, con il proprio riconoscimento, per una determinata categoria di sudditi: quelli coloniali.

Un'altra differenza: mentre i due concetti di ordine pubblico interno ed internazionale, in uno stesso tempo, hanno, ciascuno nella sfera della propria applicazione, una efficacia

uguale per ogni luogo su cui si estenda la sovranità dello Stato, nell'ambito del diritto coloniale il concetto di ordine pubblico varia colonia per colonia, appunto perchè, colonia per colonia, variano gli ordinamenti giuridici indigeni che lo Stato ha riconosciuto.

In sostanza, qui ci troviamo di fronte ad un conflitto di leggi che il Bartin (1) chiama « conflitto di leggi di tipo coloniale », conflitto che è del tutto differente da quello internazionale.

Ad abundantiam, possiamo ancora dire che, mentre il concetto di ordine pubblico internazionale si applica in quei conflitti che si avverano tra due leggi, il cui titolo e le cui origini sono uguali, in quanto espressioni di sovranità differenti; il concetto di ordine pubblico coloniale opera, invece, nei conflitti in cui una sola è la sovranità in discussione, quella dello Stato colonizzatore. Questo Stato ammette che gli indigeni restino sotto il dominio dei propri ordinamenti giuridici tradizionali, però in ordine, soltanto, a tutto ciò che la legge della madre patria non abbia ritenuto necessario od opportuno regolare diversamente, e per conseguenza, modificare. Ed in virtù di un atto di sovranità della madre patria le tradizioni indigene rimangono in vita: sorgendo conflitto tra la metropoli ed un ordinamento indigeno ritenuto contrario all'ordine pubblico coloniale, non c'è più, dunque, quella « uguaglianza di titoli, che suppone il conflitto internazionale di leggi » (2).

§ 2. — Nozione dell'ordine pubblico coloniale

La nozione di ordine pubblico coloniale soltanto recentemente è stata trattata dalla dottrina, allo scopo di metterne in evidenza l'importanza per lo studio del diritto coloniale, ma anche le pratiche attuazioni che da essa derivano. Anzi noi siamo propensi a ritenere che, con lo sviluppo della scienza giuridico-coloniale, il concetto di ordine pubblico andrà assumendo un valore sempre più pratico e costituirà, nella sua completa costruzione dottrinale, una valida guida atta ad illuminare e, in un certo senso, a disciplinare, l'opera del legislatore e del giudice.

(1) BARTIN, *op. cit.* pag. 17 e segg.

(2) BARTIN, *id.*, pag. 20.



In realtà la nozione di ordine pubblico coloniale sia pure allo stato embrionale, è stata *intuita* — come dice il Girault (1) — dal legislatore di tutti gli Stati colonizzatori dell'epoca moderna.

Il merito di averne posto in rilievo l'importanza e di averne iniziato una sistemazione nell'ambito del diritto coloniale, soprattutto privato, risale al Solus, il quale, per primo, ha posto dinanzi allo studioso il problema dei limiti dei quali lo Stato si serve per diminuire la portata del principio generale del riconoscimento degli ordinamenti giuridici indigeni (2).

In Italia questo concetto, con riferimento al nostro diritto coloniale, è stato introdotto ancor più recentemente dal Cucinotta (3), il quale ha compiuto un primo tentativo di sistemazione, nei riguardi della nostra legislazione e della nostra giurisprudenza.

Ad ogni modo non può dirsi che questo concetto sia del tutto nuovo fra i nostri studiosi: su di esso, pur non soffermandosi con particolari cure, ha scritto fin dal 1918 il Borsi (4).

In fondo, la ragione per cui la dottrina si è impadronita con un certo ritardo di un concetto già praticamente conosciuto, deve far risalire all'indirizzo, ancor prevalente, assunto dallo studio del diritto coloniale che, solo ora, comincia a volgere la propria indagine nel campo del diritto privato.

Osserviamo intanto, come la teoria dell'ordine pubblico coloniale sia in sostanza una teoria formulata dalla dottrina francese, cioè proprio da quella dottrina a cui i nostri studiosi di diritto coloniale sono stati spesso iniziati. Ma mentre lo stesso pensiero del Girault, pensiero ostinatamente presente nei nostri più antichi trattati di diritto coloniale, è andato soggetto ad un processo evolutivo nel senso di avvicinarsi sempre più allo studio del diritto coloniale privato, la dottrina italiana non si è sviluppata in uguale direzione.

Il fondamento del concetto di ordine pubblico coloniale va ricercato nel principio generale, ammesso dalla quasi totalità

(1) GIRAULT: *Principes de colonisation et de législation coloniale*. V Ed., Paris, 1929, vol. II, pag. 407-408.

(2) SOLUS: *Traité de la condition des indigènes en droit privé*. Paris, Recueil Sirey, 1927, pag. 302-312.

(3) ERNESTO CUCINOTTA: *Istituzioni di diritto coloniale italiano*. Roma, Castaldi, 1930, pag. 49-56.

(4) *Studi di diritto coloniale* (in *Studi Senesi*, vol. IX, 2ª Serie, fasc. 1-3, 1918, pag. 211 e segg., 230 e segg.

degli Stati colonizzatori, del rispetto alle istituzioni ed agli ordinamenti giuridici consuetudinari delle popolazioni coloniali.

Ma nello stesso tempo che lo Stato intende riconoscere e rispettare gli ordinamenti giuridici indigeni, esso non può, nè deve, nè intende rinunciare allo scopo principale per cui ha proceduto alla occupazione di quel determinato territorio: la colonizzazione.

« Ne deriva che, in ogni caso, la conservazione della consuetudine indigena deve sempre subordinarsi alla necessità di volgere la vita della popolazione coloniale verso un indirizzo conforme ai fondamentali principî di civiltà dominanti nei Paesi più progrediti; altrimenti la colonizzazione mancherebbe al suo maggior fine morale, quello del perfezionamento sociale, che da un Governo illuminato non può totalmente sacrificarsi ad esigenze di opportunità politica. Le clausole limitative della efficacia del diritto indigeno comunemente adottate dai legislatori coloniali per far salvi certi capisaldi della morale sociale che sono propri della loro civiltà, costituiscono appunto l'attuazione pratica di questo concetto » (1).

La metropoli, nel momento in cui estende la sovranità sul territorio coloniale, non intende imporre il proprio ordinamento giuridico così come vige nel proprio territorio: lascia che per alcuni rapporti giuridici vengano le consuetudini e gli ordinamenti indigeni.

Possiamo intanto notare che questi ordinamenti sono lasciati sussistere nei riguardi di quei rapporti che, mentre da un lato si presentano strettamente collegati con le istituzioni più caratteristiche di ogni raggruppamento umano (rapporti di famiglia, di successione, istituti giuridici culturali, ecc.), dall'altro lato non si ritengono tali da poter costituire un ostacolo serio all'opera colonizzatrice della metropoli.

Ciò premesso, possiamo considerarci preparati ad esaminare su quale basi si fondi il concetto di ordine pubblico coloniale. Per esso si deve intendere che « la legge di statuto personale indigeno, di cui il rispetto è stato tuttavia proclamato dalla metropoli, non può prevalere quando essa sia in opposizione o in contraddizione con una regola che la nazione colonizzatrice considera, nella colonia, come essenziale *al successo dell'opera di co-*

(1) BORSI: *op. cit.*, pag. 211.

lonizzazione » (1); oppure, come dice il Cucinotta, che « le consuetudini locali intanto possono aver vigore ed essere rispettate, in quanto non siano in contrasto con l'ordine pubblico coloniale, e cioè con l'ordine sociale e con l'ordinamento giuridico, che lo Stato, obbedendo alla propria missione colonizzatrice, vuole imporre ad una determinata colonia » (2).

Il che vuol dire che, di fronte al principio generale del riconoscimento e del rispetto del diritto privato indigeno, si trova un principio limitatore fondato sul diritto che la metropoli si riconosce, di non dover abdicare « all'obbligo che le incombe di assicurare e di mantenere nella colonia un ordine sociale e una organizzazione giuridica conformi alla sua missione civilizzatrice e agli scopi che persegue la sua azione colonizzatrice » (3).

Non si può negare che l'attività colonizzatrice di uno Stato sia un'attività, nel suo insieme, del tutto politica, pure assumendo, in seguito, una espressione giuridica che, in sostanza, tende ad inquadrare, e, in certo qual modo, a dare una nuova veste ad un fatto politico. Resta sempre ad ogni modo, che l'attività legislativa coloniale di uno Stato, intesa ad instaurare un determinato ordinamento giuridico, segue quella politica, ed è ad essa subordinata.

« La conservazione delle antiche consuetudini, il loro adattamento, o la loro soppressione nell'instaurarsi e nello svolgersi di tale ordinamento, dipendono naturalmente dal modo di orientarsi della politica coloniale » (4).

Si delinea dunque, l'opera del giurista nei riguardi di questo concetto: sistemare tutto quanto possa formare oggetto della scienza giuridica e trarne quegli insegnamenti che possano sempre più far progredire lo studio del diritto coloniale.

L'importanza del concetto di ordine pubblico nel campo del diritto si delinea nel momento in cui si sottopone ad indagine la mancanza di comunità tra l'ordinamento giuridico della metropoli e l'ordinamento giuridico, o meglio, gli ordinamenti giuridici indigeni.

Questo diverso grado di civiltà, o se più piace di ordinamenti giuridici deriva alla sua volta dalle molteplici differenze pro-

(1) SOLUS: *op. cit.*, pag. 303.

(2) CUCINOTTA: *op. cit.*, pag. 52.

(3) SOLUS: *op. cit.*, pag. 303.

(4) BORSI: *op. cit.*, pag. 210.

venienti dallo stato politico e sociale della metropoli e della colonia, dalle tradizioni e dai costumi, dalla razza, dal clima, dalla situazione economica e dal perseguimento di fini diversi.

Da qui un conflitto tra i due ordinamenti, conflitto che, sia pure allo stato latente, trova il principio regolatore nel concetto di ordine pubblico, che induce il legislatore o il giudice, o ambedue, a discernere fin dove possa sopravvivere, senza nuocere al nuovo clima giuridico, politico e sociale instaurato dallo Stato colonizzatore, l'originario ordinamento giuridico indigeno.

§ 3. — Caratteri dell'ordine pubblico coloniale.

Il principio fondamentale da cui, secondo noi, bisogna partire per comprendere e porre in rilievo quali e quanti siano i caratteri di questo concetto, è quello per cui si deve riconoscere ad ogni Stato un proprio diritto coloniale.

In Italia soltanto molto di recente, per opera soprattutto di studiosi che hanno avuto un lungo contatto con le popolazioni indigene, si è cominciato a comprendere come lo studio del diritto coloniale debba superare la fase attuale per dirigersi, con prospettive più feconde, verso un altro indirizzo.

Ammesso, dunque, che il diritto coloniale debba non più considerarsi come qualcosa di generale o di indefinito, che abbia come oggetto della propria indagine un insieme di concetti non sempre rigidamente giuridici, noi sosteniamo che lo studio del diritto coloniale debba, oggi, prevalentemente occuparsi dei rapporti di diritto privato.

Per studiare, approfondire e sistemare lo studio del diritto coloniale così inteso è necessario ai fini di una rigorosa indagine, che il giurista non ignori più oltre quali siano gli ordinamenti giuridici indigeni: ne veda la struttura, ne esamini lo sviluppo e, infine, indagli i rapporti di convivenza tra essi e le nuove norme emanate dalla metropoli in vista di speciali necessità della colonia. Questo soprattutto, per non cadere nell'assurda « pretesa di provvedere in via arbitraria ed artificiale all'ordinamento giuridico dei popoli più diversi » (1).

(1) EVARISTO CARUSI: *Il problema scientifico del diritto musulmano*. Roma, « Athenaeum », 1919, pag. 223.

Ci piace qui riportare quanto dice il Girault — considerato anche in Italia come uno dei principali studiosi di diritto coloniale — a proposito della necessità di conoscere e studiare gli ordinamenti indigeni.

« Lo studio delle consuetudini indigene presenta tanto dal punto di vista scientifico, quanto dal punto di vista politico un interesse considerevole. Dal punto di vista scientifico, prima di tutto è estremamente interessante ricercare come queste due istituzioni essenziali, la famiglia e la proprietà siano organizzate nelle differenti frazioni dell'umanità »(1).

E più oltre: « ma i progressi della scienza non sono solo essi in discussione. Un interesse politico considerevole si trova anche impegnato nella questione. Quanti sbagli i Francesi avrebbero evitato se essi avessero meglio conosciuto, da principio, il regime della proprietà presso gli indigeni » (pag. 60). E a guisa di conclusione aggiunge ancora: « Questo studio (delle consuetudini indigene) che si urta d'altronde con difficoltà considerevoli, è stato disgraziatamente abbastanza trascurato fino a questi ultimi anni e si può dire che siamo meglio informati sui costumi delle popolazioni dell'antichità che su quelle degli indigeni delle nostre colonie, tuttavia altrimenti interessanti per noi » (pagina 62).

Abbiamo voluto citare questo autore, non per altro, ma perchè è stato finora molto seguito dalla nostra scienza giuridica coloniale. Non bisogna dimenticare però che degli scrittori italiani hanno già levato la voce contro questo stato di cose che, ormai, anche in Italia credo sia venuto il tempo di abbandonare per spingere gli studi giuridici coloniali verso un indirizzo più scientifico.

Sull'aspetto scientifico dello studio delle consuetudini indigene, un giurista italiano, il Carusi, mettendolo in correlazione con il problema del diritto comparato, diceva fin dal 1917: « è chiarissimo infatti come l'espansione coloniale presenti l'occasione più opportuna per procedere alla raccolta, la più abbondante e la più ordinata insieme, di uno svariato materiale giuridico »; e sulla portata pratica di questo studio, aggiungeva: « tenendo presente che esso soddisfa insieme a due ordini di finalità, ugualmente elevate e connesse tra loro, quella scientifica

(1) GIRAULT: *op. cit.*, 3ª ediz., vol. 2º, pag. 59.

del progresso della scienza del diritto comparato e quella politica della risoluzione dei problemi attinenti al regime coloniale » (1).

Ci siamo dilungati su questo punto per illustrare maggiormente i caratteri del concetto che noi andiamo esaminando. Infatti, quando noi dichiariamo che il concetto di ordine pubblico coloniale agisce nel campo del diritto come un limite imposto al principio generale del riconoscimento delle istituzioni indigene, dobbiamo necessariamente presumere che queste istituzioni siano conosciute.

Da quanto abbiamo premesso, deriva un'altra conseguenza, anch'essa di rilevante importanza: approfondendo lo studio del diritto coloniale nella direzione da noi sostenuta, si avrà modo di vedere come, variando colonia per colonia, lo stato degli ordinamenti e delle consuetudini indigene — per ragioni etniche, storiche, economiche, religiose, ecc. ecc., — necessariamente la metropoli debba assumere un diverso comportamento e di fronte al principio generale del riconoscimento e di fronte all'applicazione del concetto dell'ordine pubblico.

Così siamo in grado di poter fissare il primo carattere del concetto di ordine pubblico coloniale: nell'ambito del diritto di uno stesso Stato, come si ha una diversità di ordinamenti giuridici, colonia per colonia, così la nozione di ordine pubblico, seguendo da presso questa varietà risulta diversa, anch'essa nell'ambito di una stessa metropoli, colonia per colonia. Il progredire dell'indagine scientifica sull'ordinamento giuridico coloniale c'induce a riconoscere un'altro carattere che è quello della sua variabilità nel tempo.

Quando lo Stato estende la propria sovranità su un territorio coloniale, il riconoscimento delle consuetudini indigene è, di solito, molto ampio. Questo stato di fatto, facilmente riscontrabile nella pratica legislativa, è il risultato di un complesso di contingenze, soprattutto di ordine politico, che inducono il legislatore patrio a proclamare nella maniera più estesa il rispetto ai costumi indigeni. Inoltre lo stato di ostilità, che per lo più accompagna ogni occupazione di carattere coloniale, mentre da

(1) EVARISTO CARUSI: *Il problema del diritto comparato sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale*. Roma, estratto dagli « Atti della Società Italiana per il progresso delle Scienze » (IX Riunione), 1917, pag. 93.

una parte agisce nel senso di far passare — per la sua immediata contingenza — in secondo luogo la necessità dell'assetto giuridico, dall'altra impedisce che la metropoli si renda conto, — perchè non è venuta ancora a contatto — degli ordinamenti indigeni vigenti.

Superato questo primo momento, e dovendosi necessariamente provvedere all'ordinamento giuridico della colonia, quel riconoscimento viene, in certo qual modo, sottoposto ad una revisione: instaurata la pace, si cominciano a sviluppare e ad affermare le esigenze per cui la metropoli fu indotta a procedere a quella conquista.

Man mano che i rapporti tra lo Stato colonizzatore e l'elemento indigeno s'intensificano, il primo sempre più sensibilmente tende ad assoggettare al proprio interesse gli ordinamenti del secondo. Si avvera così un progressivo sviluppo della limitazione operata dal concetto di ordine pubblico, fino alla tendenza, sia pure allo stato potenziale, di dare alla colonia un ordinamento giuridico sempre più uguale a quello della metropoli. Notiamo, frattanto, come questa tendenza non possa essere mai spinta alle estreme conseguenze. In caso contrario si correrebbe il rischio di commettere dei fondamentali errori, in quanto non bisogna dimenticare su quali basi storiche, etniche, economiche e religiose, soprattutto, si basi quella mancanza di comunità tra legge del popolo colonizzatore e legge del popolo indigeno. Questo processo evolutivo — pur senza giungere alle conseguenze estreme or ora biasimate — si verifica in ogni azione colonizzatrice, importando come conseguenza che il concetto di ordine pubblico varia col variare del tempo, anche nell'ambito di una stessa colonia.

Col progredire dell'opera della metropoli, intesa a dare alla colonia un ordine sociale e una organizzazione giuridica conformi agli scopi colonizzatori che essa persegue, la limitazione, imposta dall'ordine pubblico, si allarga sempre più fino al raggiungimento di un equilibrio.

A tal fine la metropoli agisce in una triplice direzione: sopprimere ed eliminare alcune istituzioni indigene; applicare addirittura delle norme di diritto patrio; dettare speciali norme per la colonia.

La soppressione di alcune istituzioni indigene si inizia nei confronti di quelle che si trovano in profondo disaccordo e in antitesi con le idee e i principî più fondamentali di giustizia e di rispetto della personalità umana; così come oggi e le une e gli altri, nella coscienza giuridico-sociale dei popoli più evoluti, sono ritenuti inderogabili. A tal fine si comincia col proibire e con l'impedire il traffico degli schiavi, l'esercizio di pratiche religiose che importino sacrifici umani, quelle norme di diritto penale tradizionale che si estrinsecano in atti di crudele violenza.

In un secondo tempo questa soppressione s'indirizza, in modo più generale verso quelle disposizioni del diritto indigeno che appaiono contrarie al fine della colonizzazione.

