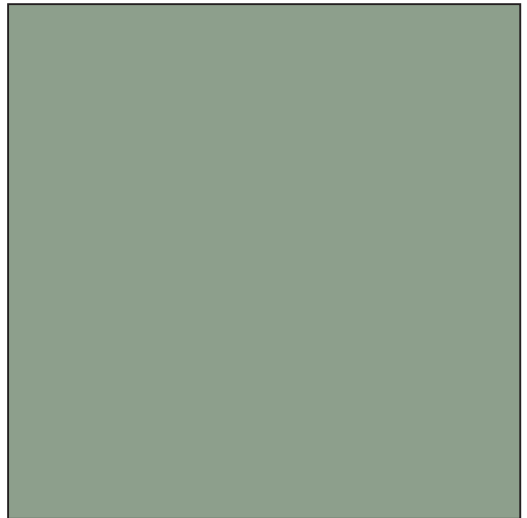


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

10



GIOELE SOLARI

**SOCIALISMO
E DIRITTO
PRIVATO**

INFLUENZA DELLE ODIERNE
DOTTRINE SOCIALISTE
SUL DIRITTO PRIVATO (1906)

Questo volume — decimo di una collana che si affianca ai «Quaderni» annuali — si inserisce nel programma di un Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, promosso e diretto da Paolo Grossi, presso l'Università di Firenze.

GIOELE SOLARI

SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO

**INFLUENZA DELLE ODIERNE DOTTRINE SOCIALISTE
SUL DIRITTO PRIVATO (1906)**

edizione postuma a cura di **PAOLO UNGARI**

(Filosofia del diritto privato, III)



Milano - Giuffrè Editore

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1980) Tipografia MORI & C. s.n.c. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

INTRODUZIONE

Le sorti del diritto privato ne' suoi rapporti colle svariate e contrastanti correnti del pensiero moderno, colle profonde trasformazioni economiche, politiche, sociali del secolo XIX, se richiamarono l'attenzione di pochi ma valorosi cultori di scienze giuridiche, non destarono l'interesse generale che invece incontrarono le vicende del diritto pubblico sotto l'azione delle stesse correnti ideologiche, delle stesse trasformazioni sociali. Causa non ultima della generale indifferenza verso le riforme del diritto privato fu quello stesso indirizzo socialista che più doveva contribuire a prepararle. A noi preme qui richiamare l'attenzione sulla crisi che il diritto privato attraversa e sulla necessità di risolverla sulle basi di principii che il corso delle idee e degli avvenimenti hanno [*sic*] affermato e imposto. È arrivato il momento di ricercare le cause profonde e lontane che prepararono quel movimento di revisione del diritto privato che comincia a tradursi per mille segni nell'ordine dei fatti. Soprattutto occorre esaminare il diritto privato in ordine alle dottrine socialiste che più sembrano contrastare coi principii che lo informano e colle cause storiche che l'hanno prodotto. Tanto coloro che timorosi per le sorti del diritto privato lottano tenacemente per conservarlo immutato quanto coloro che ne pregustano la distruzione e l'assorbimento nel diritto pubblico, obbediscono consciamente o inconsciamente a considerazioni soggettive facilmente spiegabili, a esigenze pratiche, spesso imprescindibili, ma sono fuori della storia e della scienza. Solo lo studio obbiettivo e causale dei fatti che si accompagna con l'affermazione di idealità che erompono spontanee dal seno della storia, e dalle profonde e perenni sorgenti della natura umana, deve essere guida vera e sicura per la risoluzione di quei problemi che oggi si agitano nell'ambito del diritto privato.

Mentre le trasformazioni del diritto pubblico si succedono rapide e incessanti e interessano soprattutto la forma della vita sociale, le trasformazioni del diritto privato sono lente, insensibili ma per questo stesso profonde e decisive, come quelle che toccano le parti più delicate e vitali dell'organismo sociale. Epperò chiunque voglia valutare l'influenza delle dottrine socialistiche nei rapporti colla vita sociale deve rilevare il grado [della] loro penetrazione nella sfera del diritto privato, che è il territorio proprio della personalità umana. Ogni riforma del diritto privato, per quanto modesta e parziale, ha carattere definitivo e ha valore sintomatico. In breve formola si riassume e si consolida l'elaborazione giuridica di molte generazioni. Movendo come da punto di partenza dal diritto privato della Rivoluzione, che consolidava nei codici la parte migliore e sostanziale della coscienza giuridica dell'epoca, vedremo per quali cause storiche, per quali correnti svariate di pensiero si generò l'odierno movimento di revisione, ispirato a principii che sembrano costituire la negazione della nostra tradizione giuridica in materia di diritto privato. Se in altri tempi la revisione dei codici di diritto privato poté invocarsi per colmarne le lacune, per toglierne le discrepanze, lasciandone inalterate le basi, oggi la revisione è invocata in nome di principii nuovi, in nome di una nuova coscienza giuridica ispirata non pur a sentimenti di solidarietà sociale, ma agli interessi specifici del lavoro e delle classi lavoratrici. Epperò l'influenza delle dottrine socialistiche sul diritto privato si rivela a nostro parere sotto due forme, generica l'una, specifica l'altra: da un lato si manifesta in tutte quelle leggi e riforme del diritto privato che senza avere una finalità direttamente socialista tendono a rafforzare i vincoli tra le varie classi sociali, a favorire i sentimenti di solidarietà umana; dall'altra si rivela come l'espressione dei bisogni e delle aspirazioni delle classi lavoratrici, come tendenza a tradurre in forme giuridiche le esigenze economiche del socialismo.

CAPO I

INDIVIDUALISMO E DIRITTO PRIVATO

1. La scuola del diritto naturale. — 2. La scuola del diritto naturale e il Codice Napoleone in rapporto: *a)* alla famiglia *b)* [alla] proprietà *c)* [alle] obbligazioni *d)* [alle] successioni. — 3. Il diritto romano nel Codice del 1804. — 4. Il rapporto tra individuo e Stato, tra diritto pubblico e privato durante la Rivoluzione. — 5. Socialismo e Rivoluzione francese. — 6. Il Codice Civile del 1804 e le classi lavoratrici. — 7. La scuola del diritto naturale e la Codificazione. — 8. Il nuovo individualismo utilitario. — 9. Le prime critiche al Codice Civile e la formazione della legislazione commerciale. — 10. La dottrina giuridica individualista dello Spencer nelle sue applicazioni al diritto privato. — 11. Codificazione e interpretazione giuridica.

1. Quando il Codice Napoleone fu pubblicato nel 1804, dominava in Francia e in Europa la filosofia del diritto naturale combinata col razionalismo proprio del secolo XVIII. Nella sua fase critica la scuola del diritto naturale, adottando quello che lo Stahl chiama razionalismo oggettivo, aveva cercato fuori dell'uomo, nella natura razionalmente intesa, la base per la critica del diritto e delle istituzioni vigenti. Queste infatti, misurate alla stregua di un ordine naturale e razionale, sciolte dalle contingenze di tempo e di luogo, dalle cause storiche che le avevano determinate, dovevano apparire assurde, contraddittorie, insostenibili. Nella sua seconda fase la scuola del diritto naturale, facendosi ricostruttiva e soggettiva (razionalismo soggettivo), elabora la nota teoria dei diritti innati, cioè dei diritti che l'uomo traeva dall'attività del proprio io, dall'intimo della sua natura, e che opponeva allo Stato. Non sono quindi tali diritti derivati dallo Stato, o dalla natura, o da Dio; ma dalla coscienza stessa dell'uomo, dalla sua personalità e individualità, e come tali sono inalienabili, imprescrittibili. Tra questi diritti innati tengono il primo posto la proprietà e la libertà che costituiscono il fondamento filosofico del diritto privato della Rivoluzione. Questi di-

ritti innati erano tratti dalla natura umana considerata sotto un aspetto puramente individuale. L'uomo era concepito astrattamente, non cioè quale esiste realmente nella società e quale la realtà concreta ce lo presenta, ma determinato solo dalla sua natura sensibile (Rousseau) o razionale (Kant). L'affermazione dei diritti innati sulla base del sentimento anziché della ragione fu la caratteristica di Rousseau. In lui la teoria dei diritti naturali soggettivandosi, divenendo l'espressione di un bisogno fondamentale della natura umana, acquistava portata pratica di grande momento. Kant derivò da Rousseau la sua teoria del diritto naturale (1). I diritti non sono conferiti all'uomo dalla legge, ma è la legge che è fondata sul diritto. Anche per Kant il diritto è l'espressione della personalità dell'uomo concepito come ragione e libertà: la forza non può creare il diritto: non vi è autorità legittima all'infuori di quella fondata sulla volontà dell'individuo. Il diritto è uguale per tutti; non vi può essere diritto contro il diritto, non vi sono privilegi. L'uomo deve tutto sacrificare alla difesa de' suoi diritti: esso deve comprendere la dignità, l'invulnerabilità della sua persona. La libertà diventa una forza autonoma e sovrana, i diritti sono l'obiettivazione della libertà, ossia la libertà attuata. La società stessa poteva acquistare sull'individuo quel tanto di diritti che l'individuo aveva consentito a sacrificare (2). Il diritto sociale era un derivato del diritto individuale, anteriore e superiore ai diritti della collettività. Giustamente osserva il Fragapane (3) che se il *Contratto sociale* fu erroneamente considerato la fonte del socialismo (4),

(1) E. JOYAU, *La philosophie en France pendant la révolution (1789-1795)*, Paris, Rousseau 1895, p. [50]. Cfr. *passim* lo studio di BOISTEL, *Principes de métaphysique nécessaires à l'étude de la philosophie du droit*, Paris, Fontemoing, 1899.