Delineatasi così ancor meglio la distinzione tra istituti indigeni conservati e altri soppressi o profondamente modificati in conformità all'interesse dello Stato, questo comincia col'applicare addirittura, nei riguardi di alcuni rapporti giuridici, norme del proprio ordinamento.

Ma dove la vera opera legislativa, mirante alla formazione di un vero e proprio diritto coloniale, si appalesa maggiormente è nella terza fase, quella in cui la metropoli detta dette norme in vista delle particolari esigenze della vita economica e dell'ordinamento sociale della colonia.

Il legislatore e il giudice, a cui nella colonia è demandata una funzione molto importante, debbono saper ben valutare un altro fondamentale carattere del concetto di ordine pubblico coloniale: la *eccezionalità*.

Bisogna cioè che l'uno e l'altro sappiano discernere ed intuire fin dove è strettamente necessario che per il raggiungimento dei fini colonizzatori dello Stato si debba derogare al principio generale del rispetto alle consuetudini e agli istituti indigeni.

Insomma sia il legislatore nel dettare le norme, che il giudice nell'interpretarle, è necessario che abbiano un'esatta visione non solo degli essenziali e fondamentali interessi che lo Stato deve perseguire, ma anche dell'importanza che alcuni istituti indigeni hanno nella vita della colonia, per non essere arbitrariamente e con danno enorme o aboliti, mentre potrebbero benissimo sussistere, o mantenuti mentre dovrebbero necessariamente essere soppressi.

Tanto più questa opera di adattamento e di equilibrio deve essere condotta secondo esperienza e conoscenza, quanto si pensi che il principio di ordine pubblico è espresso in quasi tutte le legislazioni degli Stati colonizzatori in maniera vaga e generale per i suoi caratteri di *contingenza* (secondo i luoghi e nel tempo) e di *eccezionalità*, che non permettono di fissarlo con una formula precisa.

Nella nostra legislazione e nella nostra giurisprudenza, la forma che si è soliti usare è la seguente: che il determinato istituto può essere applicato in quanto non sia « incompatibile con lo spirito della legislazione italiana » oppure « in contrasto con lo spirito della nostra civiltà e della nostra legislazione ».

Nel diritto coloniale francese la formula usata è del pari incerta e generale: « les juridictions indigènes appliquent la loi et les coutumes locales en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire aux principes de la civilisation française ». Altre forme usate da legislazioni straniere, sono, in fondo simili per quanto variano nell'avvicinarsi ora più ora meno ad un criterio maggiormente giuridico. Ricordiamo, ancora, quella preferita dalla legislazione inglese per le colonie africane: rispetto delle leggi e consuetudini indigene purchè non siano contrarie alla « justice or morality » (1).

Notiamo poi come il legislatore, anche italiano, abbia ritenuto in ordine al concetto di ordine pubblico, miglior partito il limitarsi ad una vera e propria affermazione di principio che, in seguito, attende di essere concretata, o in altre norme aventi di mira l'applicazione di tale concetto o nell'opera del giudice che si presenta come la più adatta.

L'applicazione di questo concetto viene in definitiva a costituire una specie di equità concessa al giudice coloniale in forma generica e indeterminata, equità che, secondo noi, ne determina un altro carattere fondamentale.

Nell'attività giuridica delle colonie, e con particolare riguardo alle nostre, la funzione assegnata alla giurisprudenza come fonte del diritto assume una portata eccezionale. Come giustamente fa osservare il Cucinotta questa funzione importantissima della giurisprudenza si manifesta in maniera tutta spe-

(1) BORSI: *op. cit.*, pag. 232, nota 3.

ziale nelle nostre colonie libiche. Ad ogni modo avremo occasione di ritornare su questa notevole questione (1).

Secondo noi l'applicazione del concetto di ordine pubblico, necessariamente espresso in forma vaga dal legislatore, lascia un'ampia libertà al giudice di venir formando, attraverso le proprie decisioni, una tradizione basata appunto sull'equilibrio tra le necessità colonizzatrici della metropoli e lo stato politico, sociale ed economico della colonia estrinsecantesi nei costumi, nella religione e negli ordinamenti giuridici indigeni.

In fondo, in colonia, avviene che il giudice con la sua azione e con la sua pratica che si possono definire una vera e propria *equità*, applica quei principi generali che il legislatore ha semplicemente enunciato. Soltanto dopo, il legislatore facendo tesoro della consuetudine formatasi attraverso l'opera del giudice, deve, o almeno dovrebbe, fissare e sancire con la sua norma quanto nella coscienza giuridica della colonia si ritiene definitivamente acquisito.

Ci sembra dunque di aver non solo fissato i caratteri fondamentali di questo concetto, ma anche di aver illustrato su quali processi e su quali basi il diritto coloniale debba trovare la sua vera ragion d'essere.

« Esso abbraccia tre diversi aspetti, e cioè: l'ordinamento del diritto locale o dei vari diritti eventualmente esistenti in colonia, quello del diritto importato ed il coordinamento delle due categorie di diritti. Ciascuno di questi aspetti rappresenta non già un problema ma un sistema di problemi diversi intreciati fra loro.

Dalla semplice enunciazione risulta poi che non è possibile trattarli in generale, ma essi devono essere esaminati in concreto, sulla base dei vari diritti indigeni delle singole colonie » (2).

Terminiamo riportando una felice frase del Solus, che sintetizza il nostro modo di pensare sulla questione dello studio del diritto coloniale, mentre, nello stesso tempo, fissa l'importanza dell'applicazione del concetto di ordine pubblico. « Per quanto eccezionale sia la nozione d'ordine pubblico coloniale, non re-

(1) CUCINOTTA: *op. cit.*, pag. 57.

(2) CARUSI: *Il problema del diritto comparato ecc.*, pag. 94.

sta meno, a nostro criterio, una delle nozioni fondamentali del diritto privato coloniale. E, studiando la sua portata pratica, noi vogliamo dimostrare che essa può essere considerata come alla base di numerosissime disposizioni che, senza di essa, sarebbe difficile spiegare razionalmente e giustificare » (1).

(1) SOLUS: *op. cit.*, pag. 312.

Attuazione del principio nelle nostre colonie

§ 1. — In generale

Nei riguardi delle nostre colonie, il legislatore ha tenuto un comportamento uguale a quello dei legislatori di altri paesi colonizzatori: il rispetto alle consuetudini e agli ordinamenti giuridici indigeni è stato il principio a cui non si è ritenuto opportuno venir meno.

Motivi di vario ordine, hanno consigliato l'adozione di un simile atteggiamento, motivi non solo psicologici e politici ma anche di un carattere più elevato.

E' troppo evidente, per potervi insistere, che ogni ordinamento giuridico, risponde a determinati bisogni e a determinate esigenze dell'associazione umana che lo ha originato. Quando noi ci troviamo di fronte ad una organizzazione giuridica, dobbiamo pur pensare che « il diritto, come sistema, costituisce un dato storico, che si trova esistente, non può essere il prodotto di un'azione politica che lo faccia emergere dalla libera volontà » (1); e regolare la nostra azione in conformità di questi concetti.

Ma, ciò che soprattutto giustifica questo atteggiamento, è la connessione, in quasi tutti i diritti indigeni, tra religione e diritto. Basterà pensare al sistema musulmanistico e a quello ebraico per vedere come questo fenomeno possa essere constatato in sistemi di diritti abbastanza evoluti.

Il nostro legislatore, pure essendosi attenuto a questi principii fondamentali, non ha sempre però — bisogna pur dirlo — compiuto questa opera di riconoscimento attraverso una esatta

(1) CARUSI: *Il problema scientifico ecc.*, pag. 223.

conoscenza degli istituti indigeni ed una giusta valutazione dei vari elementi.

Il principio generale del rispetto alle consuetudini e alle istituzioni giuridiche indigene lo troviamo espresso, per le nostre singole colonie, fin dai primi atti costituiti dai proclami dei comandanti le truppe di occupazione (qualche esempio: proclami dell'ammiraglio Faravelli in data 6 ottobre 1911, del contrammiraglio Borea Ricci in data 7 ottobre 1911, del gen. Caneva in data 13 ottobre 1911 per le colonie libiche). Poi, questo principio, ha trovato una sistemazione più organica nelle leggi e negli ordinamenti giudiziari, mano mano che l'ordinamento delle varie colonie è andato progredendo.

La nostra legislazione, a causa di quanto più su abbiamo detto, è stata spesso caratterizzata da tentennamenti e da incertezze nei riguardi del principio generale del riconoscimento: più volte si è preferito, non certo lodevolmente, seguire le contingenze del momento ed adattare le norme alla progressiva conoscenza che si veniva assumendo su particolari istituti prima poco conosciuti o, addirittura, ignorati.

L'affermazione di questo principio generale è specialmente esplicita, nei riguardi dei nostri sudditi coloniali, per quel che riguarda tutti i rapporti giuridici interessanti « le loro credenze e pratiche religiose, la famiglia, le successioni e lo statuto personale ». Il riconoscimento di determinati istituti è stato affidato, quasi caso per caso, dal silenzio del legislatore all'opera della giurisprudenza.

A secondo delle colonie il riconoscimento appare più o meno ampio: in Eritrea ed in Somalia esso trova più larga applicazione, mentre nella Libia figura più limitato.

Il principio è stato, anche per le nostre colonie, sottoposto ad alcuni limiti; limiti stabiliti dall'altra norma che le istituzioni indigene siano riconosciute e mantenute finchè non si oppongano alla nostra opera colonizzatrice e non si dimostrino inconciliabili con i fondamenti di quella particolare organizzazione giuridico-politica che noi abbiamo inteso instaurare e intendiamo mantenere nelle nostre colonie.

Rimandiamo l'esame delle singole norme legislative, a quando verremo a parlare dell'attuazione di questi due principii per ogni nostra colonia. Come osservazione di carattere generale possiamo intanto notare che tra le varie formule esistenti

nei testi legislativi, le più antiche appaiono imperfette e indefinite come quella contenuta nell'art. 3 della Legge 5 luglio 1882, n. 857 (*alla morale universale ed all'ordine pubblico*); invece nei testi più recenti, ricorre un'espressione che, senza dubbio, ha un carattere maggiormente giuridico (*conformità con lo spirito della legislazione italiana*).

La distinzione operata in Libia tra statuto personale e statuto reale è la conseguenza, più ampia, della limitazione che, per il concetto di ordine pubblico coloniale, si suol porre al principio del riconoscimento.

In seguito a questa ampia distinzione, nel nostro diritto coloniale si son voluti sottrarre al principio generale, e, quindi, alla competenza delle giurisdizioni indigene tutti quei rapporti giuridici che abbiano o possano avere una influenza sull'attività colonizzatrice dello Stato italiano. Così i diritti reali, non si potevano sottrarre alla soggezione alla legge italiana, in quanto troppo strettamente connessi con uno degli scopi più caratteristici della colonizzazione: lo sfruttamento economico. Questo esempio valga ancora a dimostrare come il concetto di ordine pubblico coloniale non possa prescindere nella sua applicazione pratica, da considerazioni non esattamente giuridiche. Uguale trattamento è stato fatto nei riguardi del diritto delle obbligazioni: lo Stato non può ammettere l'assoluta sopravvivenza di consuetudini indigene, dato che questi rapporti troppo da vicino interessano l'attività economico-sociale della colonia; tanto più poi che per essi non si può riscontrare un profondo rapporto con la religione come, invece, accade per il diritto di famiglia.

Nella nostra legislazione il concetto di ordine pubblico coloniale si deve ricavare da norme generali che, per le ragioni già dette, non possono assumere altro che la forma di una generale dichiarazione di principio. La valutazione pratica, condotta caso per caso, della norma generale che un determinato istituto indigeno possa essere applicato « sempre quando non sia incompatibile con lo spirito della legislazione italiana » non può essere affidata che al giudice.

Allo stato attuale degli ordinamenti giudiziarii delle nostre colonie questa funzione del giudice, di un'importanza rilevante, non può essere disconosciuta. Il nostro legislatore, per ragioni che è inutile indagare, non ha mai provveduto a fissare con

norme precise e particolari sia il principio generale che l'eccezione sancita dall'ordine pubblico. Quindi la valutazione e dell'uno e dell'altro è stata ed è, tuttora, opera precipua del giudice.

Finanche nella suddetta distinzione tra i rapporti giuridici, rientranti nei due diversi statuti, la giurisprudenza ha creduto necessario portare la propria opera interpretativa. In una sentenza della Corte d'Appello di Tripoli del 20 gennaio 1915 si legge che « il legislatore italiano, quando dichiarò di conservare le norme consuetudinarie locali, ha inteso riferirsi, anzichè agli istituti più spiccatamente giuridici della legge positiva vigente nel passato regime, che snaturerebbero e neutralizzerebbero l'essenza del diritto patrio, a quella serie di norme consuetudinarie relative ai diritti secondari ed accessori, nei quali più spiccatamente si rileva la particolare influenza religiosa dell'Islam ».

E' il giudice, quindi, che dinanzi al caso concreto, può e deve esaminare se un determinato istituto indigeno si palesi o no « adattabile al concetto fondamentale espresso dal nostro legislatore in materia coloniale, di non alterare le condizioni sociali, giuridiche e religiose della nuova collettività sottoposta al dominio italiano ».

Questo compito elevatissimo della giurisprudenza, si manifesta maggiormente nelle colonie libiche dato, soprattutto, lo stadio di sviluppo dei diritti ivi vigenti: quello musulmano e quello ebraico. Certamente, come fa notare il Cucinotta, questa opera della giurisprudenza coloniale e, in particolare, di quella libica, presenta dei pericoli, per poco che la norma fissata diventi instabile e incerta (1).

D'altra parte, date le numerose lacune esistenti nella nostra legislazione e la scarsa assistenza che essa porge al giudice, specie quando questo si trovi di fronte a rapporti giuridici nuovi e complicati per l'esistenza di diritti diversi, si deve convenire che questa facoltà eccezionale del giudice sia necessaria, e, in certo qual modo, opportuna.

Nè, a parer nostro, questa funzione del giudice coloniale, creatrice di norme, può esser venuta meno dopo l'ultimo ordinamento giudiziario libico del 25 ottobre 1928, n. 3497, qualunque sia stata l'intenzione del legislatore. Nell'art. 1 delle norme

(1) CUCINOTTA: *op. cit.*, pag. 58.

complementari dell'ordinamento giudiziario libico, approvato con Decreto Lt. 15 aprile 1917, n. 938, al secondo comma, era stabilito quanto segue: « Nell'adattare le leggi alle condizioni locali, il giudice deve con le sue decisioni fissare la norma che meglio disciplini i rapporti controversi, *apportando alle leggi quelle modificazioni che, se egli fosse stato legislatore, avrebbe stabilito per regolare gli stessi rapporti di diritto* ». Nel nuovo ordinamento del 1928, invece, questa parte non è stata riprodotta. Ora noi riteniamo che, con questa soppressione, il legislatore non abbia inteso altro che non ripetere una norma dalla quale il giudice riceveva la più ampia giustificazione della sua speciale facoltà. Ma da questo, a credere che lo stesso legislatore abbia voluto del tutto disconoscere tale facoltà, a parer nostro, molto ci corre.

Bisogna riportarsi necessariamente allo stato attuale della nostra legislazione coloniale, per comprendere come quest'opera del giudice non possa venir meno. Ciò finchè il legislatore non senta il bisogno di intervenire con una vera e propria complessità di norme, ispirata ai più alti concetti scientifici; non con la pretesa di sovrapporre artificialmente una legislazione emanata con criteri troppo lontani dalle reali esigenze della vita giuridico-sociale della colonia, ma con il lodevole intento di integrare l'opera del giudice e di addivenire alla costruzione di un vero e proprio diritto coloniale, espressione più alta dell'equilibrio necessario ed indispensabile tra necessità dello Stato colonizzatore e ordinamenti giuridici indigeni.

Non verificandosi tale stato di cose, ancora per del tempo alla giurisprudenza coloniale dovrà essere devoluto il compito, sia esso o no esplicitamente riconosciuto dalla norma legislativa, di venir determinando « prudentemente i limiti e le modalità di adattamento in previsione del fatale affermarsi di un nuovo diritto socialmente più utile alla moderna società ».

« E' evidente che a questo primo esperimento di affermazione giurisprudenziale dovrà prossimamente succedere quello di una prudente azione legislativa rivolta al nuovo diritto italo-coloniale ». (Sentenza 27 giugno-6 luglio 1916 della Corte di Appello di Tripoli, Caffarel estensore).

§ 2. — Eritrea

La nostra prima colonia africana, presenta un interesse particolare ai fini del presente studio. Prima d'inoltrarci nell'esame dell'applicazione del concetto di ordine pubblico, vogliamo esaminare, brevemente, come si presenti allo studioso di diritto coloniale, l'ambiente etnico e giuridico di essa.

Poichè noi abbiamo avuto spesso modo di affermare che non si possa prescindere dalla conoscenza degli istituti giuridici indigeni per fissare i limiti dentro cui è posto il loro riconoscimento, diamo uno sguardo brevissimo allo stato degli ordinamenti giuridici consuetudinari dell'Eritrea.

La diversità di religioni esistente in questa colonia, influisce naturalmente sulla esistenza di più diritti: quelli delle popolazioni cristiano-copte, delle popolazioni musulmane e delle altre infine, pagane, che hanno un diritto esclusivamente consuetudinario. Quest'ultimo, variabile regione per regione, stirpe per stirpe, ha una particolare importanza per lo studioso, non solo perchè non è molto conosciuto, ma anche perchè è molto diffuso avendo le popolazioni cristiane oggi giorno fatto cadere in disuetudine il *Fetha Nagast* e avendo quelle altre recentemente convertitesi all'Islam, il nucleo centrale dei loro istituti giuridici nella consuetudine anzichè nel diritto musulmano.

Di fronte a questa varietà di diritti il nostro legislatore si è attenuto al principio generale del loro riconoscimento; riconoscimento però che non fa distinzione tra i vari diritti esistenti e che è espresso, nei testi legislativi, in maniera generale.

Fin dalla legge concernente i provvedimenti per Assab del 5 luglio 1882, n. 857, è stabilito dall'art. 3 che « rispetto agli individui della popolazione indigena saranno rispettate le loro credenze e pratiche religiose. Saranno regolati con la legislazione consuetudinaria finora per essi vigente il loro statuto personale, i rapporti di famiglia, i matrimoni, le successioni e tutte le relazioni di diritto privato ».

A questa norma affermate il riconoscimento delle istituzioni, si poneva però, nello stesso articolo, una limitazione: essa avrebbe avuto valore « in quanto però quella legislazione non si opponga alla morale universale e all'ordine pubblico ».

Abbiamo già fatto cenno all'imprecisione di questa formula. La limitazione doveva necessariamente farsi valere, prima

di tutto, nei riguardi di quelle norme di diritto penale, proprie degli indigeni e dettate da certe consuetudini, ritenute, giustamente, in aperto contrasto con l'ordine sociale e politico instaurato dallo Stato italiano nella colonia.

Così si sono ritenute contrarie all'ordine pubblico certe usanze delittuose, come la vendetta del sangue, l'uccisione delle figlie nubili rese incinte, la vendita degli schiavi, ecc.

Ancora nell'ordinamento giudiziario approvato con R. D. 2 luglio 1908, n. 325, l'art. 9 ribadisce il principio generale: « Ai sudditi coloniali ed agli assimilati si applica la legge consuetudinaria indigena propria della razza », però « in quanto sia compatibile con lo spirito della legislazione e della civiltà italiana ».

Riguardo all'espressione « propria della razza » ci limitiamo a rilevare come essa sia un riconoscimento di quanto abbiamo più su accennato sulla grande varietà delle consuetudini indigene esistenti nell'Eritrea.

Da questi principii generali e dalla sempre maggiore limitazione compiuta nei riguardi degli istituti giuridici indigeni penali, ne è derivato come conseguenza che tutta la materia interessante quest'ultimi, sia stata sottoposta alla legislazione italiana. Così vediamo che il concetto di ordine pubblico ha operato specialmente in questa direzione con lo scopo, da una parte, di reprimere tutte le consuetudini criminose dimostrate incompatibili con « lo spirito della legislazione italiana »; dall'altra parte di estendere l'impero della legge della metropoli su una materia strettamente legata al mantenimento di un ordine sociale tale da permettere l'ulteriore sviluppo dell'opera colonizzatrice.

Notiamo ancora, come nell'ordinamento giudiziario del 1908 si stabilisce, sempre nell'art. 9, che si dovrà tener conto « delle consuetudini indigene, per la valutazione delle circostanze scusanti, minoranti od aggravanti e si applicherà il diritto consuetudinario per il risarcimento dei danni ».

In ordine a quest'ultima disposizione è da notare che per concorde opinione della giurisprudenza tale temperamento non possa estendersi, appunto per motivi di ordine pubblico, fino a modificare i principii generali del nostro diritto penale che, è bene ricordarlo, ha piena efficacia nella colonia (1).

(1) CUCINOTTA: *op. cit.*, pag. 53, nota 2.

Fra le misure assunte dal nostro legislatore — sempre in ordine alla materia penale e con lo scopo di reprimere certe consuetudini indigene — va ricordata la recente facoltà concessa al giudice, « di applicare una pena inferiore alla minima stabilita dalla legge italiana » (art. 9 dell'ordinamento giudiziario del 7 febbraio 1926, n. 342).

Effetto del riconoscimento dell'efficacia del diritto consuetudinario, è la norma sancita nell'art. 72 del vecchio ordinamento giudiziario e nell'art. 71 del nuovo, per la quale « i capi indigeni riconosciuti dal Governo giudicano in primo grado delle controversie civili solo fra gli indigeni sudditi coloniali o assimilati, da essi dipendenti ». Questa norma subisce un'eccezione derivante dal concetto di ordine pubblico, in quanto nell'art. 74 lett. a (R. D. 2 luglio 1908, n. 325) si legge che i Commissari e i Residenti conoscono in prima istanza anche « di quelle cause di competenza dei capi indigeni che, per ragioni di opportunità o di ordine pubblico, credono di avocare a sè ».

Ragioni di ordine pubblico, hanno indotto anche a conferire al Governatore della Colonia la facoltà di modificare il diritto consuetudinario indigeno, in modo da renderlo compatibile « con i principii fondamentali della legge italiana ». A questo fine sono ispirati alcuni decreti governatoriali, quali quello del 26 dicembre 1903, n. 267, che apporta modificazioni sulla consuetudine seguita dagli indigeni per la rivendica dei quadrupedi smarriti o rubati, e l'altro del 14 marzo 1909, n. 846, col quale furono proibite alcune intimidazioni legali (1).

§ 3. — Somalia

In Somalia il diritto vigente è quello musulmano del rito hanafita: non si può dire però che esso sia seguito nella sua vera essenza in quanto appare fortemente inquinato e, quindi, modificato dal diritto consuetudinario esistente in questa colonia, già prima della espansione della religione musulmana. Il diritto musulmano vige allo stato, diciamo così, più puro nelle città e nei centri della costa: diversamente, il predominio della con-

(1) CUCINOTTA: *op. cit.*, pag. 51, nota 1.

suetudine si verifica nelle popolazioni dell'interno (1) nè deve trarre in inganno il fatto che la giurisdizione indigena sia affidata al *qadi*: ci troviamo di fronte, più che altro, a ragioni di opportunità religiose, in quanto la religione seguita in Somalia è quella musulmana.

Per la Somalia, dunque, è il caso di parlare dell'esistenza di un vero e proprio diritto consuetudinario inquadrato in una cornice musulmanistica, che opera maggiormente nei rapporti di famiglia, mentre il primo ha un'influenza quasi decisiva nei diritti reali, nelle obbligazioni e nel diritto penale (2).

Il principio del riconoscimento dei diritti indigeni nella Somalia risente del particolare ambiente etnico-sociale della colonia. Lo stato di civiltà di queste popolazioni, in gran parte nomadi e sempre restie ad ogni possibilità di fissarsi al suolo, la particolare struttura dei loro gruppi, sono tutte ragioni che hanno indotto il legislatore ad affermare un principio abbastanza largo di rispetto alle istituzioni indigene.

Affermazione di questo principio è il disposto dell'art. 4 del R. D. 1910, n. 708, riguardante il regolamento per l'amministrazione della giustizia nella Somalia italiana: « le cause in cui siano interessati esclusivamente sudditi coloniali od assimilati, vengono giudicate secondo le norme del diritto musulmano (*Sceria*) e del diritto consuetudinario (*testur*) » ripetuto poi nel R. D. 20 dicembre 1923, n. 3036, con una variante nei riguardi della parità di efficacia riconosciuta nel precedente articolo ai due diritti; si legge infatti all'art. 3: « le cause in cui siano interessati esclusivamente sudditi coloniali o assimilati, vengono giudicate secondo le norme del diritto musulmano (*Sceria*), in quanto non sia modificato dalla consuetudine (*testur*) ».

Altra applicazione pratica del principio generale al quale il nostro legislatore ha ritenuto opportuno attenersi, è quella riguardante la competenza in materia penale riconosciuta al *qadi* « a giudicare in prima istanza di reati commessi da sudditi coloniali o assimilati » (art. 27); escludendo però da questa competenza sia « tutti i delitti non compresi nell'art. 29 commessi in danno di cittadini o stranieri da sudditi coloniali o assimi-

(1) Sui rapporti tra diritto consuetudinario e diritto musulmano in Somalia, ved. la vasta bibliografia citata dal CUCINOTTA a pag. 45 nota 2.

(2) MASSIMO COLUCCI: *Principii di diritto consuetudinario della Somalia italiana meridionale*. Firenze, « La Voce », 1924.

lati », che sono di competenza del Residente, sia quelli altri che, a tenore dell'art. 29 del R. D. 20 dicembre 1923, n. 3036, sono di competenza della Corte di Assise e cioè quelli « che per il codice di procedura sono devoluti alla competenza della Corte di Assise nella madre patria, salvo le eccezioni del presente ordinamento ».

Ispirata, in sostanza, sempre allo stesso principio è l'esistenza del Tribunale indigeno, il quale conosce in appello sia delle controversie civili che di quelle penali giudicate in prima istanza dal *qadi*. Una limitazione esiste, per la materia penale, in quanto il Tribunale indigeno è presieduto dal residente, rimanendo però lo stesso un organo di giurisdizione indigena giudicante secondo i diritti consuetudinarii.

Un primo e forte temperamento al principio generale è sancito da quanto dispone l'art. 3 del R. D. 8 giugno 1911, n. 937, che ripete la stessa disposizione contenuta nell'art. 4 del R. D. 7 luglio 1910, n. 708: « Il Governatore con decreti motivati può introdurre nel diritto indigeno le modificazioni richieste per renderlo compatibile con i principii fondamentali delle leggi italiane ».

Abbiamo già visto come uguale facoltà sia concessa anche per la Colonia Eritrea: in ambedue i casi il principio dell'ordine pubblico è affermato in modo tale da poter ridurre di molto l'efficacia del principio opposto. Ancora per la Somalia, il potere riconosciuto al Governatore di poter procedere d'ufficio alla revisione delle sentenze del *qadi* e del Tribunale indigeno (oltre alla normale conoscenza in ultima istanza delle sentenze sia penali che civili di quest'ultimo), è un'altra prova della limitazione sancita dal legislatore.

Un organo giurisdizionale tutto particolare della Somalia ed istituito in vista di quelle speciali condizioni d'ambiente a cui abbiamo accennato al principio di questo paragrafo, è il *Tribunale regionale dell'indigenato*.

Questo Tribunale ha giurisdizione esclusivamente penale di primo grado, ha una composizione amministrativo-militare, in quanto è presieduto dal funzionario coloniale della regione e composto dal residente e dal comandante del presidio.

Nella sua eccezionalità si presenta proprio come un organo preposto alla tutela e alla conservazione dell'ordine pubblico della colonia, in quanto destinato a reprimere quelle determi-

nate manifestazioni della vita indigena originate dalle più caratteristiche consuetudini che, però, si ritengono non solo contrarie allo spirito delle leggi italiane, ma anche, e soprattutto, a quel particolare ordine pubblico e sociale che si ritiene necessario alla vita della colonia. Tutto ciò risulta facilmente dalla competenza attribuita a questo Tribunale, che assume anche un carattere tutto politico.

Conosce delle infrazioni commesse da sudditi coloniali o assimilati contro lo Stato ed il Governo coloniale, infrazioni derivanti dalle consuetudini indigene o determinate dall'ambiente e dalla vita sociale dei gruppi e tali, infine, da perturbare, più o meno profondamente la vita e l'ordine di alcune parti della colonia.

Oltre alla limitazione rappresentata da questo importantissimo e caratteristico organo giurisdizionale, altre ne esistono nella Somalia: una prima è quella per la quale i sudditi coloniali e gli assimilati hanno facoltà di adire le giurisdizioni stabilite per gli Italiani, rimanendo, ben inteso, soggetti alle leggi italiane applicate in colonia. Questa rinuncia però alle proprie giurisdizioni non può essere dagli indigeni estesa alle questioni riguardanti il loro statuto personale e le relazioni di famiglia: queste rimangono sempre di competenza dei tribunali indigeni. Una seconda è costituita dalla introduzione graduale dello stato civile secondo le norme degli articoli 34 e 37 del Regolamento per l'amministrazione regionale locale emanato con R.D. 15 gennaio 1912 n. 814. Le funzioni attinenti a queste norme sono esercitate dai *qadi* per i sudditi coloniali e assimilati su appositi registri.

Ispirata ancora al principio dell'ordine pubblico è la norma — uguale a quella esistente per l'Eritrea — per cui al giudice « nelle cause, nelle quali siano imputati sudditi coloniali od assimilati, è data facoltà di applicare ai medesimi una pena inferiore alla minima stabilita dalla legge italiana ». (art. 29 R.D. 20 dicembre 1923).

Concludendo, possiamo dire che in Somalia il principio dell'ordine pubblico riceve degli importanti riconoscimenti che culminano in quel caratteristico tribunale dell'indigenato di cui abbiamo fatto cenno più sopra.

§ 4. — Libia

La presenza nelle colonie libiche di due diritti abbastanza evoluti, quali quello musulmano e quello ebraico, rende specialmente interessante lo studio degli ordinamenti indigeni.

Per quel che riguarda il diritto musulmano dobbiamo ancora dire che esso, qui, si presenta molto diverso da quello vigente in Somalia ed in Eritrea: in Libia il diritto musulmano ha vigore, senza infiltrazioni consuetudinarie estranee al suo sistema ed è seguito secondo gli insegnamenti del *fiq*; e, delle quattro scuole in cui si suol distinguere il sistema musulmanistico, in Libia è seguita quella Malikita; per quanto a questa distinzione non si debba erroneamente attribuire molto valore giuridico.

In Cirenaica bisogna notare una parziale deroga a questo principio, poichè le tribù dell'interno hanno una consuetudine che, rispetto al diritto musulmano, assume qualche volta una funzione primaria (1).

Il principio del riconoscimento della validità di questi diritti, è stato, nella Libia, proclamato in termini generali fin dai primi proclami dei comandanti delle truppe. Però il riconoscimento, sia in questi primi momenti della nostra occupazione, sia in seguito con il progredire della sistemazione delle due colonie, è stato limitato soltanto ai rapporti di famiglia, alle successioni e alle pratiche e credenze religiose.

Per le consuetudini prevalenti presso le tribù della Cirenaica l'efficacia del riconoscimento ha avuto la stessa estensione che per i due diritti predominati. Delle norme speciali in vista di esse sono sancite nell'art. 54 della legge organica per la Tripolitania e la Cirenaica del 26 giugno 1927 n. 1813, il quale stabilisce che i capi tribù devono essere designati secondo le consuetudini, fermo restando al Governatore il diritto di nominarli. Il seguente art. 55 contiene un altro richiamo alle consuetudini: il capo « esercita nell'ambito della tribù le facoltà e i poteri disciplinari consentiti dalle consuetudini riconosciute dal gruppo »; invece, secondo il decreto luogotenenziale 31 ottobre 1919, numero 2401, abrogato dalla legge del 1927, il riconoscimento della competenza dei capi tribù andava più oltre di quella san-

(1) Vedi in proposito COLUCCI: *Il diritto consuetudinario delle tribù della Cirenaica*, in « Rivista Coloniale », 1927, pag. 24.

cita dall'art. 55 testè esaminato: infatti l'art. 22 di quel decreto, riconosceva ai capi tribù una competenza disciplinare e giurisdizionale (1).

Notiamo ancora che, mentre prima della legge organica del 1927 e dell'ordinamento giudiziario del 1928, i cittadini libici israeliti godevano di un riconoscimento esplicito la sua efficacia in ordine agli stessi rapporti giuridici per i quali vigeva, rispetto ai musulmani, l'imperio del loro diritto, le cose sono state parzialmente modificate. Sia nel R. D. 1° giugno 1919, n. 931, (statuto per la Tripolitania) che nel D. Lt. 31 ottobre 1919, n. 2401, (statuto per la Cirenaica) — ambedue abrogati dalla legge del 1927 — si stabiliva, rispettivamente negli articoli 29 e 31 che « le materie relative allo statuto personale, ai diritti di famiglia, al diritto successorio e alle pratiche religiose », fossero portate a conoscenza « dei tribunali della Sceria nei riguardi dei cittadini musulmani » ed a conoscenza « dei tribunali rabbinici nei riguardi dei cittadini israeliti ». Analoghe disposizioni erano contenute nel R. D. 20 marzo 1913, n. 289, approvante l'ordinamento giudiziario. Nelle nuove norme, invece, le controversie tra indigeni israeliti relative al diritto successorio sono state sottratte alla competenza del Tribunale rabbinico.

Notato questo per gli ebrei libici, possiamo esaminare quali norme sanciscano il principio generale del riconoscimento. Nell'art. 6 del R. D. 1° giugno 1919 e, anche, nell'art. 6 del D. Lt. 3 ottobre 1919 troviamo la seguente espressione: « E' garantito il rispetto alla religione, ai principii e alle consuetudini locali ». Abrogati questi due decreti dalla legge organica del 26 giugno 1927, n. 1013, l'espressione è rimasta quasi invariata nell'articolo 37 di questa nuova legge: « E' garantito il rispetto delle religioni e delle consuetudini indigene ». Inoltre l'art. 36, sempre della stessa legge, dice al primo comma: « I cittadini italiani libici conservano i propri statuti personali e successorio, se di

(1) Nella nuova legge organica della Libia (R. D. L. 3 dicembre 1934, n. 2012) la nomina dei capi-tribù è demandata al commissario generale (art. 17): non si fa, però, nessun richiamo alle consuetudini. Invece il disposto dell'art. 55 della legge organica del 1927 è integralmente riprodotto nel secondo capoverso dell'art. 18, di quella nuova.

religione musulmana; e il proprio statuto personale, se di religione israelita » (1).

L'art. 56 riassume in sè non solo il principio generale del riconoscimento, e quindi della competenza dei tribunali indigeni, ma anche la limitazione di cui parleremo appresso: « La giustizia civile e penale è amministrata dalla magistratura ordinaria, all'infuori dei casi previsti dalla legge per la difesa dello Stato 25 novembre 1926, n. 2008, e delle materie indicate nel comma successivo.

I Tribunali della Sceria giudicano delle questioni relative allo statuto personale, al diritto di famiglia, al diritto successorio e alle pratiche religiose dei cittadini libici musulmani. Le stesse competenze, eccettuato il *diritto successorio*, hanno i tribunali rabbinici per i cittadini libici israeliti » (2).

Ricordiamo, infine, l'art. 10 in cui è stabilito che i codici metropolitani estesi alla Libia, di diritto, « devono essere osservati, per quanto è consentito dalle condizioni locali, tenuto conto delle tradizioni e delle consuetudini locali » (3).

Una prima rilevante deroga è stata apportata al principio, con il disconoscimento dell'efficacia degli ordinamenti indigeni in ordine a quello che suol chiamarsi statuto reale. In Libia questa limitazione è stata, fin dal primo momento, decisamente e nettamente stabilita. Non ripeteremo i motivi d'indole generale che influiscono in una colonia sull'ammissione di questa deroga al principio generale del riconoscimento delle istituzioni indigene.

Soltanto vogliamo attirare un po' l'attenzione sul significato particolare che questo provvedimento assume per la Libia in quanto i fini che la nostra colonizzazione si prefigge di raggiungere in questa colonia mediterranea, hanno, senza dubbio, influito sulla decisione di sottrarre alla competenza dei tribunali indigeni tutto quell'insieme di rapporti giuridici che si riporta allo statuto reale.

(1) La nuova legge organica per la Libia, ripete nell'art. 41, la stessa dizione dell'art. 37 della legge organica del 1927: soltanto è stato sostituito l'attributo « indigene » con quello « locali ». Lo stesso dicasi per quanto dispone l'art. 36 che è ripetuto nell'art. 40 della nuova legge.

(2) Anche per quanto riguarda l'art. 56, la nuova legge organica non apporta nessuna modifica e ripete la stessa dizione nell'art. 28.

(3) Anche questo principio resta del tutto invariato nella nuova legge organica (art. 43).

Qui vediamo agire proprio la nozione di ordine pubblico coloniale nel suo più ampio compito di difesa dell'azione colonizzatrice della metropoli e, quindi, dello speciale ordine economico-sociale che essa vuol stabilire nella colonia.

A questo fine risponde il R. D. 20 novembre 1911, n. 1248, col quale si vietava, per una prima tutela della proprietà terriera, la vendita degli immobili fra gli indigeni e i coloni italiani, in modo da impedire che si venissero a creare degli stati di fatto e di diritto tali da pregiudicare l'ulteriore razionale sfruttamento delle terre. Così, pur riaffermandosi il principio del rispetto di tutte quelle forme di proprietà fondiaria conformi al diritto musulmano, si è stabilito che le controversie in ordine a questi rapporti fossero di competenza dei tribunali ordinari, in modo che lo sviluppo agricolo della colonia, non ne venisse intralciato.