(2) ROUSSEAU, *Du contract social*, liv. I e VI, ed. Dreyfus-Brisac, p. 32 e seg.

(3) FRAGAPANE, *Contrattualismo e sociologia contemporanea*, Bologna, Zanichelli, 1892, p. II e seg. Cfr. anche SALEILLES, *Le Code Civil et la méthode historiques*, (in *Livre du Centenaire [= Le Code Civil 1804-1904. Livre du Centenaire publié par la Société d'Etudes législatives]*, Paris, Rousseau, 1904, vol. I, pag. 108).

(4) Ad es. il BEUDANT, (*Le droit individuel et l'État [Introduction à l'étude du droit]*, Paris, Rousseau, 1891, capo III, par. 2, n.º. 106) chiama il Rousseau il padre del socialismo moderno. - In senso contrario cfr. il MICHEL, *L'idée de l'État. [Essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution]*, Paris, Hachette, 1896, pag. [45?].

ciò dipende dal non aver distinto in esso il significato metodico dal dottrinale. La concezione contrattuale della società era sotto l'aspetto metodico individualista, come quella che anteponeva un fatto psichico al sociale. La sociogenesi contrattuale non è data che dall'azione di individui coscienti e liberi, per cui la causa della società si riscontra pur sempre nell'individuo. Noi col Frapagane crediamo che il contrattualismo sociale in tutte le sue forme è la manifestazione più schietta dell'individualismo, in quanto ha per presupposto la teoria dei diritti soggettivi e naturali. Quando l'individuo è considerato come la sola realtà, è astratto dalla storia, dalle contingenze di tempo e di spazio, il consorzio umano non può reggersi se non sulla base di accordi contrattuali che conducono all'abdicazione volontaria da parte dell'individuo de' suoi diritti. Solo per questo ora al regno della forza è sostituito il regno della giustizia. Dalla fede in un diritto che fa una cosa sola con la ragione nacque la credenza cieca nel potere del legislatore, la persuasione che la società intiera dev'essere sottoposta a un solo diritto eguale per tutti, la concezione, dice il Labriola, che un diritto che garantisce a tutti l'egualianza giuridica, cioè la facoltà di contrattare, garantisca a tutti la libertà ⁽⁵⁾.

2. La codificazione liberale ed egualitaria è il naturale prodotto della scuola del diritto naturale. Questa fu la grande ispiratrice del Codice Civile come aveva ispirato la *Dichiarazione dei diritti* allo schiudersi della Rivoluzione. La dottrina filosofica del Codice Civile è quella del diritto individuale quale era stato formulato dalla filosofia razionalista del XVIII secolo. Essa aveva del resto trovato la sua espressione legale nell'art. I^o ⁽⁶⁾ di quel *Livre préliminaire* che fu in seguito soppresso sotto il pretesto che sanciva norme troppo teoriche: ma la soppressione non si-

⁽⁵⁾ Antonio LABRIOLA, *Essais sur la conception matérialiste de l'histoire*, 2^a edit., Paris, Giard, 1902, p. 219.

⁽⁶⁾ L'articolo era così concepito: « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes ».

gnificava l'abbandono dei principi che vi erano formulati (7). Il diritto positivo consacrato nei Codici non ha altro scopo che di assicurare all'individuo le legittime prerogative ch'egli tiene dalla sua natura. Compito del diritto è di sviluppare l'uomo, la sua personalità. Il rispetto al diritto individuale concepito come avente un fondamento esteriore e superiore alla legge positiva trova il suo riconoscimento meglio che in formole astratte nelle applicazioni concrete fatte dal legislatore francese. Nella definizione della proprietà (art. 544 Cod. civ. fr[ancese]), nella giusta indennità assegnata all'espropriato (art. 545), nella consacrata libertà contrattuale (art. 1134), nella protezione dei terzi contro le conseguenze del contratto (art. 1165, 1351), nelle convenzioni matrimoniali (art. 1387), nella traslazione della proprietà (art. 1138), sia per vendita (art. 1583) sia per donazione (art. 938), nella successione testamentaria ecc., noi vediamo implicitamente o esplicitamente affermata l'esistenza di un diritto naturale anteriore e superiore alle leggi positive (8). Che se dalle singole disposizioni passiamo a considerare nel loro insieme i diversi istituti del diritto privato, la famiglia, la proprietà, le obbligazioni, le successioni, vedremo sempre consacrato il rispetto della personalità umana, astratta dalle esigenze della vita collettiva, all'infuori di qual-

(7) Infatti PORTALIS, parlando nel suo *Discours préliminaire* a nome di tutta la commissione di redazione del Codice Civile, riconobbe espressamente l'autorità del diritto naturale. (Cfr. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, p. 471). Dello stesso PORTALIS vedi *Exposé des motifs au Corps législatif le 4 Ventôse an XI*. (Cfr. FENET, *op. cit.*, t. VI, pp. 358-360). Del resto è noto che l'art. 7 del Codice civile austriaco (11 giugno 1811), e l'art. 4 del *Ba-disches Landsrecht* del 1809 facevano del diritto naturale fonte sussidiaria del diritto positivo.

Sulla influenza della dottrina del diritto naturale sulle codificazioni del principio del secolo XIX, vedi GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I [Monaco], 1895, p. 181; COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürg.[erlichen] Rechts*, t. I, [Jena], 1899, pp. 18-19. Sui tre codici, prussiano (1784), francese (1804), austriaco (1811), e sullo spirito filosofico che li informa, vedi ciò che dice il SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* [Heidelberg, 1814] (ed. 1892), par. 7 (consacrato più particolarmente al codice civile francese), pp. 32-49, par. 8, p. 49 e seg.

(8) BOISTEL, *Le Code Civil et la philosophie du droit* (in *Livre*, [cit.], I, pp. 48-49).

siasi intervento dello Stato, e limitata solo in modo affatto generico e indeterminato dalle esigenze della morale e da considerazioni d'indole non tanto sociale quanto politica (art. 6).

A. I primi progetti del Codice civile e soprattutto quello della Convenzione ⁽⁹⁾, avevano foggiate l'istituzione della famiglia secondo le aspirazioni dei filosofi del secolo XVIII e secondo l'ideale individualista dell'epoca. L'idea del contratto è la pietra angolare sopra la quale si fonda l'edifizio della famiglia e i principi dei contratti sono costantemente invocati. Il matrimonio, spogliato di ogni elemento religioso, appare oramai come un contratto, la cui conclusione e risoluzione deve aver luogo liberamente e agevolmente. Aboliti gli impedimenti canonici e feudali al matrimonio, ridotte al minimo le formalità, ammesso il divorzio, i rapporti tra i coniugi ispirati al principio della eguaglianza e al rispetto delle convenzioni matrimoniali, attenuata la patria potestà e il potere maritale, in guisa che non sia impedito lo sviluppo della personalità della moglie e dei figli, i figli naturali equiparati ai legittimi, soppresso il diritto di primogenitura, tolta l'ineguaglianza dei figli nella divisione, istituito il tribunale domestico. Soprattutto la Rivoluzione aveva cercato di emancipare i membri così detti inferiori della famiglia: il figlio legittimo, il figlio naturale, la donna. La famiglia, per tali principi, attuava nel suo seno i grandi ideali di libertà e di uguaglianza che avevano ispirato la Rivoluzione ⁽¹⁰⁾. Ora non v'è dubbio che l'opera del Codice Civile del 1804 segna una reazione rispetto ai tre primi progetti di codice civile (1793-1796). I principi della libertà e

⁽⁹⁾ Cinque furono i progetti di codici civili: i tre primi compilati sotto la direzione di Cambacérès appartengono al periodo rivoluzionario propriamente detto (progetto 9 agosto 1793 - progetto 9 settembre 1794 - progetto 14 giugno 1796) sono dominati dallo spirito filosofico dell'epoca, e sacrificano il principio di autorità e le tradizioni giuridiche agli ideali di libertà e di eguaglianza. Il quarto progetto (21 dicembre 1799) e il quinto progetto presentato il 21 gennaio 1801 dopo lunghe discussioni e laboriose vicende diventato definitivo il 21 marzo 1804 rappresentano una reazione in senso conservatore rispetto ai progetti precedenti. Cfr. Albert SOREL, *Livre du Centenaire* ecc., *Introduction*; e soprattutto l'interessante ed esauriente opera di Ph. SAGNAC, *La Législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris, Hachette, 1898, I, pp. 47 e seg.

⁽¹⁰⁾ Cfr. SAGNAC, *op. cit.*, parte I, libro II, capo III e seg.

dell'uguaglianza sono temperati dal rispetto alla tradizione giuridica, dalla parte maggiore fatta al principio di autorità, al costume, alle esigenze politiche. Il legislatore del 1804 comprese come, di tutte le istituzioni del diritto privato, la famiglia risente assai più l'influenza del costume che non quella della legge, e che in questo campo il compito del legislatore è di consacrare ciò che è naturale prodotto del costume. Il Codice Civile non ripudia tutte le riforme concepite nell'epoca rivoluzionaria; accoglie quelle che potevano considerarsi penetrate nei costumi, come il principio della secolarizzazione e dell'uguaglianza tra i figli: arriva persino a conservare riforme che, come quella del divorzio ⁽¹¹⁾, se rendevano omaggio al principio di libertà individuale, erano ben lungi dall'aver guadagnato il pacifico consenso dell'opinione pubblica. D'altra parte cedeva alle esigenze dell'unità familiare e del costume quando rafforzava l'autorità del padre sui figli, del marito sulla moglie, quando distingueva tra figli legittimi e naturali, sanciva il divieto di ricerca della paternità, aboliva il Tribunale domestico, ispirato alla diffidenza verso i

(11) La questione del divorzio fu oggetto di vivaci discussioni in seno al Consiglio di Stato, incaricato di preparare il progetto e presieduto da Napoleone. (Sulle sedute consacrate alla discussione del divorzio, iniziata il 6 ottobre 1801, vedi la « Gazette nationale » o « Moniteur universel », supplemento al numero del 7 dicembre 1801). Devesi all'influenza personale di Napoleone se il divorzio, dopo lunga discussione, fu ammesso. Tra le cause del divorzio Napoleone proponeva di ammettere l'incompatibilità di carattere, ma la sua opinione non prevalse. Si sarebbe inclinati a credere che in ordine al divorzio l'opinione di Napoleone fosse influenzata dalle sue particolari condizioni domestiche, tanto fu l'ardore col quale sostenne il divorzio che rispondeva così poco allo stato dell'opinione pubblica, tanto che fu senza contrasto abolito nel 1816.

Del resto si può oggi con sicurezza affermare che la leggenda che fece del Codice Civile l'opera di Napoleone è sfatata, che raramente le sue opinioni personali prevalsero e che la sua influenza fu quasi esclusivamente limitata alle questioni riguardanti lo Stato e la capacità della persona, nonché l'organizzazione della famiglia. Dei numerosi autori che hanno studiato la parte presa da Napoleone nella redazione del Codice Civile ricordiamo: NICIAS-GAILLARD, *Le premier Consul législateur* (« Gazette des tribunaux », 7 nov. 1855), A. MADELIN, *Le premier Consul législateur*, 1865, H. PÉROUSE, *Napoléon Ier et les lois civiles du Consulat et de l'Empire*, 1866, E. JAC, *Bonaparte et le Code civil*, 1898, BOTTET, *Le Premier Consul au Conseil d'Etat*, Amiens 1898, DEUS, *Napoléon et le Code civil*, Bruxelles 1903.

padri, ristabiliva il consenso pel matrimonio e gli atti rispettosi, l'usufrutto legale, l'autorizzazione maritale, il diritto di correzione nei rapporti coi figli e colla moglie. Ben dunque si può dire che in ordine alla famiglia il Codice del 1804 rappresenta una transazione tra i costumi tradizionali e le tendenze nuove (12).

B. Che se dalla famiglia passiamo alla proprietà, noi vediamo che questa durante la Rivoluzione si trasforma così nei fatti come nelle idee. Il Codice del 1804 riassume e consolida la duplice trasformazione.

All'emancipazione della persona si accompagna l'emancipazione della proprietà. In conseguenza della abolizione della proprietà feudale e corporativa la proprietà si individualizza, oramai non devono più esistere che proprietà particolari e per ogni proprietà non deve esistere che un solo proprietario. L'indipendenza del suolo è elevata a principio supremo, e per esso cadono tutte le restrizioni che nell'antico regime tendevano a limitare il potere del proprietario sopra i suoi beni. Da un lato è sancita nelle leggi la libertà giuridica del proprietario, per cui esso può liberamente disporre de' suoi beni; dall'altro ne è consacrata la libertà economica per cui può coltivare liberamente la sua terra, lavorarla come vuole, scegliere a suo arbitrio le produzioni più convenienti. Per tal modo la proprietà si ripresenta nella storia nelle sue forme logiche e naturali, si spoglia di tutte le incrostazioni medioevali e riappare quel diritto semplice e chiaro che i Romani avevano conosciuto (13). Due sono le teorie che in ordine alla proprietà prevalsero nel periodo che precedette la redazione definitiva del Codice (14). L'una fondava la proprietà sul bisogno, sulla convenzione, ne faceva una istituzione sociale, subordinata

(12) SAGNAC, *op. cit.*, parte II, capo III. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *La famille et le Code civil*, in *Livre du Centenaire* cit., I, p. 265 e seg.

(13) Vedi SAGNAC, *op. cit.*, parte I, libro I, cap. I e seg.

(14) Una terza teoria che fu rappresentata nel periodo rivoluzionario è quella comunista e che movendo dal presupposto che la proprietà individuale è frutto di usurpazione ne proponeva l'abolizione. Tale teoria fu sostenuta in quest'epoca da Babeuf e seguaci: ma non esercitò influenza di sorta sulla legislazione. Cfr. A. LICHTENBERGER, *Le socialisme et la Révolution française*. [*Etude sur les idées socialistes en France*], Paris, Alcan, 1899, capo VII, p. 181 e seg.

allo Stato. L'utilità sociale della proprietà ne [sic] costituiva la sua sola ragion d'essere. Lo Stato è giudice sovrano della sua utilità e de' suoi limiti (15). Questa teoria prevalse nel periodo più acuto della Rivoluzione, e si riflette nei primi progetti del Codice. In omaggio al principio che la proprietà è un diritto sociale i primi redattori del Codice avevano introdotto nell'ordinamento della proprietà una serie di restrizioni, di cui alcune nell'interesse della proprietà stessa, come le servitù legali, altre nell'interesse sociale. L'istituto della espropriazione per pubblica utilità rimase nei Codici come espressione di questa teoria.

La seconda teoria derivava la proprietà individuale dal lavoro e dalla libertà, e la considerava di diritto naturale (16). Questa teoria che la scuola del diritto naturale aveva elaborato finì per trionfare e divenne la teoria del Codice Civile del 1804. Il Codice considera la proprietà come l'effetto e la consacrazione del lavoro, l'espressione della personalità, la condizione di libertà. Libertà civile e proprietà, soprattutto del suolo, divennero quasi sinonimi. Portalis nel suo *Discours préliminaire* proclama che il diritto di proprietà è una istituzione naturale (17). Niun dubbio quindi sul carattere individualista del diritto di proprietà quale è regolato dal Codice Civile.

(15) La teoria che fa della proprietà una istituzione sociale aveva trovato nel secolo XVIII molti e celebri sostenitori; tra essi Fénelon, Montesquieu, Rousseau, Necker. Durante la rivoluzione fu sostenuta, tra gli altri, dal Mirabeau, Tronchet [etc.], e fu la teoria prediletta dei giacobini. Cfr. LICHTENBERGER, *op. cit.*, p. 185 e seg.

(16) Questa teoria enunciata sistematicamente per la prima volta dal Locke, penetrò in Francia e vi fu accolta e sostenuta soprattutto dagli economisti e dai fisiocrati. Ma nel primo periodo rivoluzionario non ebbe grande popolarità: parve egoistica e antipatriottica in quei momenti di rivoluzione sistematica della proprietà. La sua popolarità comincia dopo il 9 Termidoro, e da quest'epoca dominò incontrastata e penetrò nel programma dell'economia politica ortodossa e dei partiti conservatori e moderati. Cfr. B. TERRAT, *Du régime de la propriété dans le Code Civil (Livre ecc., I, p. 329 e seg.)*.

(17) Tutti gli oratori che parlarono sull'argomento, Portalis, Faure, Grenier, sostennero le stesse idee. Cfr. FENET, *op. cit.*, t. XI, p. 112 e seg. Anche Napoleone professò la stessa opinione. Cfr. LOCRÉ, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France*, vol. IV, p. 235.

C. Nel campo delle convenzioni il Codice del 1804 si ispira al principio della piena libertà di disporre delle proprie cose e quindi della più ampia libertà contrattuale. Bisogna però riconoscere che i primi progetti di Codice civile (1793, 1794, 1796) attuarono quel principio con criteri di larghezza che il legislatore del 1804 credette di non poter in qualche parte seguire. Infatti il Codice del 1804 ristabiliva la rescissione per lesione, la prova per giuramento, l'arresto personale per debiti, la tacita riconduzione, tutte istituzioni che i progetti precedenti avevano abolito. Molto saggiamente i primi codici avevano mirato a rendere la trasmissione della proprietà stabile e certa, riducendo la prescrizione acquisitiva a vent'anni, imponendo l'atto scritto per la prova delle convenzioni e la pubblicità di quelle a titolo oneroso. Tutte queste disposizioni non entrarono a far parte del Codice del 1804, che rappresenta per questa parte un regresso rispetto ai progetti anteriori ⁽¹⁸⁾.

D. Dove si può ancor più chiaramente rilevare lo spirito individualista del Codice, è nel sistema successorio. Qui come pel diritto di proprietà si contesero a lungo il campo da un lato la teoria che faceva dell'eredità un diritto sociale o familiare, dall'altro lato la teoria che faceva di essa, come della proprietà, una istituzione di diritto naturale e individuale; l'una legata al diritto consuetudinario, l'altra alla tradizione romana accettata dalla scuola del diritto naturale ⁽¹⁹⁾. La Convenzione, ispirandosi alle idee di Rousseau, dimostrò tutto il suo favore per quelle

⁽¹⁸⁾ Anche il *Système cédulaire*, per cui ogni proprietario di beni immobili può prendere ipoteca fino a concorrenza dei $\frac{3}{4}$ del valore dei suoi beni mediante cedule trasmissibili come le lettere di cambio, sistema che veniva a mobilitare la terra, fu abolito nel codice del 1804. Cfr. SAGNAC, *op. cit.*, parte I, capo IV, sez. II; parte II, capo II, sez. II.