Con le ultime disposizioni su le concessioni in Libia (R. D. 7 giugno 1928, n. 1695; D. M. 30 luglio 1928), appare chiaramente come « il fine della colonizzazione libica è ormai non solo di porre in valore le terre mediante l'agricoltura, ma anche di popolare la colonia con famiglie di contadini italiani: non più, dunque, unicamente valorizzazione economica ma colonizzazione demografica (1).

Sempre dall'art. 56, risulta che tutta la materia di diritto penale è sottoposta alla competenza dei tribunali ordinari.

Un principio generale di ordine pubblico non è stato più riportato nel nuovo ordinamento giudiziario del 1928, a differenza di quello del 1913, in cui all'art. 71 si stabiliva che si sarebbero dovute osservare le tradizioni e le consuetudini locali sempre in quanto fossero state « compatibili con lo spirito della legislazione italiana ».

Al concetto in esame risale un istituto caratteristico stabilito dal legislatore: quello del *visto*.

Nell'ordinamento giudiziario del 1913, gl'istituti riconosciuti necessari a rendere esecutive le sentenze delle magistrature indigene, erano due: il *visto* e l'*omologazione*. Il primo, apposto dal giudice regionale, era necessario per l'esecutorietà delle sentenze pronunciate sia dal *qadi* che dal tribunale rabbinico, in tutte le controversie rientranti nella loro competenza. Invece,

(1) CUCINOTTA: *op. cit.*, pag. 328.

per le quistioni di diritto successorio, l'istituto previsto dalla legge per la esecutorietà era l'altro della omologazione (articoli 8 e 9). Per il rifiuto di omologazione, da parte del giudice regionale, era ammesso il ricorso alla Corte di Appello per la Libia.

Questa distinzione, fatta dal legislatore, è stata, fino al nuovo ordinamento giudiziario, riconosciuta dalla giurisprudenza. Anzitutto fu riconosciuta una funzione regolatrice dei rapporti tra giurisdizioni indigene e giurisdizione ordinaria, nel senso che le decisioni delle prime non potevano avere esecutorietà se non dopo l'intervento di un'altra magistratura, ritenuta pertanto superiore. In ordine, poi, alla omologazione, la giurisprudenza fu unanime, nel riconoscere a questo istituto, una importanza maggiore del visto, in quanto richiesto per una materia interessante, più delle altre, l'ordine sociale e giuridico della colonia. Tanto è vero che la Corte stabiliva il principio che, in ordine a questo istituto, il giudice dovesse condurre un esame tendente ad accertare: primo, la competenza per materia e per territorio del tribunale indigeno; secondo, i requisiti formali della decisione; terzo, il rispetto del contraddittorio e della logicità delle motivazioni; quarto, *l'omaggio all'ordine pubblico e al diritto pubblico cittadino*.

In una sentenza del 6 settembre 1916 la Corte di Appello di Tripoli dovendo decidere se si dovesse o no concedere l'omologazione ad una sentenza emessa da *qadi* a proposito di un istituto caratteristico musulmano: la *walia* (1), non potè esimersi dall'esaminare se l'istituto in parola fosse o no da ritenersi abolito in quanto contrario allo « spirito della legislazione italiana o alle leggi proibitive del Regno o riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ».

La Corte finiva col concedere l'omologazione reputando l'istituto della *walia* non contrario all'ordine pubblico, in quanto la sopravvivenza di questo rapporto tra ex schiavo e padrone non implicava altro che il riconoscimento di una particolare forma di successione senza che la questione della schiavitù vi rientrasse per alcun motivo. Secondo lo spirito di questa sentenza l'abolizione di un istituto indigeno bisogna che sia con-

(1) Istituto stabilente un vincolo anche di natura successoria tra l'ex schiavo emancipato ed il padrone.

sigliata da particolari ed evidenti necessità perchè sembra « poco giustificabile nè consono alla liberale tradizione nostra, sancire senza nessuna necessità giuridica nè politica l'abolizione di una norma, il che potrebbe recare quel perturbamento dell'ordine pubblico che si vuol tutelare ». Aggiunge poi essere « evidente che non sempre ciò che è contrario all'ordine pubblico od anche al buon costume della Madre patria, debba considerarsi tale nella colonia ».

Ritornando alla questione del visto, concepito come una limitazione alla potestà giurisdizionale delle magistrature indigene, possiamo esaminare le modificazioni apportate dal nuovo ordinamento giudiziario del 1928.

All'art. 37, si stabilisce che il visto debba esser posto dal giudice regionale, però non si fa più distinzione tra visto e omologazione. Il che vuol dire che per il diritto successorio vige la stessa forma di esecutorietà che per gli altri istituti lasciati di competenza del giudice indigeno.

Naturalmente nei confronti degli israeliti cittadini libici il visto non può sussistere per il diritto successorio dato che esso è stato sottoposto alla competenza dei tribunali ordinari.

Sempre nello stesso articolo è espressamente dichiarato che il giudice deve accertare « se siano stati osservati i limiti della competenza per materia, e se la decisione contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico ». Si stabilisce inoltre nell'ultimo comma che, nel caso di rifiuto del visto — rifiuto che rende inesecutiva la sentenza — contro il provvedimento del giudice regionale non è ammessa impugnativa. L'art. 38 e l'art. 45 conseguentemente stabiliscono che le sentenze dei tribunali sciaraitici e dei tribunali rabbinici, munite del visto sono eseguite a cura dei rispettivi tribunali. Alle sentenze del tribunale sciaraitico superiore, il visto di esecutorietà è dato dal Presidente della Corte di Appello (art. 41).

Un altro concetto ispirato al principio di ordine pubblico, è quello per cui, — nello stesso modo già visto per le altre due colonie — i cittadini libici musulmani e gli stranieri musulmani hanno facoltà di derogare alla giurisdizione dei tribunali sciaraitici per le controversie relative allo statuto successorio e per esse soltanto.

Nel corso di questo lavoro abbiamo avuto modo, più volte, di ricordare la funzione della giurisprudenza libica, esprimendo

pure la nostra opinione specialmente a proposito della soppressione del secondo comma dell'art. 1 del D. Lt. 15 aprile 1917, n. 938.

Qui vogliamo soltanto dare degli esempi pratici sull'opera svolta dalla giurisprudenza, nei riguardi di certi istituti indigeni riconosciuti o ritenuti, invece, inapplicabili.

Sull'applicabilità dell'istituto della *walia* abbiamo già fatto cenno a proposito del visto, necessario per le esecutorietà delle sentenze indigene.

Su un altro istituto l'opera della giurisprudenza si è manifestata particolarmente feconda e per il numero delle decisioni e per il modo chiaro con cui ne ha riconosciuto l'ammissibilità. Vogliamo alludere al diritto di retratto (*shuf'ah*) vigente non solo nel diritto musulmano ma anche in quello ebraico. Questo istituto, conosciuto anche nel nostro diritto comune, ha avuto però un riconoscimento parziale da parte della nostra giurisprudenza, che, pur ritenendolo compatibile con lo spirito della legislazione italiana, e con « il concetto della proprietà secondo il diritto patrio », ha voluto che esso venisse applicato soltanto nei rapporti fra condomini e non anche in quelli tra proprietari confinanti. Questa distinzione veniva affermata da una sentenza del 5 marzo 1924 della Corte di Appello di Tripoli, secondo la quale l'esercizio della *shuf'ah* non veniva riconosciuto « come spettante al confinante » in quanto questo esercizio avrebbe leso « troppo profondamente il concetto di proprietà che si concreta col diritto di liberamente disporre della cosa propria. Nella *shuf'ah* esercitata *iure comproprietatis* sussistono ragioni logiche e giuridiche che la giustificano, dato lo speciale ed estesissimo regime della comproprietà; manca qualsiasi ragione quando la *shuf'ah* si volesse accordare anche al proprietario confinante. Il legislatore patrio ha avuto il massimo rispetto per tutto il diritto consuetudinario locale, *ma non può, senza recare grave offesa allo spirito della propria legislazione, far rivivere degli istituti riconosciuti da una cessata legislazione, specie quando questi istituti servono a creare inceppi alla libera commerciabilità degli immobili* ».

Abbiamo riportato per esteso questa decisione della Corte libica, perchè i termini entro cui si avverano il riconoscimento e la limitazione della validità delle consuetudini indigene, sono ben definiti e rendono evidente a quali concetti politici, sociali

ed economici, il giudice debba ispirarsi nell'interpretare giustamente il pensiero del legislatore. Infatti il diritto di *shuf'ah* esercitato dal condomino, non è stato ritenuto contrario allo spirito della nostra legislazione, per delle ragioni che vanno ricercate, soprattutto, nei contatti che questo istituto dimostra con certe contingenze della vita sociale indigena: in molte decisioni si trova un chiaro cenno a queste particolari condizioni d'ambiente e cioè ai rapporti dell'istituto con la compagine familiare che, attraverso l'esercizio del diritto in parola, riceve una notevole difesa. D'altra parte un altro scopo della *shuf'ah* è quello di evitare che nel rapporto di condominio entrino, insieme con i musulmani, individui estranei all'Islam.

Un altro istituto, ancora di diritto musulmano, ha avuto, da parte della giurisprudenza, un riconoscimento parziale nel senso che la sua efficacia non è stata riconosciuta così come si presenta nel sistema musulmanistico: vogliamo parlare del *waqf*.

Il *waqf* per la sua particolare costruzione giuridica che lo fa ora avvicinare alle fondazioni pie, ed ora, invece, ad una speciale forma di fidecommesso di famiglia, è un istituto tipico del diritto musulmano. Per le conseguenze economiche a cui dà origine e per la larga diffusione che ha avuto, ed ha tuttora, nella terra d'Islam, è stato oggetto di studio anche da parte di europei, allo scopo, soprattutto, di conciliare la sua natura giuridica, con il principio economico della commerciabilità delle terre. Appunto per questi problemi a cui dà origine il *waqf*, gli Stati colonizzatori se ne sono occupati e preoccupati.

La nostra legislazione, al riguardo, s'è limitata a dettare delle disposizioni concernenti l'amministrazione dei beni costituiti in *waqf*, lasciando alla giurisprudenza il compito di stabilire fin dove il riconoscimento di questo istituto fosse possibile, senza ledere i principii fondamentali della nostra colonizzazione.

Così si è finito col riconoscere ai tribunali indigeni una competenza limitata soltanto alle questioni interessanti l'ordine di successione dei beneficiarii intermedi (nel caso, più comune, del *waqf* a forma fidecommissaria), la nomina e la revoca degli amministratori; per tutto il resto e, dove specialmente si presentano questioni interessanti la vera natura giuridica dell'istituto, la competenza è devoluta ai tribunali ordinari, che, però, applicano il diritto musulmano.

Numerose sono le decisioni in proposito, oltre che della

Corte d'Appello di Tripoli, dei tribunali regionali e degli Uffici fondiari; non mancano nemmeno, come per l'istituto della *shuf'ah*, sentenze della Suprema Corte. Ad ogni modo, pur con il temperamento introdotto, della competenza devoluta agli organi giurisdizionali ordinari, « si può bene affermare che il regime dei beni *awqaf* e le norme regolatrici dei contratti per la utilizzazione di tali beni, sono sostanzialmente gli stessi che vigevano in Libia prima dell'occupazione italiana » (sentenza della Corte di Cassazione del 30 dicembre del 1918).

Altri istituti ha riconosciuto la nostra giurisprudenza avendo particolare riguardo alla eventuale correlazione con gli ordinamenti famigliari e sociali degli indigeni. Così, per il sistema delle prove, è riconosciuto valido quello musulmano basato esclusivamente sul giuramento; lo stesso, per la validità delle donazioni fra indigeni, per cui si riconosce che, per la mancanza di tradizione e per l'esistenza del semplice consenso, la legge islamica possa regolare tali atti in quanto quelle norme non sono da ritenersi contrarie all'ordine pubblico, ma, invece, compatibili, con lo spirito della legislazione italiana; ancora per la donazione è stata riconosciuta valida la norma per cui il donante può donare tutto, non esistendo in diritto musulmano la categoria degli eredi riservatarii, ritenendosi che il disconoscimento di una tale norma « perturberebbe la compagine economica e morale della famiglia musulmana retta dalla volontà ed autorità del padre » (sentenza della Corte di Tripoli 29 marzo 1922).

Al principio opposto dell'ordine pubblico si è attenuta, invece, la nostra giurisprudenza nel negare ogni validità a certi istituti: è stato riconosciuto incompatibile, « con lo spirito della nostra civiltà e della nostra legislazione », l'istituto della *diyah*, la composizione nei reati di sangue; è stato riconosciuto punibile secondo le norme della legge penale italiana il reato di bigamia di una donna indigena musulmana.

In conclusione riteniamo di aver sufficientemente dimostrato che, allo stato attuale della nostra attività legislativa e giurisprudenziale nelle colonie, ci si possa ormai considerare maturi per procedere più oltre verso la costruzione del diritto coloniale italiano, costruzione che, però, deve procedere su basi essenzialmente scientifiche.

Il contratto di *mugharasah*

Sul contratto di mugharasah, la letteratura europea non è molto ricca e ancor meno lo è quella italiana. Eppure, esso oltre ad essere largamente applicato nei rapporti giuridici inerenti all'agricoltura, in tutta l'Africa del Nord, si è inserito, seppure con trasformazioni abbastanza profonde, nel nostro diritto coloniale. Con lo sviluppo della colonizzazione libica, il regime delle concessioni ha largamente adottato per la regolamentazione dei rapporti tra colono e concessionario il contratto di mugharasah (in volgare mogarsa), facendolo entrare in quel diritto coloniale, che bisogna appunto vedere e considerare nella sua specifica ed inconfondibile funzione di regolatore dei rapporti privati nascenti dal conflitto o dalla compenetrazione del diritto metropolitano con quello indigeno.

Ma a parte questa evidente importanza pratica, il contratto non è stato largamente e profondamente studiato anzitutto nel suo campo naturale: il diritto musulmano. Specie sulle origini storiche dell'istituto, esistono le opinioni più disparate, opinioni che si sono affermate in modo del tutto incompleto e, qualche volta, arbitrario.

Nei riguardi della mugharasah — specie per quel che riguarda la giurisprudenza coloniale e la scarsissima letteratura italiane — si ripete il solito male che non è difficile constatare in altri studi pertinenti al diritto musulmano: mancata consultazione delle fonti e, nello stesso tempo, ricorso alle traduzioni, quasi sempre fatte molti anni fa da autori francesi, i quali, ora, non hanno più seguito neanche presso i loro connazionali in quanto, in Francia, gli studi di diritto musulmano hanno assunto una serietà ed un'importanza veramente notevoli.

Non solo si sono formate delle erronee concezioni sull'evoluzione storica dell'istituto, evoluzione che dall'esame dei testi

può essere — almeno secondo noi — ricostruita con una certa facilità; ma sulla stessa natura della mugharasah, si son volute formulare mille congetture del tutto gratuite. Vogliamo alludere allo sforzo tanto assurdo quanto inutile, di avvicinare il contratto a degli istituti europei più o meno moderni allo scopo di trovare, ad ogni costo, uno o più punti di riferimento con i contratti agricoli europei.

Così ne sono derivate o delle definizioni assurde o delle deformazioni arbitrarie, quando — secondo noi — il contratto di mugharasah deve essere studiato come un contratto tipico del sistema musulmanistico, tanto più che esso si basa — come qualche altro istituto — su quella valutazione specifica dell'elemento lavoro che costituisce un inconfondibile principio del diritto musulmano.

Nel corso del nostro studio ci atterremo, appunto, al principio di studiare la mugharasah così com'è, cercando di spiegarne l'origine e, successivamente, la vera essenza, rifuggendo dal compiere paragoni con istituti europei che se possono avere qualche ingannevole punto di contatto con essa, se ne distaccano profondamente soprattutto per struttura giuridica.

Se un principio può essere enunciato per quanto riguarda una certa connessione tra il contratto di mugharasah ed il diritto europeo, tale principio può essere soltanto quello, che, per la rilevanza che il lavoro ha nel sistema musulmanistico e, in special modo, nel contratto di cui ci occupiamo, il diritto musulmano ha precorso modernissime tendenze che, appunto, cercano di valorizzare l'elemento lavoro immettendolo nei nostri sistemi giuridici.

In un ultimo capitolo, poi, tratteremo brevemente, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Appello della Libia, degli aspetti speciali di quel contratto agricolo introdotti di recente nella nostra colonia mediterranea e che, pur avendo assunto il nome mugharasah (mogarsa), ben differisce, nella sua essenza, dal tipico contratto musulmano.

Origini e natura del contratto

Il contratto di *mugharasah*, nella sua essenza caratteristica quale appare attraverso lo studio delle fonti e della sua pratica attuazione nel campo dei normali rapporti giuridici, non è altro che una forma speciale di associazione tra capitale e lavoro, nella quale, quest'ultimo, assumendo una rilevanza tutta particolare, deve compiere una trasformazione del primo, aumentandone il valore. Il compenso che spetta al lavoro per l'accrescimento dell'elemento capitale è costituito da un acquisto di diritti reali, sottoposto ad una determinata condizione.

In altri termini, col contratto di *mugharasah*, si realizza una stretta ed equilibrata cooperazione tra l'elemento capitale e l'elemento lavoro, allo scopo di raggiungere, da una parte, il fine economico della valorizzazione delle terre e, dall'altra, quello altamente sociale che s'impenna sul concetto — proprio del diritto musulmano — che il lavoro per sè solo, è un mezzo sufficiente per l'acquisto di diritti reali.

Quindi, un negozio giuridico abbastanza complesso e nel quale si nota un principio associativo che nello stesso momento in cui nasce, determina già, sia pure sotto una condizione, la propria fine e la susseguente nascita di un nuovo rapporto di diritto reale, la comproprietà, tra il proprietario del fondo da valorizzare (capitale) ed il coltivatore (lavoro).

Da questo sommario accenno alla complessità del contratto, è facile arguire quale possa essere la varietà delle sue definizioni, varietà che diviene ancor più larga se oltre agli autori musulmani si considerino quelli europei che del contratto in parola hanno trattato, sforzandosi, non di rado, di riavvicinarlo ad istituti varî o di interpretarlo secondo propri preconcetti che non hanno davvero contribuito a rendere più chiara e più precisa la conoscenza della *mugharasah*.

A rendere, forse, più chiaro il concetto, potrà non essere inutile dire qualcosa circa l'etimologia della parola stessa.

Il vocabolo *mugharasah*, è precisamente il nome d'azione (*masdah*) della seconda forma del verbo *gharasa*, e significa, appunto, il *piantare*: nei testi arabi è impiegato come sinonimo di *mugharasah* l'altro *masdah* della decima forma: *ightirâs*.