⁽¹⁹⁾ Sul diritto successorio della Rivoluzione, vedi ARON, *Etude sur les lois successorales de la Révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code Civil* (in « Nouvelle Revue Historique », 1901, p. 444 e 585; 1903, p. 673; SAGNAC, *op. cit.*, parte I, t. I, cap. IV, sez. III, e parte II, cap. II, sez. III; JEANNEAU, *La législation successorale de la Révolution* (thèse, Paris, 1892), NADAUD, *Les successions dans le droit de la Révolution*, 1904, e soprattutto VALLIER, *Fondement du droit successoral en droit français*, Paris 1903 (thèse), A. COLIN, *Le droit de succession dans le Code civil* (Livre ecc., I p., p. 297 e seg.).

dei tre sistemi successori vigenti in Francia nel 1789 che aboliva ogni disuguaglianza volontaria e legale tra i coeredi, che favoriva la divisione indefinita delle fortune, che garantiva la solidità dell'organismo familiare. Fu pertanto indotta ad abolire da un lato il sistema successorio feudale come quello che, fondato sulla legge, tendeva alla disuguaglianza e alla concentrazione del patrimonio familiare nel primogenito con esclusione delle figlie ⁽²⁰⁾, dall'altro il sistema successorio romano, diffuso soprattutto nel mezzogiorno della Francia, fondato sulla libertà illimitata di testare riconosciuta al testatore, il quale poteva con la sua volontà introdurre disuguaglianze tra gli eredi dello stesso grado favorendo gli uni, diseredando gli altri ⁽²¹⁾. La Convenzione, movendo dal principio che lo Stato solo ha diritto di regolare, come la proprietà, così la successione, si attenne sostanzialmente al sistema consuetudinario germanico secondo il quale non la volontà individuale ma la legge sola dà il titolo di erede. Tale sistema tendeva alla uguaglianza e alla divisione del patrimonio nel gruppo familiare, e si ispirava soprattutto all'interesse e alla conservazione della famiglia quasi a ricordo dell'antica proprietà domestica ⁽²²⁾. Nella devoluzione della successione l'ordine è fissato dalla legge, la quale si ispira non alla presunta volontà del defunto ma alla natura delle cose, a considerazioni politiche e sociali e soprattutto all'interesse della fa-

⁽²⁰⁾ Il sistema successorio feudale fu abolito con decreto 15 marzo 1790. Il decreto 8 aprile 1791 sanciva il principio che ogni erede in egual grado succede in parti eguali ai beni a lui deferiti per legge. Ogni disuguaglianza derivante dalla qualità nobile delle terre o delle persone era abolita.

⁽²¹⁾ Mirabeau, Tronchet, Petion, Robespierre sostennero l'abolizione del testamento come quella che poteva riuscir di danno allo Stato e alla famiglia. Malgrado l'opposizione dei deputati del Sud fu emanato il decreto 7 marzo 1793, per cui la facoltà di disporre dei propri beni sia in causa di morte, sia tra i vivi, sia per donazione contrattuale in linea retta è abolita, e tutti i discendenti avranno una porzione eguale sui beni degli ascendenti.

⁽²²⁾ In un punto non fu seguito il sistema consuetudinario e fu seguito il sistema romano, per ciò che riguarda l'unità della massa ereditaria. Mentre il sistema germanico ammetteva le eredità multiple, ciascuna con regole sue proprie, distinguendo la successione degli immobili, dagli acquisti dei mobili, la Convenzione non tenne conto né della natura né dell'origine dei beni (se paterna o materna), ma considerò l'eredità come formante una sola massa.

miglia (23). Ma dopo il 1795 le opinioni circa la natura e il fondamento del diritto di proprietà e di successione si vanno modificando in senso individualista (24). Le dottrine della Convenzione ispirate al Rousseau segnano una deviazione temporanea dalle dottrine del diritto naturale, le quali come aprono con la *Dichiarazione dei diritti* la Rivoluzione, così la chiudono e riassumono con il Codice Civile del 1804. In nessun altro campo del diritto privato la reazione fu più energica e sintomatica. Fu rilevato (25) che l'epoca della redazione del Codice Civile corrisponde a una fase di prudenza e in una certa misura di regresso. Tale opinione espressa dal Sagnac, accettata dal Colin, non è esatta. A nostro parere dopo il 1795 si ritorna all'ideale individualista, proclamato nel 1789, e da cui la Convenzione si era allontanata per affermare il supremo diritto della Società e dello Stato sull'individuo. L'ideale della Convenzione era per molti aspetti prematuro, e non rispondeva alle esigenze storiche che avevano determinato la Rivoluzione, esigenze che erano per l'affermazione del diritto naturale e per la riduzione al minimo dell'intervento dello Stato (26). Questo fu il vero ideale della Rivoluzione, ed a questo

(23) Ora natura, interesse domestico e sociale impongono l'eguaglianza assoluta tra i figli, e tale uguaglianza fu garantita con divieto di avvantaggiare uno degli eredi, coll'obbligo della collazione col diritto della rappresentazione.

In mancanza di discendenti, l'eredità si divide in due parti eguali, l'una per la linea paterna l'altra materna senza guardare l'origine dei beni. Dopo i collaterali e dopo tutti i più lontani parenti, l'eredità passa al coniuge superstite; ultimo succede lo Stato.

Tale sistema successorio raggiunse il suo completo assetto nel 1794 (legge 6 gennaio 1794) all'infuori e indipendentemente dai codici. Cfr. SAGNAC, *op. e l. cit.*

(24) Già nel terzo progetto Cambacères del 1796 l'eguaglianza assoluta tra i coeredi non esiste più in linea collaterale, i figli naturali non sono più equiparati ai legittimi, la quota disponibile aumenta in linea collaterale, le donazioni non sono più così ostacolate, ecc.

Tali modificazioni si accentuano nel progetto Jacqueminot del 1801.

(25) Vedi SAGNAC, *op. cit.*, pp. 35-36; COLIN, *op. cit.*, p. 299.

(26) D'altra parte non accettiamo l'opinione di SALEILLES, *op. cit.*, p. 108, che la Convenzione non si era gran fatto allontanata dalla concezione individualista. Essa si ispirò secondo noi alle teorie del *Contratto sociale*, il quale appunto perché moveva da premesse individualiste, come vedemmo, era stato condotto a ricorrere a una supposta alienazione contrattuale dei diritti individuali a favore dello Stato, conclusione a cui arrivano, ma per via ben diversa, i Socialisti.

ideale si informava il Codice Civile francese. Se qualche dubbio rimanesse la storia del regime successorio durante la Rivoluzione basterebbe a dissiparlo.

Comunque è fuor di dubbio che verso il 1800 i difensori dell'origine naturale della proprietà e del testamento predominano (27). Non più la legge ma la volontà umana diventa la base del regime successorio, e soprattutto quella del capo della famiglia (28). L'individuo riacquista in larga misura il diritto di disporre de' suoi beni. Il sistema successorio consuetudinario, seguito sostanzialmente dalla Convenzione e dominato da uno spirito superiore di famiglia parve e giustamente contraddire al movimento di emancipazione individuale, epperò la famiglia come entità organizzata con proprio diritto collettivo scompariva. Si comprende quindi come la successione testamentaria dovesse prevalere sulla legittima, come questa cercasse il suo fondamento sulla [*sic*] presunta volontà del defunto, sull'ordine supposto de' suoi affetti anziché su necessità sociali; si comprende infine l'ostilità del Codice contro lo stato di indivisione.

Riassumendo, a noi pare poter affermare che il Codice Civile, studiato nelle singole disposizioni e nei fondamentali istituti che lo costituiscono, si ispira alla filosofia del diritto naturale, e ha carattere schiettamente individualista. Non fu dagli studiosi sufficientemente rilevata la contesa tra diritto sociale e diritto individuale, contesa che accompagnò la formazione della legislazione civile nel periodo rivoluzionario, e ne costituisce il tratto caratteristico. Tale contesa finì con il trionfo quasi assoluto del diritto individuale consacrato dal Codice del 1804: ciò nulla to-

(27) Non mancavano autorevoli giuristi che pensavano ben diversamente e distinguevano tra proprietà e successione. Tra gli altri basti ricordare il Portalis, che nel suo *Discours préliminaire*, dopo di avere affermato che la proprietà è una istituzione di natura, aggiunge: « mais le droit de propriété finit avec la vie du propriétaire »; e altrove: « Nous convenons qu'aucun homme n'a par un droit naturel et inné, le pouvoir de commander après sa mort et de survivre pour ainsi dire à lui-même par un testament. Nous convenons que c'est aux lois à établir l'ordre ou la manière de succeder ... ». Cfr. LOCRÈ, *op. cit.*, IV, 182 e 183.

(28) Verso il 1800 si vuol ristabilire [la potestà testamentaria] disconosciuta dei padri. Il 25 marzo 1800 era approvato un progetto che permetteva di dare a un figlio la porzione dei beni disponibili e che elevava la quota disponibile.

glie all'importanza del contrasto che doveva risorgere, accentuarsi nel secolo XIX, preparare la trasformazione in senso sociale del diritto privato.

3. La contesa tra diritto sociale e individuale trova singolare riscontro nel contrasto tra il diritto *coutumier* e il diritto romano durante il periodo di formazione della legislazione civile e che ricorda la polemica che a distanza di un secolo scoppiò in Germania tra pandettisti e germanisti in occasione della redazione del Codice civile tedesco. Sono noti i rapporti tra filosofia del diritto naturale e diritto romano ⁽²⁹⁾. I filosofi del diritto naturale inclinavano a considerare il diritto romano come la *ratio scripta*, come il diritto naturale attuato, materializzato. È facilmente spiegabile l'alleanza del diritto naturale col diritto romano, il quale, soprattutto nella sua forma più antica ⁽³⁰⁾, era rigidamente individualista, e faceva della volontà la fonte del diritto privato. I giuristi che nel secolo XVIII lavoravano a preparare l'unificazione della legislazione civile in Francia uscivano dalla scuola del diritto naturale ed erano fautori dichiarati del diritto romano ⁽³¹⁾. Coi giuristi la monarchia era interessata a sostenere il diritto romano per il principio d'autorità che lo informava. L'opposizione al diritto romano venne dal diritto *coutumier* che dominava nel nord della Francia, che era animato da uno spirito sociale e familiare che considerava assai meno l'interesse d'un solo che l'indipendenza e l'eguaglianza di tutti. Il contrasto tra i due diritti è il contrasto tra due princìpi, il principio indi-

⁽²⁹⁾ Se ne occupa tra gli altri il MAINE, *L'ancien droit [considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes]*, trad. Courcelle-Seneuil, Paris, 1874, capo IV.

⁽³⁰⁾ Lo afferma lo SCHUPFER nel suo *Manuale di storia del diritto italiano*, III ediz., Loescher, 1904, t. II, p. 671. « La legislazione, dice lo S., quale si trova consegnata nel Codice giustiniano e nelle Novelle, è già a base sociale e non poteva convenire a un secolo in cui si studiava a tutta possa di riabilitare l'individualismo.

⁽³¹⁾ Basti ricordare il Domat (1625-1695), il Pothier (1699-1722), il cancelliere d'Aguesseau (1668-1753), ecc. Cfr. L. THÉZARD, *De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne*, in « Revue historique du droit français et étranger », 1866, tomo 12.

viduale da un lato, il principio sociale dall'altro. Nella lotta che seguì nel periodo rivoluzionario il diritto romano fu sacrificato ⁽³²⁾. L'individualismo non era l'ideale della Convenzione, essa era nemica della tradizione, dell'autorità dispotica dell'individuo nella famiglia, nella proprietà, nelle successioni ⁽³³⁾. La Convenzione vagheggiava l'unità e l'uniformità della legislazione, voleva che lo Stato intervenisse a regolare la famiglia, la proprietà, la successione nell'interesse degli individui considerati tutti liberi e eguali e ad un tempo solidali. Di qui la sua propensione per il diritto *coutumier*, che realizzava questo ideale di uguaglianza e di solidarietà, e la sua avversione pel diritto romano che esaltava l'arbitrio individuale.

Le sorti del diritto romano risorsero nell'ultimo periodo di formazione del Codice Civile col prevalere delle teorie del diritto naturale, e non vi è dubbio ch'esso ebbe la parte principale nell'ordinamento dei singoli istituti di diritto privato ⁽³⁴⁾. Infatti il Codice del 1804 si attiene alla concezione romana della famiglia sia in ordine al modo di organizzare l'autorità maritale sia in

⁽³²⁾ La lotta tra fautori del diritto romano e diritto *coutumier* scoppiò nel 1791 in occasione della discussione in ordine all'eguaglianza delle divisioni nelle successioni *ab intestato*. Tale uguaglianza non ostante l'opposizione dei deputati dei paesi a diritto scritto fu votata il 5 aprile 1791. Cfr. SAGNAC, *op. cit.*, introduzione, capo I, par. 3.

⁽³³⁾ È degno di nota il fatto che la parte del diritto privato relativa alle obbligazioni conservò l'impronta e la solidità romana, fin dai primi progetti di Codice Civile. Il contrasto di tendenze era limitato alla famiglia, proprietà, successione.

⁽³⁴⁾ Nella Commissione creata dai Consoli per la preparazione di un nuovo e ultimo progetto di Codice Civile il 12 agosto 1800, composta di Tronchet, presidente, Maleville, segretario, Portalis e Bigot-Préameneu, la tradizione romana era rappresentata da Maleville e da Bigot-Préameneu, la tradizione rivoluzionaria da Tronchet, mentre Portalis rappresentava la corrente media di transazione.

I Consoli Bonaparte e Cambacérés finirono per aderire ai sostenitori del diritto romano, persuasi nella loro qualità di uomini di Stato che esso conciliava nel modo più perfetto il principio di autorità con quello di individualità. Portalis nel suo *Discours préliminaire* difese il diritto romano contro gli attacchi dei rivoluzionari. « La plus part des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent ». Cfr. LOCRÉ, *op. cit.*, I, p. 162.

ordine alla estensione della patria potestà. Il punto di vista unitario e il principio di autorità, che la Convenzione aveva scosso in omaggio alla libertà e all'eguaglianza dei membri della famiglia, ripresero col codice del 1804 il loro predominio. Mentre l'opera della Convenzione aveva mirato a rallentare i vincoli famigliari, il Codice del 1804 tende a rinsaldarli. L'ideale classico della famiglia parve rispondere alle finalità politiche e sociali della borghesia commerciale e industriale. Evidente è l'influenza del diritto romano nell'ordinamento giuridico della proprietà. L'esame più superficiale del secondo libro non lascia dubbio al riguardo. Riprodotte le definizioni romane, accolti i diritti reali e le modificazioni della proprietà riconosciuti dal diritto romano (usufrutto, uso, abitazione, servitù), riprodotte le norme romane sulla teoria dell'accessione e delle servitù prediali. Ciò del resto era naturale perché nessuna legislazione aveva costruito una teoria più solida della proprietà individuale considerata come emanazione della personalità. In materia di obbligazioni l'influenza del Pothier e de' suoi lavori classici sulle obbligazioni e sui singoli contratti fu decisiva. Le sue dottrine, improntate alla tradizione romana, non incontrarono opposizione neppure all'epoca della Convenzione e furono quasi interamente accolte dai compilatori del Codice Civile ⁽³⁵⁾. Da ultimo in fatto di successione il sistema romano, rispettoso della volontà dichiarata o presunta del defunto, prevalse come vedemmo sul diritto *coutumier*. La devoluzione dell'eredità ha luogo sostanzialmente secondo il sistema consacrato dalla Novella 118, che era già applicata, senza restrizione, nei paesi di diritto scritto ⁽³⁶⁾. È fuor di dubbio pertanto che il diritto romano, che aveva per sé l'autorità della tradizione e dei giuristi, accompagnò il sorgere e l'affermarsi delle dottrine del diritto naturale e fu col Codice Civile elemento di ordine e di conservazione in quel periodo critico in cui la Francia ebbe a trovarsi all'uscire dalle convulsioni rivoluzionarie. Bisogna anche riconoscere che l'individualismo del diritto romano fu accentuato ed esagerato, in un'epoca in cui le menti erano imbevute delle dottrine della scuola del diritto naturale, ed era vivo

⁽³⁵⁾ Cfr. THÉZARD, *op. cit.*

⁽³⁶⁾ Cfr. COLIN, *op. cit.*, p. 309.

il ricordo della secolare e sistematica oppressione della individualità. Il diritto romano servì alla causa dell'individualismo, ma non lo produsse. Considerare il diritto romano come la causa dell'individualismo del Codice è cedere alla ingenua e ormai sfatata leggenda che fa del Codice l'opera solitaria di filosofi e di giuristi, è non vedere in esso l'espressione dei bisogni e delle aspirazioni di quella generazione che fece la Rivoluzione e che preparava all'ombra del Codice e del diritto romano le condizioni di una nuova civiltà ⁽³⁷⁾.

4. Il contrasto tra diritto sociale e diritto individuale, tra diritto *coutumier* e diritto romano, non è che un aspetto della questione ben più grave, allora per la prima volta posta, dei rapporti tra individuo e Stato, a cui si connette la tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Tale questione era la conseguenza delle teorie del diritto naturale ⁽³⁸⁾. Emancipandosi l'individuo dalla secolare oppressione, doveva far valere i suoi diritti anteriori alla società e allo Stato. Il problema dei rapporti tra [l']individuo e lo Stato non si pose sotto il dispotismo avendo lo Stato, personificato nel principe, i diritti e null'altro che diritti. Si poneva debolmente nel sistema del dispotismo illuminato, quando lo Stato si imponeva dei doveri di cui era solo giudice. Con la filosofia del diritto naturale, la questione

⁽³⁷⁾ Molti critici odierni del diritto civile non nascondono la loro ostilità verso il diritto romano per aver esso accompagnato la formazione del diritto privato moderno. Dovrebbero invece esser grati al diritto romano che favorì la funzione storica della borghesia. Cfr. SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti*, Palermo, Reber, 1906, capo IV, pp. 21-27.