Ma sarà ben notare, fin da ora, che i due vocaboli *mugharasah* ed *ightirâs* sono usati indifferentemente dagli autori musulmani per indicare l'azione del piantare in genere; cosicchè la parola ha un significato generale che è quello proprio della sua radice ed un significato tecnico ristretto, che è impiegato per il vero e caratteristico contratto di cui ci occupiamo. Infatti, nel commento ad Ibn 'Asim (1), è detto — dando alla parola un significato generale — che la *mugharasah* consiste in un *giu'ul*, in un *igiârah* o in un'associazione di proprietà (*dhatu shirkah*), significando con quest'ultima la *mugharasah* in senso stretto. Il che significa che per raggiungere lo scopo di piantare degli alberi si può ricorrere o alla locazione di opere (*igiârah*), o alla locazione d'opera (*giu'ul*) o, infine, alla *mugharasah* in senso stretto che gli autori definiscono come associazione di proprietà, usando una forma non molto precisa, ma che dà abbastanza bene l'idea dello scopo ultimo che con quel contratto si vuol raggiungere. Nella locazione di opere, il locatore sarebbe il coltivatore, il contadino, mentre diventerebbe conduttore il proprietario del fondo: l'oggetto del contratto sarebbe costituito dal lavoro stesso che verrebbe regolarmente retribuito.

Nella locazione d'opera il coltivatore assume la figura dell'impresario (conduttore) ed è retribuito, naturalmente, ad opera eseguita, cioè a piantagione terminata.

Invece, con l'ultima forma, nasce il contratto di *mugharasah* vero e proprio. Questo, come più sopra abbiamo accennato, è variamente definito dagli autori arabi: Ibn 'Asim, per esempio, si limita soltanto ad ammettere la sua liceità per ambedue i contraenti senza scendere a maggiori particolari; un altro giurista ar-Rusâi lo definisce per un contratto « consistente nel riempire una terra di alberi la cui quantità è determinata »; il commentatore alla *Tuhfat* di Ibn 'Asim, Attasûli, dice che « consiste nel fatto che un uomo dà la sua terra per piantarla e dà all'altro [contraente] una parte *determinata* della terra al mo-

(1) IBN 'ASIM, *Tuhfat al-hukkâm*, (commentata).

mento in cui gli alberi daranno i frutti ». Come è facile scorgere, i giuristi musulmani non si preoccupano di dare della *mugharasah* una definizione esatta e di metterne bene in evidenza la vera essenza giuridica; quando addirittura, come fa Ibn 'Asim, non si limitano ad affermare che essa è semplicemente lecita.

Ma le definizioni della *mugharasah*, assumono una rimarchevole varietà presso gli autori europei, i quali cercano, soprattutto, di riavvicinarla a concetti propri dei loro diritti, ed è a causa di queste preoccupazioni che essi non riescono, per la maggior parte, a dare un concetto definito ed appropriato di questo tipico contratto di diritto musulmano. Non tenta degli avvicinamenti con istituti europei il Milliot (1), quando dice che la *mugharasah* è « il contratto in virtù del quale una delle parti s'impegna a piantare ad alberi una terra appartenente all'altra, mediante una quota parte del suolo e degli alberi », ma non mette in sufficiente evidenza come l'acquisto della proprietà, per il coltivatore, rappresenti il compenso al lavoro da lui prestato e trascura alquanto la funzione economico-sociale del contratto, il quale può sorgere solo se la terra sia nuda e non già alberata in precedenza.

Poco soddisfacente è la seguente definizione data dallo Zeys (2): « Le *bail à complant* è un contratto in virtù del quale una terra deve essere piantata di alberi, mediante un salario o mediante una quantità determinata del suolo e degli alberi. Esso può rivestire la forma della promessa condizionata, del *louage d'industrie* o della società ». Anzitutto qui ci troviamo di fronte ad una arbitraria quanto pericolosa pretesa di indicare la *mugharasah* non con il proprio nome ma con quello di un contratto agricolo francese la cui struttura giuridica presenta solo delle apparenti analogie con quella del contratto di diritto musulmano. Ma le deficienze della definizione dello Zeys si riscontrano ancor di più quando, invece di riferirsi al contratto di *mugharasah* in senso stretto, egli, evidentemente sulla falsariga dei testi musulmani, confonde quello che è il *piantare* in senso generale che può, appunto, effettuarsi anche attraverso la forma della locazione di opere (*igiàrah*) e nella quale si riscontra

(1) LOUIS MILLIOT: *L'association agricole chez les musulmans du Maghreb* Paris, Rousseau, 1911, pag. 51.

(2) E. ZEYS: *Traité élémentaire de droit musulman algérien*. Alger, Jourdan, 1886, 2° volume, pag. 126, n. 550.

l'elemento salario, e la specifica ed inconfondibile figura della *mugharasah*, come contratto a sè stante. Con questa confusione, si spiega l'ultima parte della non aurea definizione data dallo Zeys, dove è detto che « esso (il *bail à complant*) può rivestire la forma della promessa condizionata, del *louage d'industrie* o della società ». Ove con quest'ultima, egli, molto probabilmente, vuole indicare il primo momento del contratto in cui predomina l'elemento associativo tra capitale e lavoro, ma senza che ciò possa autorizzare a scoprirvi una pura e semplice società. Ma un altro inesatto ravvicinamento compie l'A. quando afferma che « anche sotto certi rapporti, e benchè porti un nome, offre delle singolari analogie con ciò che i Romani chiamavano un contratto innominato ». Basta riportarsi alle ragioni più che altro di carattere storico che determinarono nel diritto romano la distinzione tra contratti nominati — quelli che nel diritto civile avevano un nome determinato — e quelli innominati, per comprendere in quale grossolano errore sia caduto lo Zeys. Il quale, d'altra parte, fa un'ulteriore confusione quando afferma che il *salario* del coltivatore deve consistere — nella *mugharasah* — in una porzione determinata ed indivisa del terreno e degli alberi. Qui non solo persiste l'equivoco più sopra accennato tra il significato largo e quello ristretto che la parola *mugharasah* assume nei testi musulmani, ma lo Zeys cade in una grave inesattezza perchè dà addirittura all'acquisto della proprietà cui addiviene il coltivatore con il suo lavoro, il valore di un salario che, logicamente, può sussistere solo nel caso che il proprietario del suolo voglia piantare puramente e semplicemente il suo terreno ad alberi mediante una normale locazione d'opere (*igiàrah*), che non ha e non può avere le speciali caratteristiche e la peculiare natura del contratto, *stricto sensu*, di *mugharasah*.

Il Codice tunisino delle obbligazioni e dei contratti (1) pone il contratto di cui ci occupiamo nel capitolo IV (*Di alcune specie particolari di società*), sezione prima (*Delle società agricole*). Non ci attarderemo a discutere l'opportunità di avere classificato la *mugharasah* tra le società agricole quando già abbiamo esposto il nostro punto di vista che è quello di

(1) *Côte tunisien des obligations et des contrats*. Alger, Jourdan, accompagné d'observations critiques de ÉMILE LARCHER, artic. 1416-1426.

volerla considerare come una cosa a sè stante non riconducibile tanto facilmente nelle tradizionali classificazioni. Merita, invece, una più attenta disamina la definizione contenuta nell'art. 1416: « Quando la società ha per oggetto degli alberi da frutta o altre piante che fruttificano e quando una delle parti, detta colono, si incarica di piantare e di curare nel terreno fornito dal proprietario, mediante una parte indivisa del suolo e degli alberi quando avranno un'età determinata o quando avranno dato frutti, il contratto si chiama *mugharasah* ».

Di questa definizione, prima di tutto, risalta l'imperfetta formulazione, poichè il compilatore avendo voluto far rientrare la *mugharasah* fra le società agricole in genere, ad un certo punto, per dare un concetto anche approssimativo della vera essenza del contratto, è stato costretto, sia pure in modo implicito e poco chiaro, ad allontanarsi dalla sua originaria concezione, fino ad ammettere che, quando ricorrono le condizioni da lui richiamate nell'art. 1416, il contratto di società prende il nome di contratto di *mugharasah*: il che, in altri termini, vuol dire che non siamo più di fronte ad una società, bensì ad un altro contratto che con essa ben poco ha a che fare.

Inoltre, anche qui, non è messo bene in evidenza lo scopo economico-sociale cui la *mugharasah* risponde con la valorizzazione di terre incolte, dato che nell'articolo in esame si parla, in generale, di piante da frutta o che fruttifichino, quando sarebbe stato più esatto parlare della piantagione di alberi in un terreno incolto e del quale si vuole ottenere la valorizzazione.

Chi, invece, ha saputo scorgere nella sua integrità la speciale natura della *mugharasah* è il Cucinotta il quale, lungi dal formulare inutili e vani ravvicinamenti con altre figure giuridiche, afferma in modo esplicito che « la *mugharasah* conserva invero una peculiare fisionomia giuridica » (1) derivante dal fatto che essa « non si può in alcun modo ricondurre ad alcuna delle figure giuridiche del nostro codice in materia di locazione-conduzione ».

Per definire la *mugharasah*, il Cucinotta si riporta al codice civile eritreo, secondo il quale essa è quel contratto « per cui una parte, detta colono o socio lavoratore, si obbliga di pian-

(1) ERNESTO CUCINOTTA: *Il contratto di piantagione nel diritto coloniale e musulmano*. Estratto dalla « Rivista Coloniale », fasc. n. 5, anno IX, vol. I. 15 marzo 1914. Roma, Tip. dell'Unione Editrice, pag. 19.

tare e di allevare nel fondo dell'altra parte piante fruttifere od altre, ricevendo in corrispettivo una porzione del fondo coltivato e delle piante quando queste avranno un'età determinata o daranno frutti » (1). Definizione questa, che pur avendo il non trascurabile pregio di non fare alcun arbitrario riferimento, non appare del tutto soddisfacente perchè, mentre anch'essa trascura di porre nella sua giusta luce lo scopo fondamentale del contratto, non precisa, altresì, sufficientemente la natura reale del diritto che il coltivatore acquisisce non appena gli alberi fruttificano e non pone nella debita evidenza come questa condizione sia essenziale perchè detto diritto si realizzi.

Molto più precisa a noi sembra la definizione data dal Valenzi e in cui gli aspetti peculiari del contratto sono messi bene in evidenza. Dice, infatti, il Valenzi che la *mugharasah* è « un contratto per cui un colono assume l'obbligo nei confronti del proprietario di procedere ad una determinata piantagione su un terreno nudo col diritto di ricevere in corrispettivo, ed a contratto eseguito, una parte del terreno bonificato a titolo di proprietà » (2). L'A. oltre a porre in rilievo la funzione economico-sociale che la *mugharasah* è chiamata ad assolvere quando parla di terreno *nudo* e di terreno *bonificato*, determina chiaramente quale sia il diritto del coltivatore (meglio che *colono*) e quando questo diritto abbia efficacia.

La reticenza che i giuristi musulmani molto chiaramente dimostrano nel parlare della *mugharasah* in senso stretto, e della quale inoltre non danno un'esatta definizione, è giustificata dal fatto che essa si trova in aperto contrasto con quel principio fondamentale della teoria generale dei contratti in diritto musulmano che va sotto il nome di divieto del *ghàrar*, cioè divieto dell'incertezza, dell'imprecisione. Che nella *mugharasah* l'elemento dell'indeterminatezza, dell'imprecisione, sia dominante è fin troppo evidente: infatti, basta considerare che alla prestazione attuale e continua del coltivatore, corrisponde l'acquisto di un diritto (una quota parte della terra e degli alberi piantati) sottoposto ad un evento futuro ed incerto, quale è quello che gli alberi diano i frutti. In questo modo, viene a mancare l'attuazione

(1) ERNESTO CUCINOTTA: *op. cit.*, pag. 5.

(2) FERNANDO VALENZI: *Il contratto di piantagione (mogharsa) in diritto musulmano e nella consuetudine della Libia*. Firenze, Coppini, 1933, estratto dalla « Rivista di diritto agrario ».

di quella rigida eguaglianza nei termini dello scambio, che non solo costituisce una tipica concezione del sistema musulmanistico, ~~ma~~ che è alla base di esso. Infatti se è vero che, per il diritto musulmano, un contratto può essere valido solo quando ciò che una parte dà equivalga perfettamente a ciò che essa riceve dall'altra (e può questo verificarsi solo quando i termini dello scambio, nel momento stesso in cui questo si effettua, siano ben conosciuti nella loro natura, nella loro qualità e nella loro quantità), è evidente che ciò non si verifica nella *mugharasah*, dove è ben noto, perchè *presente, disponibile ed esistente*, un elemento dello scambio, il lavoro, ma non altrettanto può dirsi di ciò che deve costituire il corrispettivo, la controprestazione, perchè essa è legata al verificarsi di un evento futuro ed incerto, ed in quanto tale, non *presente, nè disponibile, nè esistente*.

Pel suo contrasto con la teoria fondamentale del divieto del *ghàrar*, il contratto di *mugharasah* dovrebbe, *stricto iure*, essere considerato illecito e, pertanto, non eseguibile secondo la pura dottrina del diritto musulmano. Invece, com'è ben noto, esso non solo è riconosciuto, sia pure a denti stretti, ma è largamente applicato in tutta l'Africa del Nord.

Tale contrasto tra la sua illiceità dal punto di vista strettamente dommatico, e la sua ammissione nel sistema del diritto musulmano convalidata, altresì, dalla larghezza con cui è adottato, si può soltanto spiegare con l'origine storica del contratto.

La reticenza con cui ne parlano gli autori musulmani i, quali, naturalmente, non amano attardarsi molto su un contratto che apertamente viola un principio fondamentale e sul quale si impernia — insieme con quello del *ribà* — tutta la teoria dei contratti, lo sforzo che essi fanno di giustificarlo attraverso un *hadith*, di cui diremo tra poco, e, infine, il fatto che essi consiglino esplicitamente il ricorso ad altre forme più ortodosse per raggiungere il fine della piantagione di alberi, sono tutti elementi che — secondo noi — stanno a dimostrare, con una certa evidenza, che il contratto di *mugharasah* è uno di quegli istituti che gli Arabi invasori trovarono largamente seguiti nelle terre da loro conquistate e che, — vedutane l'importanza economico-sociale e la esatta rispondenza ai bisogni concreti delle popolazioni autoctone, — essi trovarono più logico e più comodo rispettare, fino a riceverli — per ragioni di opportunità —

nel loro sistema, legalizzandoli attraverso quella grande via ricettizia che è rappresentata dagli *hadith* più o meno autentici.

Lo *hadith* che secondo gli autori avrebbe legalizzato l'immissione nel diritto musulmano della *mugharasa*, sarebbe il seguente riportato da al-Bukhari: « Ogni volta un musulmano qualunque pianta un albero o semina un seme egli avrà a suo attivo come elemosina tutto ciò che sarà stato mangiato del prodotto di questa pianta da un uccello, da un uomo o da un quadrupede ». Come giustamente osserva il Milliot (1), ci vuole uno sforzo di buona volontà per scorgere in questo *hadith* altra cosa che una pura e semplice esortazione alla cultura ed al lavoro dei campi. Ma nello stesso tempo, questa dizione generica dello *hadith* che gli autori pongono a base della *mugharasa* sembra a noi, un'ulteriore prova dello sforzo compiuto per giustificare l'immissione nel sistema musulmanistico di un negozio giuridico, da una parte sconosciuto alle genti arabe del Higiaz ed in antitesi con quelli che sono i principii fondamentali della teoria dei contratti, e dall'altra, invece, largamente seguito dagli autoctoni delle regioni conquistate e ben rispondente a delle necessità economico-sociali che in proseguito di tempo, non furono soltanto delle popolazioni locali ma si estesero anche ai conquistatori.

Tanto più fu, in certo qual modo, facile l'avverarsi del fenomeno ricettizio, quanto in questo contratto i giuristi musulmani riscontrarono l'esistenza di un'elemento che non era più in contrasto con le loro dottrine, ma, invece, pienamente concorde, e cioè l'elemento lavoro. Forse questo principio comune, ha influito in senso positivo, più che non abbia potuto influire, negativamente, l'altro elemento della violazione del divieto del *ghàrar*.

Da questa nostra tesi, confortata anche dal Milliot, il quale ritiene che la *mugharasa* sia entrata a far parte del sistema musulmanistico in epoca abbastanza posteriore, si allontana, invece, il Valenzi, il quale vuole scorgere nella reticenza con cui i giuristi musulmani parlano del contratto, un indice della sua recente origine consuetudinaria: il che, in altri termini, vorrebbe significare che la *mugharasa* sia stata praticata presso le popolazioni musulmane, qualche tempo dopo la formazione del sistema musulmanistico ad opera delle varie scuole.

Abbiamo già espresso la nostra opinione in merito e non

(1) LOUIS MILLIOT: *op. cit.*, pag. 53.

crediamo che quanto afferma il Valenzi (1) risponda alla verità storica. Nè la giustificazione della sua tesi ci sembra appoggiata su concetti ben chiari e precisi.

« Infatti — dice il Valenzi — nei tempi remotissimi, quando cioè quasi tutto il territorio dei paesi musulmani era abitato da tribù nomadi e quando ancora lo stato generale di sicurezza non invogliava alle piantagioni, era difficile il sorgere e lo sviluppo di un istituto che presuppone la stabilità della popolazione sul terreno. Man mano poi che col diminuire del nomadismo crescevano le oasi, sorse il bisogno di tali forme di società agricole che permettevano oltre allo sviluppo delle piantagioni, il rafforzamento demografico delle tribù, e mediante l'afflusso di nuovi elementi che col lavoro pagavano ai primi conquistatori del deserto, il loro tributo per la terra che bonificavano ». Bisogna pur riconoscere che se questa spiegazione può, a prima vista, apparire molto suggestiva e con un fondo leggermente poetico, non è però, a nostro avviso, soddisfacente. Non comprendiamo cosa voglia dire l'A. quando afferma che nei tempi remotissimi tutto il territorio dei paesi musulmani era abitato da tribù nomadi: affermazione abbastanza giusta se egli la circoscrive alla culla dell'Islam, il Higiaz, ma molto inesatta se, per paesi *musulmani*, vuole intendere tutte le regioni dell'Asia e dell'Africa che furono conquistate dagli Arabi invasori e nelle quali — specialmente in quelle site in quest'ultimo continente — non mancavano davvero delle fiorenti manifestazioni di vita sedentaria. Nè può soddisfarci l'altra affermazione del Valenzi secondo la quale ad un repentino diminuire del nomadismo abbia fatto riscontro un altrettanto improvviso sorgere di *oasi*, quando, invece, è ormai ben noto che nella stessa Africa del Nord hanno sempre coesistito popolazioni nomadi e popolazioni sedentarie, anche prima dell'invasione araba, e ciò senza che il nomadismo — fattore sociale molto importante che andrebbe studiato con la massima attenzione senza abbandonarsi sul suo conto a false idee o ad erronee interpretazioni — abbia mai costituito per se stesso un tale ostacolo allo sviluppo della vita delle campagne, da determinare, con una sua progressiva sparizione, una automatica diffusione delle colture. Quindi, noi crediamo, a differenza del Valenzi, che anche nei tempi remotissimi da lui

(1) VALENZI: *op. cit.*

richiamati, quella stabilità delle popolazioni, — specie nell'Africa del Nord — che presuppone il sorgere e lo sviluppo di un istituto come la *mugharasah*, non mancasse davvero.