⁽³⁸⁾ H. MICHEL, *L'idée de l'Etat. [Essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution]*, Paris, Hachette, 1896. Nell'introduzione l'A. tratta dell'individualismo nel secolo XVIII e durante la Rivoluzione. Il Michel fa osservare che l'individualismo di questa epoca non difendeva dello Stato e non ripudiava in modo assoluto l'intervento di esso in aiuto dei deboli. Nel secolo XVIII si sarebbe posta secondo lui la distinzione tra i due termini, ma essa non degenerò come nel secolo XIX in aperta e irreconciliabile opposizione. Ciò secondo noi dipende dal fatto che nel secolo XVIII l'individualismo come dottrina e come sistema politico non poteva esser condotto alle estreme conseguenze, perché le tradizioni del passato e le condizioni dei tempi non lo permettevano.

si pose in modo netto e preciso. L'individuo insorge contro la società e lo Stato, e fa valere in loro confronto i suoi diritti innati. Neppure lo Stato paterno illuminato fu risparmiato. Nessuno più severo di Kant contro il regime paterno che moveva dal presupposto che l'individuo è un minore che lo Stato deve tutelare, mentre l'individuo si considera un maggiore che deve volere e pensare da sé e non deve trovare nello Stato un ostacolo alla esplicazione della sua personalità. Ad ogni modo, una volta contrapposti i due termini, individuo e Stato, si imponeva la necessità di regolarne i rapporti. Due soluzioni furono date e ciascuna di esse trovò attuazione nei fatti nel periodo che si svolge tra il 1789 e il 1804. L'una fu accolta dai Giacobini e dalla Convenzione e trova nelle dottrine del Rousseau il suo presupposto teorico. È noto che il Rousseau fu dalle sue stesse premesse individualiste indotto alla finzione di una alienazione contrattuale fatta dall'individuo de' suoi diritti innati in favore dello Stato, e ciò per dare alla vita sociale ordine e unità. Conseguenza pratica di tale teoria era l'onnipotenza dello Stato e l'assorbimento dell'individuo e de' suoi diritti nei fini e nei diritti dello Stato. L'opera della Convenzione si ispirò a tale concezione dei rapporti tra individuo e Stato. La caduta della Convenzione segnò la fine dell'influenza di Rousseau e della teoria del contratto sociale. La scuola del diritto naturale riprese il suo impero, e con essa l'individualismo. Come conseguenza, una nuova soluzione dei rapporti tra individuo e Stato si rese necessaria. Alla teorica dello Stato di contratto, che nelle sue ultime conseguenze portava il disconoscimento dei diritti individuali, subentrò una concezione più elevata, la concezione dello Stato di diritto, di cui si possono trovar tracce in tutti gli scrittori del diritto naturale; ma a Kant solo e alla sua scuola spetta il merito di averla sistematicamente e con perfetta coscienza formulata ⁽³⁹⁾. La teoria dello Stato di diritto non riconosce allo Stato [che] una funzione sua propria, che è quella di attuare il diritto, l'idea della giustizia. E siccome il diritto, nel concetto kantiano, è l'in-

⁽³⁹⁾ Vedi sullo Stato di diritto nel senso antico FILOMUSI GUELFU, *Enciclopedia giuridica*, IV ediz., Napoli, 1904. Cfr. anche GUMPLOWICZ, *Rechtsstaat und Socialismus*, Innsbruck, 1881, libro II, par. 7, 9.

sieme delle condizioni per cui è possibile che il volere di ciascuno coesista col volere di tutti secondo una legge universale di libertà, così lo Stato nella funzione del diritto garantisce la coesistenza degli individui mantenendo ciascuno nella sua sfera di libertà. In questa concezione il problema dei rapporti tra individuo e Stato si rappresenta in modo assai semplice. Il diritto dell'individuo è il limite solo all'attività dello Stato: questo deve intervenire solo quando la libertà dell'individuo offende la libertà dell'altro. Conseguenza di questa teoria fu, dice il Filomusi, « il dualismo tra individuo e Stato, la credenza ottimista nella potenza dell'individuo, una concezione assai ristretta della missione dello Stato di fronte alla più larga libertà dell'individuo, un sospetto continuo contro l'azione dello Stato » (40). Noi non oseremo affermare che questa teoria dello Stato di diritto fosse presente ai compilatori del Codice Civile: sorse e si sviluppò soprattutto in Germania. Ma è certo ch'essa può considerarsi il presupposto teorico della distinzione netta e precisa che i giuristi della Rivoluzione posero tra diritto pubblico e privato. Il diritto romano fornì la formola, ma la distinzione era la conseguenza del modo di concepire i diritti dell'individuo di fronte allo Stato da parte della scuola del diritto naturale. Il diritto privato rappresenta la sfera di attività sottratta alla ingerenza dello Stato e nella quale l'individuo poteva muoversi liberamente: il diritto pubblico rappresenta l'insieme di ordinamenti diretti a salvaguardare la libertà individuale, a garantirla da eventuali attentati, a mantenere la coesistenza della libertà individuale. Mette conto osservare, contro gli avversari sistematici del diritto romano, che in Roma il diritto romano si distingueva dal pubblico ma era a questo subordinato. Il romano non sa concepire la sua libertà che dentro gli ordini dello Stato: ad ogni modo era una libertà subordinata all'imperativo del bene e del giusto, limitata dallo Stato, ma non libertà di arbitrio (41). Nel secolo XVIII,

(40) Queste parole si trovano nella nota prolusione di FILOMUSI GUELFI, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, [prolusione univ. di Roma 3 novembre 1886], Roma, Pallotta, 1887.

(41) Vedi al riguardo ciò che dice il PEPERE, *L'individuo secondo il diritto romano e il germanico* (« Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche di [in] Napoli », vol. XXVIII, 1897). Vedi anche l'interessante e originale studio

e soprattutto all'epoca della codificazione, la distinzione tra diritto pubblico e privato assume nuovo valore: essa implica l'opposizione dell'individuo contro lo Stato, il dualismo tra l'interesse individuale e quello collettivo. Essa significa che l'individuo esplica la sua attività nell'ambito dei diritti naturali privati all'infuori dello Stato e contro di esso, senza preoccuparsi dello Stato e degli interessi generali. Il Codice del 1804 attuava la separazione, de[?]la sfera dei diritti individuali di quei diritti che l'uomo ha da natura e che lo Stato deve garantire. Come poteva trovar luogo in un codice così concepito l'elemento sociale?

5. Fu questione a lungo dibattuta e non ancora risolta quella dei rapporti tra Rivoluzione francese e socialismo. Non vi è dubbio che la Rivoluzione francese è il precedente storico del movimento sociale del secolo XIX. Senonché quando si parla di socialismo nella Rivoluzione francese si vuol intendere se e fino a qual punto essa non fu solo un movimento politico e giuridico di emancipazione individuale, ma fu anche un movimento sociale, se in essa trovarono eco le aspirazioni e i bisogni delle classi lavoratrici, se in ordine ad essa si può parlare di socialismo nel senso moderno della parola. La ragion del dubbio dipende da un lato dal Rousseau e dall'opera della Convenzione, dall'altro dal modo diverso di intendere il socialismo. Il contratto sociale veniva nelle sue ultime conseguenze a sacrificare l'individuo agli interessi della collettività, ad esaltare la volontà collettiva, a fare dell'individuo, spoglio di tutti i suoi naturali diritti, un membro quasi impersonale dello Stato. Le invettive poi del Rousseau contro la proprietà, contro gli oppressori del popolo, la distinzione da lui posta tra disuguaglianze naturali e artificiali, le ardenti invocazioni alla solidarietà umana, il senso di umanità che traspira da tutta l'opera sua, tutto ciò fa ricordare davvicino la critica e la dottrina socialista. Dal canto suo, la Convenzione cooperò coll'opera sua a radicare l'opinione di quanti, sulle tracce del Taine, sostengono che il socialismo trovò nella Rivoluzione

di P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato* (in « Rivista italiana di Sociologia », 1902, pp. 1 e seg.).

la sua prima espressione ⁽⁴²⁾. L'opinione che lo Stato deve intervenire a favore dei poveri nella ripartizione della ricchezza era sostenuta da molti giacobini. Una serie di leggi si ispirava allo scopo di favorire i poveri contro i ricchi, di togliere l'eccesso di eguaglianza, di provvedere alla sussistenza di tutti i membri della società, di assicurare a tutti una proprietà ⁽⁴³⁾. E neppure mancò, con Babeuf, un vero e proprio movimento sociale inteso a sviluppare le riforme sociali della Convenzione in senso comunista. Del resto, il razionalismo del secolo XVIII racchiudeva ne' suoi metodi, ne' suoi principi, tanto spirito rivoluzionario da giustificare le più audaci riforme, non escluse quelle socialiste. Si presenta quindi legittima la domanda: si può parlare di una tendenza socialista nella Rivoluzione? A togliere ogni equivoco meglio secondo noi si dovrebbe parlare di una tendenza sociale nella Rivoluzione, più che socialista nel senso collettivista. Non ogni riforma ispirata a sentimenti di solidarietà deve per ciò solo dirsi socialista. Se ciò fosse, non dovrebbero chiamarsi socialiste tutte le leggi che sotto il governo della Convenzione erano ispirate ad un alto concetto di giustizia sociale [?]. Ma se ben si guarda, tali leggi a contenuto sociale o erano affermazione di principi astratti o obbedivano a idealità etiche umanitarie, ma nulla in esse si riscontrava di quel fattore economico che fa la forza del socialismo moderno. Dal fatto che le stesse leggi alterate della Convenzione passarono nel programma del socialismo contemporaneo non si può concludere che la Rivoluzione fosse socialista. Lo spirito, le cause, i motivi che informano le une e

⁽⁴²⁾ Fu tale opinione sostenuta dal LE FAURE, *Le socialisme pendant la révolution française*, [1789-1798], Paris, 1863; ma egli intende per socialismo ogni movimento generale di riforma umanitaria. È noto che il Taine nell'opera sua classica considera la Rivoluzione come una formidabile esplosione di socialismo anarchico. D'altra parte il Marx e il Malon identificando il socialismo con una dottrina economica, con una teoria particolare della produzione e della ripartizione, negano ogni filiazione diretta del socialismo della Rivoluzione. Della stessa opinione è P. JANET (*Les origines du socialisme contemporain*), Paris, 1883, ma anch'egli vide del socialismo solo l'aspetto economico.

⁽⁴³⁾ Vedi intorno alle riforme sociali della Rivoluzione A. LICHTENBERGER, *Le socialisme et la Révolution française*, Paris, Alcan, 1899, capo VII. La Dichiarazione dei diritti del 23 giugno 1793 accentuava l'obbligo della società di provvedere alla sussistenza dei suoi membri.

le altre sono profondamente diversi. Che il programma della Convenzione non fosse socialista nel senso collettivista ma solo sociale è provato anche dal fatto che i Giacobini proclamarono sempre necessità sociale (e) [*sic*] il rispetto della proprietà individuale, e le loro invettive contro la proprietà erano dirette non tanto contro la proprietà individuale, quanto contro la proprietà feudale privilegiata; che le riforme da essi proposte non toccavano le basi della società; che nessuna di esse mirava a togliere la disuguaglianza economica; che le stesse leggi che più sembravano avere carattere socialista si ispiravano alla concezione dello Stato paterno proprio della monarchia (44). L'intervento e l'azione

(44) A conclusione non diversa arriva il LICHTENBERGER nell'*op. cit.* dopo uno studio analitico e positivo fatto delle riforme e leggi sociali della Rivoluzione. Egli afferma che l'importanza delle idee socialiste nel movimento del pensiero che finì colla Rivoluzione fu quasi nullo. Né programma, né popolo, né leggi socialiste si riscontrano nella Rivoluzione. Il FRAGAPANE (*Contrattualismo e sociologia contemporanea*, Bologna, Zanichelli, 1892, p. 71) riconosce che il contenuto economico è mancato alle tendenze socialistiche della rivoluzione francese, ma afferma che la Rivoluzione è piena dello spirito filosofico e morale del socialismo. I continuatori diretti di questo spirito furono S. Simon, Owen, Fourier e in genere i rappresentanti di quel socialismo che fu chiamato utopistico o razionale (Sombart). Ora noi osserviamo che presupposto di fatto del socialismo utopistico della prima metà del secolo XIX fu un fattore nuovo che mancava alle dottrine sociali della Rivoluzione, cioè l'industrialismo. Per questo solo le dottrine di Owen, di S. Simon possono considerarsi e furono chiamate socialiste, mentre per il loro metodo ricostruttivo geometrico, per lo spirito etico umanitario che le ispira ritraggono della ideologia sociale del secolo XVIII.

D'altra parte noi non conveniamo col MICHEL (*L'idée de l'Etat. [Essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution]*, Paris, Hachette, 1896) il quale non distingue tra le dottrine sociali e lo spirito della Convenzione e le dottrine e lo spirito individualista della Costituente e del periodo che susseguì al 1795. Per il Michel, come per il Saleilles (*op. e l. cit.*), la Rivoluzione fu il trionfo di un individualismo largo e comprensivo che fa allo Stato la debita parte, e nel quale posson trovare luogo anche le idealità sociali della Convenzione. Noi insistiamo sul contrasto tra spirito individuale e sociale che si affermò per molti aspetti nelle diverse fasi attraversate dalla Rivoluzione, neppure crediamo alla continuità di spirito e di idee tra la Costituente e la Convenzione, continuità sostenuta tra gli altri dal DEL VECCHIO (*La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*, Genova, 1903, p. 29; *Id., Su la teoria del contratto sociale*, Bologna, Zanichelli, 1906, capo I). Noi crediamo collo JELLINEK (*Die Erklärung der menschen und Bürgerrechte*, II ediz.,

dello Stato dal Rousseau e dai Convenzionali è intesa nel senso etico più che economico, nel senso illuminista più che nel senso dello Stato di diritto. Lo Stato, secondo l'intimo significato della teoria del Rousseau, deve cooperare al benessere morale dell'individuo, non alla sua eguaglianza e benessere economico. Del resto mancavano nel periodo rivoluzionario quelle peculiari condizioni storiche ed economiche che produssero più tardi il movimento socialista. Mancava, dice il Lichtenberger, il pubblico socialista. Il popolo vero era assente dalla Rivoluzione e non ne comprese lo spirito: da parte di esso si ebbero solo esplosioni selvagge, incoscienti, brutali, ma nulla che accennasse a una azione politica cosciente, a una coscienza di classe. Che questo movimento sociale iniziato da'la Convenzione non avesse profonde radici è provato dalla facile e violenta repressione della congiura di Babeuf, è provato dal fatto che l'opera della Convenzione, col risorgere delle teorie del diritto naturale, scomparve senza lasciar tracce di sé nel diritto privato. Il Codice del 1804 fu preparato all'infuori di ogni idealità non pur socialista, ma anche solo sociale.

6. Le classi lavoratrici sono assenti dal Codice Civile del 1804 come lo furono dalla Rivoluzione. Se esse poterono approfittare delle riforme ispirate ai principi largamente democratici e umanitari, la loro condizione speciale non fu presa in considerazione durante la Rivoluzione. Neppure il Codice della Convenzione (1793), che cade in un'epoca in cui lo spirito democratico sociale era più vivamente sentito, e maggiori erano le preoccupazioni per il popolo e per i deboli, ha disposizioni ispirate alle condizioni della classe che viveva del lavoro manuale: esso non contiene norme relative al contratto di lavoro e al salario dell'operaio. Il Codice del 1804, sorto in un'epoca di reazione individualista, è ancora più sfavorevole verso le classi lavoratrici, la cui inferiorità nei rapporti colle classi superiori è consacrata solennemente nell'articolo 1781 C.C. in virtù del quale in caso di contesa tra padrone e operaio sull'entità e condizioni del sa-

Lipsia, 1904, p. 12 e *passim*) che solo uno sforzo logico può stabilire una relazione fra l'opera della Costituente e quella della Convenzione.

lario la dichiarazione del padrone prevaleva su quella dell'operaio e del domestico (45). Non può per altro ammettersi che il silenzio, l'indifferenza del Codice a riguardo delle classi lavoratrici fossero voluti. Anzitutto, poca parte ebbe il popolo nella Rivoluzione. Esso servì come strumento cieco, passivo, alla causa della borghesia in lotta con le classi privilegiate. Non fu dagli storici sufficientemente rilevata la poca cura che la filosofia del XVIII secolo dimostrò per il popolo (46). Ciò proveniva dal fatto ch'essa non lo conosceva, e che è una filosofia essenzialmente aristocratica. Si pensi al disprezzo con cui Voltaire parlava del popolo, nel quale non vedeva che della canaglia da abbandonare alle sue superstizioni. I filosofi del secolo XVIII hanno colle loro opere soprattutto cura di guadagnare la borghesia illuminata alle loro idee. Rousseau stesso, che pure veniva dal popolo, non lo descrive quale esso era veramente, ma quale dovesse [sic] essere. Durante la Rivoluzione la miseria, la fame, poté destare il torpore del popolo, non certo la coscienza di sé e de' suoi interessi (47). Del resto era fuori delle finalità del Codice provvedere alle sorti delle classi lavoratrici. Sul lavoro manuale pesava il disprezzo secolare e la Rivoluzione neppure ai tempi della Convenzione seppe sottrarsi al pregiudizio generale. L'importanza del lavoro doveva affermarsi più tardi, col diffondersi del macchinismo e della grande industria. Il lavoro del piccolo *atelier* non produceva che rapporti semplici, ristretti e rari: bisognava sorgesse la grande industria perché rapporti giuridici nuovi e specifici sorgessero tra operaio e padrone. Al regime della piccola industria, osserva il Leroy (48), bastavano sette articoli del Codice (49): questi articoli, in unione con disposizioni di polizia,

(45) L'articolo 1781 del Codice Civile fu soppresso dalla legge 2 agosto 1868 relativa alla locazione dei domestici e operai. La legge poi 30 novembre 1803 (abrogata il 14 maggio 1851) dava all'imprenditore il diritto di trattenere l'operaio debitore al suo servizio fino a completa estinzione del suo debito.

(46) Il fatto però non sfuggì al JOYAU, *La philosophie en France pendant la Révolution*, Paris, Rousseau, 1893, p. 9.

(47) Il LICHTENBERGER al capo VI dell'*op. cit.* sulla base di documenti studia la parte che ebbe il popolo nella Rivoluzione e arriva alla conclusione che ad esso mancò qualsiasi coscienza di classe.