D'altra parte, anche se fosse vero ed ammissibile che con la conquista musulmana fossero venute a sparire tutte le manifestazioni di vita sedentaria, ciò non influirebbe affatto sulla validità della tesi da noi sostenuta in quanto è nostra convinzione che la *mugharasah* fosse largamente praticata dalle popolazioni autoctone già prima dell'invasione araba e che dopo di questa si sia lo stesso mantenuta fino alla recezione operata dal diritto musulmano.

Qualora si ammetta questo fenomeno ricettizio, bisogna pur anche ammettere che esso si sia avverato proprio perchè, malgrado l'invasione araba, il contratto di *mugharasah* continuò ad essere praticato dagli autoctoni, fino al punto di imporsi nel sistema degli stessi conquistatori.

Ma se — come abbiamo visto — poco concordi sono le opinioni sulle origini del contratto, lo stesso divario può constatarsi non appena si affronti la questione della natura di esso.

Dicemmo fin dal principio come gli autori musulmani dimostrino, in genere, una riluttanza a soffermarsi molto sulla *mugharasah*, riluttanza determinata, secondo noi, dall'origine del contratto e dal suo contrasto con la dottrina fondamentale del divieto del *ghàrar*. D'altra parte, gli autori europei non sempre sono stati felici nelle loro indagini, nel corso delle quali, sovente, invece di mettere in rilievo la originalità della struttura giuridica della *mugharasah* e da essa trarre i motivi per studiarne la natura, hanno tentato di avvicinarla al diritto europeo contemporaneo o no, avendo presente ora uno ora un altro istituto giuridico. Siamo noi, invece, dell'opinione che per studiare e spiegare la natura giuridica della *mugharasah*, bisogna partire dal concetto della sua originalità, tralasciando la formulazione di confronti più o meno arbitrari con altri istituti di diritto europeo ove, è bene dirlo fin da ora, quel fattore *lavoro* che nel diritto musulmano in genere e nel contratto di *mugharasah* in particolare, assume una speciale rilevanza, non è invece posto alla base di alcun negozio. Secondo noi, infatti, la peculiarità del contratto risiede, appunto, nella funzione che è riservata al *lavoro*, funzione soprattutto, sociale ed economica, e che assurge a notevolissima importanza giuridica in quanto, nella

mugharasah il lavoro in sè e per sè, ha il potere di operare un acquisto di proprietà a favore di colui che esso lavoro apporta. A nostro modo di vedere, ciò è provato dal fatto che il fine puro e semplice del *piantare* non è necessariamente raggiunto soltanto per mezzo della *mugharasah*: anzi, ad essa — com'è facile comprendere dalle reticenze degli autori musulmani — si dovrebbe ricorrere come *extrema ratio*, in quanto, allo stesso scopo, si dovrebbe pervenire per mezzo della locazione di opere dove il lavoro non assurge ad un'importanza così grande come nella *mugharasah*, non opera acquisto della proprietà, ma viene retribuito col normale salario.

Invece, proprio l'elemento lavoro determina la singolare struttura giuridica della *mugharasah*, in quanto il coltivatore, per il solo fatto di avere apportato la sua opera manuale sul fondo primitivamente incolto, non appena si verifichi la condizione sospensiva, consistente nella fruttificazione degli alberi, può far valere il proprio diritto ad una quota parte del terreno e degli alberi stessi.

Questo passaggio dalla società originaria al condominio per la sua peculiarità, ha maggiormente messo in imbarazzo gli autori europei, i quali, anzichè ricercare il fondamento giuridico delle *mugharasah* così com'è nel diritto musulmano, hanno cercato di riavvicinarla ad altri istituti.

Secondo noi, il fondamento giuridico del contratto è solo apparentemente duplice: cioè noi riteniamo che, attribuendo al lavoro un'importanza eccezionale al punto che il suo impiego costituisca per se stesso, un titolo valido per l'acquisto della proprietà, la *mugharasah* nasce con i caratteri di una società tra capitale e lavoro, ma ha la sua piena efficacia soltanto quando si verifichi la condizione sospensiva, cioè che gli alberi diano i frutti; ed il verificarsi della condizione determina il sorgere del vero rapporto giuridico cui la cooperazione, meglio forse che la società, tra capitale e lavoro tendeva come fine ultimo, il condominio.

In sostanza, quindi, è un contratto che riposa più che altro su concetti economico-sociali e che tende a realizzare uno scopo di eccezionale importanza per i paesi dove esso trova la sua più naturale applicazione: arricchire il patrimonio arboreo in regioni dove esso è normalmente scarso allettando il lavoro con il premio dell'acquisto della proprietà della terra valorizzata.

E' una concezione tutta particolare del diritto musulmano che, *mutatis mutandis*, fa fronte a quelle esigenze che hanno determinato il sorgere dell'altra teoria della vivificazione delle terre morte, che diventano di proprietà di chi le coltiva e le rende fruttifere e cioè di chi le valorizza soltanto con il proprio lavoro.

Sintomatico, poi, a noi sembra il fatto che la condizione sospensiva operi la sua efficacia e cioè determini la piena efficacia del contratto, proprio quando gli alberi abbiano fruttificato: è questo il momento in cui più visibili e più consistenti sono i risultati che il lavoro ha potuto ottenere quando cioè questo importantissimo elemento ha raggiunto il suo massimo obiettivo. Infatti, basta che il lavoratore arrivi a far fruttificare gli alberi che ha piantato, perchè il contratto si renda efficace senz'altro ed egli acquisisca il diritto alla sua quota parte di proprietà: e ciò avviene anche se gli alberi, dopo la fruttificazione, vadano completamente distrutti per caso fortuito o per forza maggiore. In questo caso, logicamente, la comproprietà del coltivatore è limitata al solo terreno.

Del resto, anche qualche autore musulmano ha intuito il valore decisivo che il lavoro ha nella struttura giuridica del contratto: dice, infatti, Ibn Rushdi che la comproprietà poggia non sul contratto, ma sull'aver, il lavoratore, compiuto il suo lavoro, anzi sull'averlo portato a compimento.

A questo punto, val la pena di affrontare una questione che viene posta dal Valenzi (1): questi si domanda, se fin dal momento in cui si stipula il contratto, il coltivatore abbia un diritto reale sull'immobile. Senza dubbio la *mugharasah* è un contratto traslativo di diritti reali immobiliari e così anche la vede il Cucinotta (2), ma è sempre necessario tener presente la funzione che in essa ha l'elemento lavoro: questo non può — come or ora abbiamo detto — pretendere il proprio corrispettivo se non quando gli alberi abbiano fruttificato. Ora, finchè questa condizione non si verifica, il coltivatore non ha che una legittima aspettativa sull'immobile, o per meglio dire, non è divenuto efficace il suo diritto sulla terra: egli si trova ancora nella prima fase contrattuale, quella che, con una certa libertà, si po-

(1) FERNANDO VALENZI: *op. cit.*

(2) CUCINOTTA: *op. cit.*, pag. 6.

trebbe chiamare preparatoria, e in cui ha maggior rilievo il rapporto sociale o di cooperazione. Quindi non riteniamo che sia molto giusta, per il puro diritto musulmano, la sentenza della Corte d'Appello di Tripoli del 18 dicembre 1932, riportata dal Valenzi, secondo la quale, partendo dal principio che il coltivatore abbia un diritto reale sul terreno sin dal momento della stipulazione del contratto, in caso di espropriazione forzosa per debito del proprietario di un terreno su cui è in corso di esecuzione la *mugharasah*, il coltivatore ha diritto alla separazione pura e semplice della sua quota. In questa sentenza la Corte di Appello di Tripoli, è anch'essa caduta nell'errore di voler scorgere nel nostro contratto elementi che vi esulano del tutto, e di voler dare un contenuto generale ad un caso che è, invece, in correlazione soltanto con la *mugharasah* del diritto coloniale libico: infatti, il riconoscimento al coltivatore di poter tutelare il proprio diritto richiedendo la separazione della sua quota, è nato dall'equivoco di aver preso in considerazione le migliorie da lui apportate nel fondo, fino al momento dell'espropriazione forzosa.

Lo scopo della *mugharasah* — e ci riferiamo sempre al puro diritto musulmano e non a quel contratto libico che ha conservato il nome ma è mutato nella sostanza — non è quello di effettuare delle pure e semplici migliorie: il compito del coltivatore deve consistere nel piantare degli alberi ed il suo diritto può essere tutelato solo quando si sia giunti alla fruttificazione. Qualunque evento sopravvenga in tutto il periodo che intercorre fra il momento della stipulazione del contratto e quello in cui gli alberi danno il frutto, il coltivatore non può accampare nessuna pretesa ad indennizzi di sorta: soltanto il contratto continua ad essere in vigore anche nei confronti di colui che, per qualunque ragione, subentra nei diritti del primitivo proprietario contraente. Quanto ha deciso la sentenza della Corte di Appello di Tripoli, snatura l'essenza della *mugharasah* così come è in diritto musulmano, senza contare che viene ad essere messo nel nulla quell'elemento aleatorio che è insito nella *mugharasah* e che, nello stesso tempo, ne costituisce la caratteristica. Se di fronte a qualunque evento che si verifichi a sfavore del coltivatore prima che gli alberi fruttifichino, si riconosce in lui un diritto a dei compensi per le migliorie apportate nel fondo, l'elemento aleatorio verrebbe a mancare e la *mugharasah*

non si troverebbe più in contrasto con la teoria del divieto del *ghàrar*.

Il Valenzi, così giustifica la sentenza: « Con detta giurisprudenza, la Corte ha voluto anzitutto uniformarsi alla consuetudine locale la quale riconosce che il diritto del *mugarsista* sul terreno, nella proporzione o consuetudinaria o convenzionale, sorge subito dopo l'inizio dell'esecuzione del contratto (*appena piantata la prima pianta*, come si dice qui) tanto che in caso di vendita coatta durante l'esecuzione del contratto, si poneva all'asta, nelle forme usuali, la sola metà indivisa dell'immobile, rimanendo, però, il colono, nei confronti dell'acquirente nell'obbligo di continuare il contratto, sino al suo compimento, procedendosi in tale epoca alla divisione ».

A parte la esistenza o meno della consuetudine, a noi sembra che essa nella primitiva mentalità locale e, ancor più, nella speciale *forma mentis* musulmana che è più propensa a confondere che a chiarire le costruzioni giuridiche, non voglia tanto stabilire una regola generale, ma voglia in quel determinato caso di vendita coatta, garantire in certo qual modo l'interesse del coltivatore. Chi infatti abbia una certa pratica di testi giuridici musulmani non potrà meravigliarsi molto della nostra tesi, in quanto gli sarà ben noto che in quasi tutti gli istituti giuridici gli autori musulmani all'enunciazione di un principio, amano far seguire tutta una serie di eccezioni e di concessioni che finisce, qualche volta, con lo snaturare lo stesso principio fondamentale formulato in precedenza. Del resto il fatto stesso che, pur procedendosi alla vendita coatta della sola metà del terreno, il diritto del coltivatore abbia efficacia nei confronti del nuovo proprietario solo al momento della fruttificazione, avvalorata, secondo noi, ancor più la nostra tesi. Inoltre, dato che il coltivatore è tenuto a compiere la propria opera fino al verificarsi della solita condizione, al sopraggiungere della quale ha piena efficacia il suo diritto di comproprietà, cosa avviene se, dopo che sia stata eseguita la vendita coatta per la sola metà, gli alberi non fruttificano? Dato che il Valenzi ammette che il colono nei confronti dell'acquirente rimane « nell'obbligo di continuare il contratto, sino al suo compimento, procedendosi in tale epoca alla divisione », bisogna pur riconoscere che in caso di mancata fruttificazione degli alberi, il coltivatore seguendo la indiscussa norma generale, perde ogni suo diritto, e, nello stesso tempo,

l'acquirente fa suo l'intero terreno, venendo così a conseguire un indebito arricchimento, avendo egli comprato solo una metà del fondo. Una volta che si esamini il caso prospettato, come può ammettersi da uno stretto punto di vista giuridico, che il diritto del coltivatore sul terreno possa avere una piena tutela fin dal momento della esecuzione del contratto, quando cioè sia stata piantata la prima pianta? Questa concezione può addirsi alla mentalità empirica e facilona del musulmano, che ha un vago concetto delle esatte e compiute costruzioni giuridiche, ma non riteniamo possa essere senz'altro ammessa dal giurista europeo, cui non sia sfuggita la vera essenza del contratto di *mugharasah*.

D'altra parte, col lasciare al coltivatore la metà del terreno si viene a riconoscere e quindi a tutelare qualcosa di più di una semplice legittima aspettativa: non solo, ma se si ammette che il rapporto di comproprietà esista sin dal momento in cui si inizia, da parte del coltivatore, la piantagione degli alberi, cadrebbe nel nulla tutta la caratteristica struttura giuridica della *mugharasah*.

I principii enunciati dalla sentenza di cui ci occupiamo, non sono stati accolti dalla Corte di Cassazione del Regno (1) la quale non ha potuto ammettere — secondo la vera essenza giuridica della *mugharasah* — che al coltivatore venisse riconosciuta, al momento della stipulazione del contratto e prima che si sia verificata la condizione sospensiva, la tutela di un diritto reale che diviene efficace solo con la fruttificazione degli alberi. Per quanto anche la Suprema Corte ricorra abbastanza spesso, nella sua sentenza, al concetto delle migliorie apportate dal coltivatore, concetto che non possiamo ritenere esatto per le ragioni suesposte, pur non di meno essa ha saputo distinguere i due momenti che caratterizzano il contratto: quello associativo che la Suprema Corte identifica con un diritto *ad rem* a favore del coltivatore e quello successivo in cui questi diventa condomino. A proposito di tale distinzione dice la sentenza: « Ma con tale diritto *ad rem*, egli [il coltivatore] non acquista anche un diritto *in re* quale sarebbe quello come sopra delineato dalla Corte d'Appello, nel senso che le migliorie che il *mogarsista* viene apportando diventino una cosa distinta e separata dal fondo e di spettanza del *mogarsista* di mano in mano che le realizza con facoltà

(1) Sentenza del 7 aprile 1934, Sezione III civile. Estensore Sora, in « Il Foro Italiano », fasc. XV-XVI, 1° settembre 1934, pag. 1250.

di costituirle nel contempo, in garanzia reale a favore di terzi come se fossero cosa propria di lui e suscettiva di essere separata a suo favore o dei suoi creditori ». E venendo a parlare della natura giuridica del contratto, la sentenza aggiunge: « Ed invero è condizione fondamentale nel contratto di *mogarsa* che il *mogarsista* acquista diritti reali sul fondo compresi i miglioramenti apportativi, solo quando decorso il tempo prestabilito per la durata del contratto, si constati la buona riuscita della piantagione da lui fatta con l'ottenuta fruttificazione. Prima di ciò il *mogarsista* non ha diritti reali non solo sul fondo ma neanche sui miglioramenti; e se le piante non attecchiscono ovvero periscono prima della fine del contratto, il *mogarsista* non ha diritto a niente, il che dimostra come sia erroneo parlare dei suoi diritti sui miglioramenti in pendenza del contratto ».

La Corte di Cassazione ha però riconosciuto come la *mugharasah* del puro diritto musulmano ben si differenzi da quel contratto del diritto coloniale libico che pur mantenendo il nome di *mugharasah*, molto ha perso della sua essenza giuridica e delle sue finalità economico-sociali. Nello stesso tempo che ha ammesso e riconosciuto una sensibile differenza tra i due contratti, ha intravisto la necessità, nel nuovo contratto, di favorire la condizione del colono, il quale, con l'eliminazione di tutto ciò che di aleatorio è insito nell'originario contratto di *mugharasah*, sarebbe maggiormente spinto a cooperare col condomino nell'opera di bonifica e di valorizzazione che lo Stato italiano persegue nella colonia libica. Per raggiungere questo scopo, secondo la Corte di Cassazione, basterebbe, senza riconoscere al colono un diritto reale fin dal momento della stipulazione del contratto, prevedere il caso particolare di cui si è occupata la Corte di Appello di Tripoli, ammettendo « il principio della irrisolubilità del contratto in caso di vendita volontaria o forzata, e l'efficacia di esso anche verso i terzi, salvi, si intende, i loro precedenti diritti acquisiti. Ciò è pienamente sufficiente ad assicurare ai *mogarsisti* la possibilità di conseguire quel profitto che si ripromettono addivenendo al contratto ed eseguendo le migliorie (alla quale efficacia tende anche l'obbligo della iscrizione del contratto nei libri fondiari), perchè i diritti dei *mogarsisti* permangono integri sul fondo venduto e passato a terzi, nei cui confronti saranno fatti valere (come in quelli dell'originario costituente) al momento della fruttificazione, in conformità del contratto ».

Elementi del contratto

§ 1. — I soggetti

I soggetti, nel contratto di *mugharasa*, sono, di regola, due: il proprietario del terreno da valorizzare con la piantagione degli alberi (*rabbi el-'ard*) ed il coltivatore (*ghàris*), che anzi, sarebbe più esatto tradurre per il *piantatore* dato che la sua denominazione, in arabo, è fatta col participio presente (*ghàris*) del verbo *gharasa*. Ad ogni modo, non crediamo sia troppo esatto l'uso del vocabolo *colono*, in quanto questi ha già un significato tecnico nel nostro diritto, significato che potrebbe trarre in errore nei riguardi della figura del *ghàris*. La parte che concede il proprio fondo a *mugharasa* deve esserne proprietaria: la stessa denominazione usata in arabo (*rabbi el-'ard*) dà un concetto ben chiaro dei rapporti di assoluto dominio che devono intercedere tra la terra e chi intende darla a *mugharasa*. E' un requisito ben logico e giustificato, in quanto la *mugharasa*, in ultima analisi, deve condurre ad una vera e propria alienazione di una parte del fondo da alberare. Esiste una sola deroga a questo principio, ed è quella relativa alla *mugharasa* dei beni *awqâf*: questi, com'è noto, sono inalienabili e, pertanto, in principio, non sarebbe lecito all'amministratore di un bene *waqf*, stipulare un contratto di *mugharasa*. Però, è anche noto, che questo principio dell'inalienabilità dei beni *awqâf* ha perso sempre più della primitiva rigidità e sono state ammesse molte deroghe, le quali, in sostanza, mirano a rendere più fruttiferi tali beni. Infatti, alla stessa *mugharasa* stipulata per un bene *waqf* si dovrebbe, secondo gli autori, ricorrere in casi eccezionali e di comprovata necessità: cioè quando un bene sia diventato quasi

del tutto infruttifero e non vi sia altro mezzo per trarne quel minimo di rendite che sia sufficiente al conseguimento dello scopo per cui il *waqf* fu costituito. Però, in pratica, avviene — e ciò è conforme alla mentalità musulmana che finisce con l'abusare delle eccezioni fino a dar loro la funzione di una vera e propria regola diversa dalla primitiva — che, con molta frequenza ed anche quando non ricorrano gli estremi dell'urgenza e dell'indispensabilità, gli amministratori stipulino dei contratti di *mugharasah* per i beni *awqâf*. Non basta che colui il quale concede la propria terra per la *mugharasah* sia proprietario: è necessario che, al momento della stipulazione del contratto, egli ne abbia, altresì, la completa disponibilità: pertanto non è valido il contratto se il terreno sia ipotecato. Del pari, se il terreno sia in comunione, è necessario che tutti i condomini siano d'accordo per la stipulazione del contratto, in quanto, al momento in cui esso si perfezionerà essi dovranno subire una proporzionale riduzione dell'entità delle proprie quote a beneficio del coltivatore il quale, a sua volta, entrerà nel condominio.

Il proprietario della terra, al momento del contratto, deve fissare il numero ed il genere delle piante con le quali intende valorizzare il proprio fondo: può essere tralasciata l'indicazione esatta del numero, solo però quando, per l'uso, si sappia già quanti alberi di quella determinata specie entrino in una certa superficie. Non gli è concesso di assumere il coltivatore per un termine fisso; qualora ciò si verificasse, non saremmo più di fronte alla *mugharasah*, ma ad una locazione d'opera.

Il proprietario, nel contratto, non può esigere che l'altra parte compia dei lavori che non siano strettamente connessi con la cura delle piante: sono, quindi, a suo carico, le spese inerenti ai lavori per la costruzione di case, di muri di cinta, di stalle, etc. Questa norma è giustificata dal fatto che il lavoro del coltivatore deve essere impiegato per la cura degli alberi: ove a carico di questo fossero anche le costruzioni di case, di stalle, di muri, etc., il suo lavoro avrebbe una maggiore estensione che comporterebbe di conseguenza un aumento del *ghàrar*, in quanto, dato il principio che in caso di mancata fruttificazione degli alberi egli non ha diritto a nulla, resterebbe senza compenso non solo il lavoro impiegato per la piantagione, ma anche quell'altro speso per le opere murarie che andrebbero ad arricchire indebitamente il proprietario del fondo.

Il coltivatore deve, prima di ogni altra cosa, fornire gli alberi: le spese per l'acquisto e per la messa in dimora sono a suo carico. Generalmente nell'atto non si è soliti precisare la qualità di alberi della stessa specie che il coltivatore deve piantare (per es. olivi di prima qualità, aranci amari o dolci): molti autori dicono che è raccomandabile il farlo. Però è ammesso che quando nulla è specificato in proposito, il coltivatore debba fornire delle piante che siano almeno della qualità media: qualora metta la peggiore, ciò non costituisce un motivo di annullabilità del contratto: il coltivatore è obbligato a togliere gli alberi e sostituirli con altri di qualità migliore. Ad ogni modo, la questione è regolata dalla consuetudine locale: solo quando si voglia derogare ad essa, è obbligatorio farne menzione nel contratto.

Oltre all'obbligo fondamentale di impiegare il proprio lavoro per la cura degli alberi, il coltivatore ha anche quello di fornire gli attrezzi, gli strumenti agricoli e gli animali da lavoro. Come abbiamo detto più sopra, egli è tenuto soltanto ad impiegare il proprio lavoro per ciò che concerne la messa in opera e lo sviluppo normale delle piante: perciò mentre non può essere obbligato a compiere delle costruzioni, è però tenuto a costruire tutto ciò che interessi l'irrigazione delle piante stesse: sono perciò a suo carico i lavori e le opere inerenti alla costruzione del pozzo — qualora manchi nel fondo — e a quella dei canali per l'irrigazione e della vasca di raccolta dell'acqua. Così pure, suo deve essere l'animale impiegato per tirare l'acqua dal pozzo.

Per quanto riguarda le periodiche sarchiature, egli è tenuto ad estirpare soltanto le erbe che siano, eventualmente, nate in prossimità degli alberi.

Il coltivatore durante l'esecuzione del contratto può farsi sostituire da una terza persona, previa, però, l'autorizzazione del proprietario del fondo: una volta ottenutala egli perde, naturalmente, ogni suo futuro diritto e non può pretendere nessun risarcimento per il lavoro prestato fino al momento della sostituzione; il nuovo coltivatore subentra in tutti i suoi obblighi e diritti. Questa facoltà di sostituzione ribadisce, ancora una volta, il concetto che il diritto del coltivatore sul fondo non ha efficacia che con la fruttificazione degli alberi.

Al coltivatore non è vietato, durante l'esecuzione del contratto, di piantare negli spazi liberi, tra un albero ed un altro,

delle ortaglie o dei legumi: però egli deve dividere questi prodotti con il proprietario del fondo ed in ragione delle quote che dovranno spettare a ciascuno di essi a contratto perfetto.

Qualora il coltivatore non si attenga alle norme del contratto trascurando di curare le piante nel modo dovuto perchè arrivino, nel più breve tempo possibile, alla fruttificazione, il proprietario può pretendere da lui un risarcimento od anche che si astenga dal proseguire il lavoro con la conseguente e naturale rinuncia ad ogni suo futuro diritto e ad ogni compenso per il lavoro compiuto.

§ 2. — La dichiarazione di volontà

Nel diritto musulmano e nella stessa consuetudine locale libica, è principio comunemente ammesso che la volontà delle parti, intesa a costituire il contratto di *mugharasah*, si manifesti attraverso un atto scritto. Senza dubbio — dato il principio fondamentale che vige nel sistema musulmanistico — questa forma scritta non è chiesta *ab substantiam*, ma ha un semplice carattere probatorio e anche questo ha sempre una funzione sussidiaria rispetto alla prova per eccellenza che è quella testimoniale. Ma nel contratto di *mugharasah* la dichiarazione di volontà per iscritto corrisponde, più che altro, a delle esigenze di ordine pratico: dato il lungo tempo che deve trascorrere perchè il contratto produca i suoi effetti, si è ravvisata l'opportunità di dar vita a un documento probatorio la cui efficacia, nel tempo, è senza dubbio maggiore della prova testimoniale che può anche venire a mancare.

Perchè abbia vita il contratto e abbiano inizio per le parti i rispettivi obblighi e diritti è sufficiente il mutuo consenso delle parti stesse, espresso attraverso la loro dichiarazione reciproca di volontà che è per il proprietario, quella di voler valorizzare un suo terreno nudo attraverso le speciali norme che regolano il contratto di *mugharasah* e per il coltivatore l'altra di dare il proprio lavoro per il raggiungimento di tal fine.

Qualche autore musulmano, invece, sostiene che il contratto abbia vita soltanto quando il coltivatore inizi il proprio lavoro, quando comincia, cioè, a piantare la prima pianta. Secondo Ibn 'Asim basta la semplice volontà manifestata opportunamente

dalle parti perchè la *mugharasah* s'intenda costituita: e questa opinione si deve ritenere per la più seguita, anche perchè è più consona ai principî generali del diritto musulmano in materia contrattuale.

Perchè l'atto di costituzione della *mugharasah* sia ritenuto valido, è richiesto che in esso sia espressamente determinata la quota di condominio che dovrà essere devoluta al coltivatore non appena il contratto sia divenuto efficace col verificarsi della condizione sospensiva. E' del pari obbligatorio specificare che la comproprietà del coltivatore dovrà estendersi anche agli alberi per una quota uguale, a quella che egli dovrà ottenere sul terreno. Nel caso che il proprietario intenda limitare la futura comproprietà del coltivatore alla sola terra o ai soli alberi, l'atto non può ritenersi valido.

In genere, la quota di comproprietà del coltivatore consiste nella metà del terreno e degli alberi, ma nulla vieta che, di comune accordo, essa venga fissata in misura differente: per un terzo, per un quarto, etc.

Per la validità del contratto è richiesto, altresì, che le parti determinino fin dall'inizio ed in modo esplicito a quale condizione è subordinata l'efficacia del contratto stesso. Di regola, come condizione si richiede che gli alberi diano i frutti ed in questo senso è, di solito, manifestata la volontà delle parti. Ma qualche volta, l'efficacia del contratto è subordinata non al verificarsi di una condizione ma al sopraggiungere di un termine; ciò avviene quando le parti dichiarano che si addiverrà alla comunione dopo un certo periodo di anni. Ma dai testi risulta abbastanza chiaramente che quando si ricorre ad un termine, questo, di regola, viene a coincidere col tempo necessario perchè quella determinata specie di alberi giunga alla fruttificazione. Quindi anche qui ci troviamo di fronte ad uno dei casi di confusionismo che spesso ricorrono nelle costruzioni giuridiche musulmane.

Ma l'opinione più seguita è quella che subordina l'efficacia del contratto al verificarsi della condizione consistente nel fatto che gli alberi diano i frutti; questa, del resto, è l'opinione di Málík e per questo motivo è quella che ha più seguaci. Ad ogni modo, risulta esplicitamente dai testi che, pur ammettendosi qualche volta l'uso del termine, si fanno tante e tante

difficoltà e si esprimono tante riserve che è facile comprendere come si preferisca la condizione.

Se nella dichiarazione di volontà non si fa esplicito accenno alla condizione, per alcuni il contratto di *mugharasah* non può ritenersi valido: per altri il contratto è valido in quanto si ritiene che la condizione sia implicita nel contratto stesso e si debba sottintendere che con la fruttificazione degli alberi la *mugharasah* produca tutti i suoi effetti. Anche nel Codice tunisino delle obbligazioni (1) si fa esplicito richiamo alla condizione, ma poi, successivamente (2) sembra che si ammetta anche l'uso del termine almeno a giudicare dalla frase seguente: « Quando gli alberi hanno dato il frutto o hanno raggiunto l'età convenuta... », dizione che contraddice a quanto dispone il precedente art. 1418, secondo il quale le parti, nella loro dichiarazione di volontà, devono includere solo la condizione. Secondo il commentatore ad Ibn 'Asim, Attasùli, perchè l'atto di costituzione della *mugharasah* sia valido, occorre che siano osservate le seguenti cinque condizioni: prima di tutto che ambedue le parti sappiano, con precisione, quali debbano essere la lunghezza e l'età degli alberi che si piantano; in secondo luogo, che nell'atto sia ben determinata la quota parte di comproprietà che dovrà spettare al coltivatore quando si verifichi la condizione; inoltre, che questa comproprietà debba essere esplicitamente estesa sia al suolo che agli alberi; in quarto luogo, che gli alberi che dovrà piantare il coltivatore siano alberi con radici e che abbiano una lunga vita; infine, che sia fatta esplicita menzione alla condizione per il cui verificarsi il contratto si reputi efficace e pertanto operi la nascita del rapporto di condominio tra il proprietario ed il coltivatore.

Secondo gli autori musulmani, vi sono delle clausole che, se inserite nell'atto di costituzione della *mugharasah*, rendono il contratto invalido e quindi annullabile cioè, come essi dicono, illecito. Così non sarebbe valida la clausola che esiga dal coltivatore l'esecuzione di lavori non strettamente inerenti alle piantagioni; altrettanto non lo sarebbe quella secondo la quale il proprietario del fondo volesse costringere il coltivatore a re-

(1) *Côte tunisien des obligations et des contrats*, art. 1418.

(2) *Idem*, art. 1421.

stare sul suolo per tutta la vita, anche quando sia sorto il rapporto di comproprietà; sempre invalido renderebbe l'atto quella clausola che prevedesse la comproprietà limitatamente al solo terreno senza gli alberi o ai soli alberi senza terreno.

E' curioso notare che quando esistono tali clausole per la cui illecità il coltivatore potrebbe chiedere l'annullamento del contratto e non iniziare il proprio lavoro o qualora lo abbia iniziato richiedere il risarcimento per il lavoro prestato, Ibn Qàsım afferma che si può ricorrere ad una delle seguenti soluzioni che, per la loro singolarità, e per il momento in cui si attuano sono un ben chiaro indice del modo di pensare dei giuristi musulmani e dei loro metodi. Dice, infatti, Ibn Qàsım che di fronte ad un contratto di *mugharasah* che contenga le clausole sopra indicate si possono adottare tre soluzioni e cioè:

1) considerare l'atto non più come costitutivo della *mugharasah*, ma come un contratto di compra-vendita e, in quanto tale, ritenerlo valido con effetti particolari. Infatti il coltivatore, secondo questa soluzione, compra dal proprietario la metà (od un terzo, un quarto, etc., secondo la quota di comproprietà stabilita in origine) della terra nuda ed il proprietario è tenuto a corrispondere al coltivatore il prezzo del suo lavoro e della piantagione eseguita ma non portata a compimento;

2) anche in questa seconda soluzione si opera come se si trattasse di un contratto di compra-vendita. Però al coltivatore è riconosciuto il diritto di far suo tutto ciò che ha dato la terra, mentre al proprietario incombe l'obbligo di restituire al coltivatore stesso, tutti i frutti di cui si è indebitamente appropriato: se non può restituire i frutti deve dare l'equivalente in denaro. Nello stesso tempo, il coltivatore è tenuto a sborsare il prezzo della quota di comproprietà stabilita in origine, ma proporzionato al valore della terra nuda, ed inoltre paga il fitto per l'altra quota che sarebbe dovuta restare al proprietario: per questa quota parte quest'ultimo deve pagare al coltivatore il prezzo degli alberi;

3) rappresenta la soluzione più logica, più naturale e che — a quanto afferma lo stesso Ibn Qàsım — è la più seguita: il coltivatore ha diritto a pretendere dal proprietario un compenso per il proprio lavoro e per la piantagione eseguita, computando l'ammontare fino al giorno in cui il coltivatore ottiene l'annullamento del contratto. Al proprietario della terra resta anche la piantagione.

§ 3. — L'oggetto

Anche nella determinazione dell'oggetto del contratto di *mugharasah* bisogna tener presente il fondamento giuridico del contratto stesso e considerare i due momenti che lo caratterizzano (1): infatti, all'atto della nascita del negozio giuridico e per tutto il tempo in cui prevale il rapporto di società o di cooperazione, che dir si voglia, tra capitale e lavoro, l'oggetto del contratto è costituito dagli alberi che devono essere piantati per la valorizzazione del terreno nudo. Al momento in cui il contratto diviene pienamente efficace per il verificarsi della condizione sospensiva, che determina il raggiungimento dello scopo ultimo cui la *mugharasah* mira, cioè la costituzione del rapporto di comproprietà tra le due parti, l'oggetto è rappresentato esclusivamente dalla terra valorizzata e bonificata. Data la struttura giuridica particolarissima della *mugharasah*, la quale poggia su due momenti ben differenti l'uno dall'altro, seppure strettamente collegati da un unico fondamento che — come abbiamo già detto — deve ricercarsi nel lavoro compiuto come titolo valido per l'acquisto della proprietà, crediamo sia logico considerare anche duplice l'oggetto del contratto, oggetto che anche esso può ricondursi ad un concetto unico, la terra alberata, ma che nello svolgersi della *mugharasah* può benissimo essere considerato — in corrispondenza ai due momenti — in modo distinto, individuando gli alberi nella fase associativa, ed il terreno nel momento in cui si addivene alla costituzione del rapporto di comunione.

Per il terreno ben poco c'è da osservare: è concorde opinione che esso per costituire oggetto di *mugharasah* debba essere nudo o, ad ogni modo, privo di vegetazione arborea; almeno per la massima parte. L'esistenza di qualche albero isolato non ha alcuna rilevanza. Solo al fine di dichiararne l'illiceità Attasùli ricorda come qualche volta tra le parti si convenga di effettuare la *mugharasah* in un terreno già alberato, ma limitatamente alle porzioni di terra nuda site tra un albero ed un'altro: anzi, per avvicinarsi di più alla vera *mugharasah*, il coltivatore acquista la metà degli alberi già esistenti e stipula il contratto col proprietario per la metà soltanto, del complesso della terra nuda.

(1) Vedi sopra pag. 65.

Le piante che costituiscono oggetto del contratto non possono essere che alberi a fusto legnoso e devono essere inoltre, a ciclo lungo: in genere si piantano degli ulivi, delle palme, degli alberi da frutta, etc. Non possono essere piantate quelle piante il cui ciclo si esaurisca in brevissimo tempo, e per tale si considera un solo anno: pertanto oggetto di *mugharasah* non possono essere, per esempio, i cereali o gli ortaggi. Lo stesso divieto vige per gli arbusti in genere, anche perchè questa specie di piante non ha, di regola, un lungo ciclo: qualche autore fa un'eccezione per il cotone, la cui vita non si esaurisce nello spazio di un anno. Ma questa casistica, del resto molto limitata, non infirma il concetto fondamentale, e che, d'altra parte, è unanimamente osservato: le piante che costituiscono oggetto della *mugharasah* devono essere degli alberi, a fusto legnoso e a lungo ciclo.

Generalmente, gli autori musulmani raccomandano che la pianta da mettere a dimora sia un po' sviluppata, il che è giustificato dal fatto che se si trapiantassero delle piantine appena nate, la moria potrebbe raggiungere una percentuale troppo forte a tutto danno del coltivatore, a cui carico vi sarebbe un maggiore impiego di lavoro.

Altro principio ammesso da tutti gli autori, è quello che gli alberi da piantare debbano essere tutti della stessa specie per ottenere una fruttificazione simultanea: poichè questo è lo scopo del principio enunciato, secondo qualche autore sarebbe permesso piantare alberi di diversa specie, ma per i quali lo spazio di tempo necessario per arrivare alla fruttificazione sia uguale. Solo Ibn Abîb ammette la possibilità di piantare alberi di specie diversa e per i quali anche diverso sia il tempo necessario per giungere alla nascita dei frutti: in questo caso, il contratto si perfeziona quando fruttifica quella specie di alberi che è stata piantata in prevalenza. Questa eccezione alla regola fondamentale trova qualche applicazione pratica in Libia: però è da ritenersi una vera e propria aberrazione, che può verificarsi nella nostra colonia mediterranea, perchè in essa — come vedremo in seguito — il contratto di *mugharasah* viene stipulato senza tener in molto conto i principii del diritto musulmano.

Abbiamo già detto più sopra (1), che, non essendovi, di solito, l'uso di stabilire nel contratto di *mugharasah* la qualità

(1) Vedi sopra pag. 73.

di alberi di una stessa specie che il coltivatore deve piantare, questi è tenuto a fornire la qualità media, nè la peggiore nè la migliore, salvo, naturalmente, che le parti abbiano espressamente stabilito qualcosa di concreto in merito.

Il terreno — come dicemmo — dato a *mugharasah* deve essere, di regola, nudo: può non costituire una vera e propria infrazione alla regola, l'esistenza di qualche albero il quale, naturalmente, non può avere nessuna rilevanza dal punto di vista del contratto: appunto perciò il coltivatore non è tenuto ad averne cura. Perchè ciò avvenga, bisogna che tra il proprietario ed il coltivatore intervenga un esplicito accordo, fuori della *mugharasah*, ed in base al quale il coltivatore deve ricevere un compenso a parte che si traduce in un vero e proprio salario.

Invece ogni albero che, eventualmente, nasca spontaneo durante l'esecuzione del contratto è considerato come piantato dal coltivatore e quindi dovrà ricadere, a suo tempo, nella comunione.

Effetti ed estinzione del contratto

Il contratto di *mugharasah* non potendo avere efficacia — come abbiamo visto — che col sopraggiungere della condizione sospensiva, naturalmente non può produrre i suoi effetti che a partire da questo momento. Per tutto il periodo precedente, il contratto non è produttivo di alcun effetto e, in sostanza, tutto si riduce allo svolgimento del lavoro del coltivatore. Ciò sta a dimostrare ancora una volta, come non corrisponda nè alla realtà nè alla struttura giuridica del contratto l'opinione avanzata dal Valenzi, secondo la quale il diritto del coltivatore sia suscettibile di una piena tutela fin dal momento della stipulazione.

Come prima causa per cui il contratto deve ritenersi estinto, senza che abbia potuto produrre i suoi effetti, è quella costituita dall'inadempimento del coltivatore ai propri obblighi. Una seconda causa è costituita dalla distruzione della piantagione (*ghârsu*) per forza maggiore, prima che gli alberi siano giunti alla fruttificazione: e si considera distrutta tutta la piantagione anche se qualche albero sopravviva alla grande maggioranza andata perduta. In questo caso, come nel precedente, il coltivatore non avrà diritto a nulla e non potrà pretendere alcun compenso per il proprio lavoro. E' l'ipotesi in cui si dimostra tutta l'alea che è insita nel contratto a carico del coltivatore. Questa norma oltre ad essere ammessa unanimemente dagli autori musulmani è anche sancita dal Codice tunisino delle obbligazioni (art. 1422). Una terza causa, infine, è costituita dalla mancata fruttificazione, anche se gli alberi non siano andati distrutti: la fruttificazione di qualche albero isolato mentre la parte maggiore è rimasta

infruttifera, non può giustificare nessuna pretesa da parte del coltivatore.

Invece il contratto produce tutti i suoi effetti, se la distruzione, anche totale degli alberi, avvenga per forza maggiore dopo la fruttificazione ed anche se i frutti — però già maturi — siano andati perduti perchè non ancora percetti. In questo caso il coltivatore avrà diritto — naturalmente — solo alle quote del terreno e su ciò sono concordi gli autori musulmani come dicono Ibn Salmùn ed Ibn 'Asim: lo stesso stabilisce il Codice tunisino delle obbligazioni (1).

Una volta la condizione verificatasi, lo scopo ultimo, il fine precipuo della *mugharasah* è raggiunto: quello cioè di aver valorizzato un terreno che da abbandonato e nudo è diventato ricco di alberi ed in grado di dare larga copia di frutti. Col raggiungimento di questo scopo prettamente economico-sociale, il contratto produce il suo effetto peculiare: la nascita del rapporto di comproprietà tra coltivatore e proprietario della terra.

Ritengo non sia superfluo notare come il raggiungimento dello scopo ultimo ed il conseguente effetto della costituzione del condominio, costituiscano, nel loro insieme, un fatto del più alto valore sociale, in quanto attraverso il contratto di *mugharasah* si afferma e si attua un principio molto importante: che il contadino, l'umile *fellàh* possa, attraverso il solo proprio lavoro, e mercè la forza delle proprie braccia, trasformarsi in proprietario di una terra che da nuda e sterile, è divenuta ricca e feconda.

Principio questo che, per la sua portata e, ancor più, per il suo fondamento ideale, è degno di apparire in ogni diritto che sia giunto al più perfetto grado di evoluzione e che conceda al lavoro una grandissima funzione: o ancor meglio, che ponga questo in un altissimo posto della scala dei valori economico-sociali fino a riconoscergli e garantirgli soltanto perchè lavoro e in quanto lavoro, un effetto giuridico della più alta importanza.

Giunta la fruttificazione — come abbiamo visto — al primitivo rapporto associativo o cooperativo, subentra il nuovo rapporto di comproprietà che è quello cui la *mugharasah* deve condurre come scopo ultimo e fondamentale. Gli stessi autori musulmani riconoscono appunto, che tale è il fine della *mugha-*

(1) *Côte tunisien des obligations, etc.*, art. 1422.

rasah, che, dicono essi, deve condurre alla costituzione di una *dhatu shirkah*.

Ma il *dhatu shirkah* o associazione di proprietà non è altro, appunto, che il nostro condominio, con la cui costituzione può ritenersi effettivamente il contratto estinto per aver prodotto tutti i suoi effetti. Gli autori musulmani sono quasi tutti concordi nel dire che, avvenuta la fruttificazione, le parti rimangono in uno stato di associazione della proprietà: *àla esh-shirkah muscià'a*.

Con la costituzione di questo nuovo rapporto che è quello definitivo, il proprietario effettua, in sostanza, l'alienazione di quella quota del suo fondo che, alla costituzione del contratto di *mughararah*, fu stabilito dovesse costituire il compenso del lavoro del coltivatore, il quale, dal canto suo, ne acquista la proprietà. Però, nello stesso tempo, il proprietario acquista — con la perfezione del contratto e al sorgere del nuovo rapporto — quella quota parte di alberi che corrisponde, per estensione, alla stessa quota del terreno che — secondo i patti — deve rimanere di sua proprietà. Il coltivatore perde questa sua qualità, ed assume la nuova figura giuridica del condomino sia sulla quota parte del terreno che su quella degli alberi: già abbiamo visto l'illeceità di clausole che eventualmente dispongano in modo diverso sulla estensione della quota spettantegli sia di terreno che di alberi.

Solo Ibn 'Asim, che del resto è del tutto isolato in tale sua opinione, e che pertanto non può ritenersi accolta dalla massa dei giuristi i quali non fanno alcun cenno in proposito, ammette che il coltivatore — in base a patti già stabiliti al momento della costituzione del contratto di *mughararah* — possa veder limitato il suo diritto sulla terra a quelle parti di terreno strettamente necessarie a mantenere le radici degli alberi.

Una volta costituitosi il condominio, i comproprietari vedranno i loro rapporti regolati, in modo completo e senza alcuna eccezione, dalle norme generali e particolari che regolano la comproprietà in diritto musulmano. Così, tanto per citare qualche caso, anche nel momento immediatamente successivo alla costituzione del nuovo rapporto, nulla vieta che una delle parti chieda la divisione delle quote: divisione cui si potrà addivenire o in via amichevole col consenso dell'altro condomino o, coll'intervento dell'autorità giudiziaria (*actio communi dividundo*).

Quando uno dei condomini abbia deciso di alienare la propria quota, compete all'altro l'esercizio del diritto di *shuf'ah*.

Anche facendo astrazione dall'eventuale esercizio della *shuf'ah*, uno dei due comproprietari può vendere la propria quota all'altro, allo stesso prezzo che potrebbe ricavare dalla vendita effettuata con dei terzi. Insomma, senza dilungarci oltre, instauratosi tra il coltivatore ed il proprietario del fondo il condominio, è questo che regola in tutto e per tutto i loro rapporti.

In una sentenza del tribunale misto della Tunisia (1), per quanto riguarda l'effetto più caratteristico della *mugharasah*, la costituzione del rapporto di comproprietà, si trova un principio che è abbastanza diverso dalle conclusioni a cui noi siamo giunti: si afferma cioè, che la *mugharasah* non ha per effetto necessario quello di rendere il coltivatore condomino del proprietario del fondo. A prima vista sembrerebbe, che in questa sentenza il Tribunale misto abbia voluto esprimere — senza entrare in merito alla sua fondatezza — un'opinione diversa da ciò che è, invece, la normale e tipica fine del contratto. Invece, poichè più in là si parla di divisione e non è possibile — secondo la più elementare logica — arrivare alla divisione stessa se prima non esista il rapporto di comproprietà, noi crediamo che in questa sentenza il Tribunale — certo con espressione non troppo felice — abbia voluto esprimere un altro principio che, senza dubbio, è in perfetta coerenza con le norme fondamentali che regolano gli effetti del contratto di *mugharasah*: cioè che il coltivatore non sia costretto a rimanere nel condominio e che, quando lo voglia, possa chiedere la divisione, come un comproprietario qualunque. Solo con questa interpretazione può essere giustificato il principio che il Tribunale ha manifestato nella sua sentenza, principio che, altrimenti inteso, non avrebbe giustificazione alcuna nè senso logico.

(1) *Journal des Tribunaux de la Tunisie*, anno 1904, pag. 243.

La *mugharash* nel diritto coloniale italiano

Sono ben noti i fini ultimi che l'Italia intende perseguire in Libia, attraverso la propria opera colonizzatrice: da una parte la valorizzazione agraria dei terreni steppici e dall'altra l'inse-diamento in colonia del maggior numero possibile di elementi metropolitani che a tale opera di valorizzazione, portino il loro diretto e valido contributo. Era ben logico che, nell'attuazione di questi fini politico-sociali ed economici, si trovasse nel contratto di *mugharash* l'istituto che, per le sue peculiarità, al raggiungimento di tali fini si prestasse meglio di ogni altro. In sostanza, infatti, il principio economico-sociale che — come abbiamo visto — sta alla base della *mugharash* e cioè la valorizzazione della terra nuda, è uguale a quello che — nelle grandi linee — determina e caratterizza l'opera colonizzatrice dell'Italia in Libia. Inoltre il contratto di cui trattiamo si dimostra anche ben efficace per raggiungere l'altro fine del popolamento bianco della colonia, in quanto la sua attuazione presuppone ed esige, infatti, nel coltivatore la volontà di rimanere legato a quella parte del terreno che egli è riuscito ad acquistare mercè il proprio lavoro.

Per queste ragioni, il contratto di *mugharash* ha avuto ed ha una larga applicazione nel campo del regolamento dei rapporti tra concessionari e coloni, rapporti che, appunto, mirano, anche con l'intervento del Governo, a trasformare i terreni steppici della Colonia in plaghe feconde. In quest'opera di valorizzazione agraria si trova, inoltre, un altro elemento che nelle linee

generali si avvicina allo scopo che la *mugharasah* è destinata a raggiungere; la valorizzazione attraverso le colture arboree, in quanto quasi tutta la colonizzazione tripolitana si basa — almeno fino ad oggi — nella messa a dimora di piante d'olivo e di mandorlo e, in secondo luogo, di viti.

Ci troviamo così, dinanzi ad un fenomeno molto interessante dal punto di vista della formazione di quel diritto coloniale, le cui basi essenziali debbono essere ricercate nella formazione di un complesso di norme che, nel campo del diritto privato, regoli i vari rapporti misti che sorgono e si estendono col progredire della colonizzazione e del contatto tra colonizzatori ed indigeni. Il contratto di *mugharasah* — per quanto, come vedremo in seguito, nel nuovo diritto coloniale della Libia abbia assunto dei caratteri alquanto diversi da quelli che presenta nel puro diritto musulmano — non può non essere considerato che nell'ambito di questo peculiare diritto, la cui importanza ed il cui interesse dovranno sempre più aumentare man mano che la diuturna e prolungata convivenza tra le due società, la bianca e l'indigena, imporrà il sorgere di tutto un complesso di rapporti e di conflitti che le norme metropolitane in sè e per sè non potranno nè affrontare nè risolvere.

Anzi, per quel che riguarda la *mugharasah*, il fenomeno è ancor più interessante, in quanto troviamo applicato un istituto di diritto musulmano o almeno che da questo sistema trae la propria origine, non tanto in materia di rapporti misti, ma addirittura nel campo dei rapporti intercorrenti completamente tra metropolitani. In questo caso sia le parti in sede di stipulazione del contratto, che il giudice che della soluzione dell'eventuale controversia sia investito, debbono ricorrere non più alle norme del diritto patrio, ma a quelle del diritto musulmano ed anzi, in certi dettagli, perfino a quelle sancite dalla pura e semplice consuetudine locale. Lo stesso legislatore, in mancanza di ogni più piccolo accenno alla struttura giuridica del contratto, rinvia puramente e semplicemente ai principii che lo regolano nel diritto musulmano e a quelle eventuali deroghe che tali principii abbiano ricevuto dalla consuetudine. Infatti, nelle « Norme per l'accertamento e la conservazione dei diritti fondiari della Tripolitania e della Cirenaica » approvate con R. D. 3 luglio 1921, n. 1207, è stabilito nell'art. 81 (n. 8) che tra gli atti che sono soggetti all'iscrizione nei registri e libri

fondari e che non possono aver vigore nemmeno tra le parti se non dalla data dell'avvenuta iscrizione, sono anche compresi « i contratti di *mugarsa* per gli effetti di cui sono capaci anche prima che operino il trasferimento di proprietà ». Come è facile scorgere, il legislatore nel prendere in considerazione il contratto rinvia, senza alcun dubbio, alle norme che lo regolano nel diritto musulmano.

Però se la *mugharasah* che trova applicazione nel nuovo ed incompleto diritto coloniale libico trae le sue origini e il suo carattere fondamentale dal diritto musulmano, pur tuttavia nella pratica e per lo speciale campo in cui è destinata ad operare, ha subito delle sensibili deviazioni che, si può dire senz'altro, hanno fatto sorgere un nuovo contratto che della *mugharasah* conserva poco più del solo nome avendo perduto molto della sua originaria fisionomia.

Anzitutto, alla base del nuovo contratto non si trova più, nella sua interezza, quel principio sociale che riconosce al lavoro in sè e per sè il potere d'acquistare la proprietà: ad esso se ne è sostituito, almeno in parte, un altro che trae le sue origini dal principio politico-economico che domina la nostra colonizzazione in Libia: quello del popolamento bianco. In altre parole, la *mugharasah* è stata assunta nel nostro diritto coloniale non allo scopo di riconoscere al lavoro quell'importanza che gli viene riconosciuta in diritto musulmano, bensì, perchè questo contratto, meglio di ogni altro, si presta alla fissazione alla terra di un buon numero di famiglie coloniche metropolitane. In tal modo, il fondamento del contratto si è spostato da un principio ad un altro abbastanza nuovo, determinando una trasformazione ed un'alterazione che si rivelano anche nel campo delle pure modalità del contratto stesso.

Anche quel carattere aleatorio che la *mugharasah* presenta nel sistema musulmanistico, si attenua moltissimo fino quasi a scomparire del tutto, nel contratto che vige nel diritto coloniale libico. Infatti, mentre da una parte il colono (e qui sembra più acconcio denominare così una delle parti contraenti, piuttosto che col termine di coltivatore che abbiamo usato parlando della *mugharasah* in diritto musulmano) trova in suo favore tutto un insieme di garanzie e di sostentamenti che nel diritto musulmano non esistono, dall'altra, l'impiego del termine che viene a sostituire quello della condizione, riduce di molto l'alea, fino

quasi a renderla nulla quando si pensi che, molto spesso, il termine non coincide affatto con l'eventuale fruttificazione degli alberi, ma prescinde del tutto da essa. Così la *mugharasah* perde molto delle sue caratteristiche, e si riduce ad un contratto a termine, trascorso il quale, il colono acquista la proprietà delle quote di terreno a lui affidate dal concessionario purchè abbia soddisfatto agli obblighi contrattuali che molto spesso, si riducono a quello fondamentale di provvedere alla valorizzazione parziale della terra originariamente steppica, colla semplice messa a dimora delle piante.

Le differenze tra il contratto nuovo e quello del puro diritto musulmano non esistono soltanto — come è naturale — in quella che è la struttura giuridica della *mugharasah*. Anche nei suoi dettagli e nella sua applicazione — pur sempre prendendo lo spunto dal sistema musulmanistico — presenta delle deroghe che le fanno sempre più assumere una propria fisionomia. Infatti, mentre in diritto musulmano l'acquisto delle piante è a carico del coltivatore, nel nuovo contratto quasi sempre il concessionario concorre nella spesa e, spesso, la assume del tutto a suo carico.

Inoltre il concedente, deve permettere che il colono usi delle stalle e dell'abitazione, cosa questa che il diritto musulmano ignora del tutto. Ma la clausola più aberrante è quella secondo la quale il concedente si impegna e corrisponde al colono un piccolo salario; clausola che, come è evidente, ben poco ha a che fare con la vera e propria *mugharasah*. Ma un altro fatto si verifica nel nuovo diritto: applicando la *mugharasah* nel campo dei rapporti tra il colono e il concessionario avviene, quasi sempre, che quest'ultimo non abbia la proprietà della terra che acquisterà dal demanio solo dopo la soddisfazione di certi determinati obblighi, e quest'altra situazione spiega ancora di più, la necessità sentita nel nuovo diritto, di tutelare con particolare cura gli interessi del colono, ammettendo il principio della irresolubilità del contratto stesso in caso di vendita del terreno da parte del proprietario o del concessionario ed anche nel caso di revoca della concessione per inadempienza agli obblighi contrattuali.

Infatti, poichè il concessionario non è proprietario nè ha, di conseguenza, la libera disponibilità della terra, sulla quale anche — con l'autorizzazione delle autorità — egli accende

delle ipoteche, il colono — ove non fossero apportate delle speciali garanzie a suo favore fino a snaturare l'essenza del contratto — nel caso di decadenza del concessionario dal proprio diritto per inadempienza agli obblighi contrattuali, verrebbe a trovarsi in una condizione di eccezionale inferiorità, che, in effetti, non spingerebbe nessuno a stipulare dei contratti di *mugharasah*. Invece, tutelando opportunamente gli interessi del colono, ogni pericolo è eliminato tanto più che, come abbiamo già detto, il fondamento del nuovo contratto è in stretta correlazione con i principii economico-politici della colonizzazione libica, la quale intende fissare alla terra il maggior numero di famiglie coloniche metropolitane: e per raggiungere questo fine è necessario e logico che siano approntate tutte le garanzie che riducano al minimo le alee che possano rallentare o diminuire l'attività del colono.

INDICE

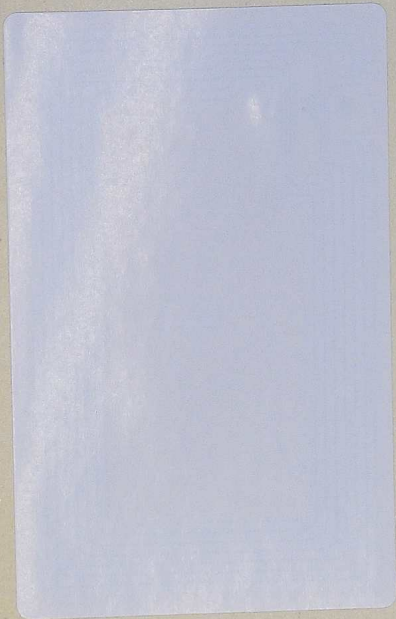
IL CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO COLONIALE

	Pag.
Ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale	7
L'ordine pubblico coloniale	17
§ 1. - L'ordine pubblico coloniale opposto all'ordine pubblico interno e a quello internazionale. — § 2. - Nozione dell'ordine pubblico colo- niale. — § 3. - Caratteri dell'ordine pubblico coloniale.	
Attuazione del principio nelle nostre colonie	31
§ 1. - In generale. — § 2. - Eritrea. — § 3. - Somalia. — § 4. - Libia.	

IL CONTRATTO DI MUGHARASAH

Origini e natura del contratto	53
Elementi del contratto	69
§ 1. - I soggetti. — § 2. - La dichiarazione di volontà. — § 3. - L'oggetto.	
Effetti ed estinzione del contratto	79
La <i>mugharasa</i> nel diritto coloniale italiano	83

Int. 2/6352 ^{2/19}



Prezzo L. 7.