(48) M. LEROY, *Le Code Civil et le droit nouveau*, Paris, Bellais, 1904, par. II.

(49) Art. 1780-1781; 1798; 2101; 2103; 2271; 2272.

regolavano tutto il lavoro ⁽⁵⁰⁾. Presenti alla mente del legislatore erano le corporazioni di arti e mestieri. Di fronte ad esse fu proclamata la libertà del lavoro e non si concepiva, per l'esperienza del passato, come tal principio potesse venire limitato. Contro il pericolo che il principio della libertà di lavoro non si traducesse di fatto in una nuova forma di servitù personale parve bastare l'articolo 1780 del Codice Civile, secondo cui la locazione del lavoro doveva farsi a tempo e per una impresa determinata. Il silenzio pertanto del Codice in ordine al lavoro, lungi dall'imputarsi a malafede o a malanimo verso le classi lavoratrici, come fu sostenuto dagli scrittori socialisti e dai critici del diritto privato da un punto di vista socialista, fu determinato dai pregiudizi del passato, e soprattutto dalle condizioni di fatto in cui versavano le classi lavoratrici che dovevano sfruttare la libertà del lavoro prima di emanciparsi e far pesare sui poteri pubblici e sulla legislazione la loro influenza. Del resto, passando a un ordine di idee più elevato, il Codice civile non poteva tener conto delle classi lavoratrici perché manca, come vedemmo, ad esso lo spirito sociale e vi predomina l'individualismo. Un Codice che presuppone la coscienza della propria personalità, e come condizione di essa la libertà e la proprietà, se poteva conciliarsi cogli interessi di coloro che tale personalità, libertà, proprietà avevano, non poteva rispondere agli interessi dei lavoratori manuali, mancanti di una qualsiasi individualità e costituenti una massa amorfa e disorganizzata. Per questa massa ancora inconscia di sé e dei suoi destini le dottrine del diritto naturale, inneggianti alla personalità, ai diritti naturali, dovevano sembrare

⁽⁵⁰⁾ Gli uomini della Rivoluzione non erano per nulla novatori in materia di legislazione operaia: essi avevano sui rapporti tra padroni e operai lo stesso modo di vedere del governo monarchico.

Si aggiunga che i legislatori di un tempo stimavano che le regole riguardanti il lavoro industriale erano all'infuori del Codice Civile. Questo diritto per essi era destinato a regolare la situazione dei rapporti delle persone che vivono borghesemente (in opposizione a industriale). Tanto è vero che non solo gli operai furono trascurati dal Codice ma i commercianti, gli industriali. Queste diverse categorie di persone avevano le loro regole a parte, numerose ma speciali. Infatti contemporaneamente al Codice Civile era redatto una specie di Codice dell'industria che fu a lungo in vigore (12 aprile 1803). Cfr. HUBERT-VALLEROUX, *Le Code Civil et son centenaire*, in « Réforme sociale », giugno 1904).

vuote e senza reale contenuto, mentre essa doveva mostrarsi sensibile verso le dottrine ispirate a sentimenti di pietà e di solidarietà umana. Il Codice Civile era muto e indifferente verso i bisogni e le aspirazioni collettive, esso era legato a un credo filosofico che non era quello delle classi lavoratrici.

Può a riguardo del Codice Civile, sollevarsi la stessa questione che fu sollevata in ordine al significato della *Dichiarazione dei diritti* ⁽⁵¹⁾. Come per questa, così per il Codice si disse ch'esso è impersonale, pone principi generali che abbracciano tutti gli individui senza restrizioni o esclusione di persone. Fu, e giustamente, osservato che esso va interpretato alla luce dei principi posti nella *Dichiarazione dei diritti* la quale, proclamando l'uguaglianza di tutti gli uomini, e abolendo le disuguaglianze giuridiche derivanti dalle condizioni sociali, contiene in germe l'idea della giustizia sociale. Né deve tacersi che i rivoluzionari vagheggiarono l'idea che tutti gli uomini dovessero essere forniti di proprietà, considerata questa come necessaria estrinsecazione della individualità. La conclusione che se ne vorrebbe trarre è che nelle premesse teoriche del Codice Civile nulla havvi che giustifichi l'affermazione che il Codice è borghese, serva agli interessi della borghesia, ed escluda dal suo seno le classi non possidenti. Ora, secondo noi, l'errore di quelli che così pensano sta nel ragionare della *Dichiarazione dei diritti* — e implicitamente del Codice Civile — astrattamente e non in relazione alle condizioni storiche in cui sorsero e ai bisogni che dovevano soddisfare. E l'errore è tanto più grave quando proviene da quelli

⁽⁵¹⁾ Il Del Vecchio ad esempio è tra quelli che non accettano l'interpretazione individualista della Dichiarazione dei diritti (vedi *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella Rivoluzione francese*, Genova, 1903, capo IV). Ma gli argomenti su cui fonda la sua opinione hanno un valore logico più che storico. In senso contrario opinarono col Taine, JELLINEK (*op. cit.*), JANET (*op. cit.*), FERNEUIL (*Les Principes de 1789 et la science sociale*, Paris, 1889), GUYOT (*Les Principes de 1789 et le socialisme*, Paris, Delagrave, 1894), BUQUET (*La déclaration de 1789 et le socialisme*, in « Revue Socialiste », marzo 1901, pp. 324-338), BENOIST (*Sophismes politiques de ce temps*, Paris, 1893), COURCELLE-SENEUIL (*Préparation à l'étude du droit*[: *étude des principes*], Paris, 1887), R. MONDOLFO (*Dalla dichiarazione dei diritti al Manifesto dei comunisti*, in « Critica sociale », 1906, p. 232).

che si sono sforzati, e giustamente, di sostenere contro il Taine che i principi della *Dichiarazione* sono vere generalizzazioni dell'esperienza, rispondono alla nuova coscienza storica, costituiscono la meta, l'ideale, il programma della Rivoluzione ⁽⁵²⁾. Ora, noi osserviamo che appunto perché i principi della *Dichiarazione* e del Codice non sono affermazioni astratte, ma rispondono a reali bisogni, hanno un determinato contenuto storico e psicologico, noi dobbiamo intenderli e interpretarli nei limiti di quelle condizioni storiche e psicologiche che li hanno generati. E allora dovremo mettere i principi del Codice e della *Dichiarazione* in relazione coi bisogni e colle aspirazioni della borghesia nel cui interesse la Rivoluzione fu compiuta. La Rivoluzione era stata soprattutto l'emancipazione della proprietà del suolo. Il Codice, sanzionando le norme relative alla proprietà, coronava quella che era stata l'opera specifica della Rivoluzione. Tutti coloro che per speciali condizioni di fatto erano posti nella impossibilità di divenire proprietari di terre, erano per questo solo esclusi o non contemplati dal Codice Civile. Con ciò non vuol dirsi che il Codice Civile sia stato redatto coll'intenzione che fosse una legge di privilegio, poiché le norme di esso non sono ristrette espressamente a una classe ma si estendono a tutti senza distinzione di classe ⁽⁵³⁾. Ma non si pose mente al gran numero di quelli che mancavano di proprietà, ossia della condizione necessaria per valersi del Codice. Tanto la *Dichiarazione* quanto il Codice Civile

⁽⁵²⁾ Noi qui siamo col Del Vecchio, col Guyot, con quanti sostengono contro il Taine la realtà oggettiva dei principi del 1789. La forma in cui vennero proclamati è astratta, ma il contenuto risponde a reali bisogni e aspirazioni dell'epoca. Dice bene il DEL VECCHIO (*op. cit.*) che la storia non consiste solo nei fatti, ma nelle esigenze non soddisfatte, nei bisogni non adempiuti, negli ideali non attuati.

⁽⁵³⁾ Non possiamo quindi accogliere l'opinione degli scrittori socialisti secondo i quali il Codice fu intenzionalmente redatto in modo da favorire una classe a danno di un'altra. L'intenzione anzi era perfettamente opposta: si volle fare un codice impersonale che valesse per tutti gli uomini: ma di fatto fu modellato sull'uomo libero e cosciente di sé, capace col proprio lavoro di acquistare la proprietà. Tale concezione fu resa vana dai fatti che seguirono la trasformazione industriale. Tanto è vero che a dolersi del Codice non furono sole le classi lavoratrici, ma anche i detentori della ricchezza mobiliare. Cfr. A. TISSIER, *Le Code Civil et les classes ouvrières*, in *Livre cit.*, I, pp. 73 e seg.

ponevano dei princìpi in apparenza generali, ma di fatto limitati a una classe ristretta di persone.

7. L'ideale di una giustizia assoluta, universale, impersonale presiedette la formazione del diritto privato sul finire del secolo XVIII. Questo ideale di giustizia, di cui il diritto naturale fu la soluzione filosofica, la codificazione fu la soluzione positiva, si risolveva nel riconoscimento definitivo della nozione del diritto individuale come principio della società civile ⁽⁵⁴⁾. Il diritto positivo non ha altro scopo che di assicurare all'individuo le legittime prerogative che egli tiene dalla sua natura, di sviluppare l'uomo, la sua personalità, la sua libertà. Questo ideale fu attuato in grado diverso dalle tre grandi opere legislative dell'epoca moderna, il codice civile prussiano, il codice civile francese, il codice civile austriaco ⁽⁵⁵⁾. La Codificazione non fu la conseguenza della Rivoluzione, e neppure può considerarsi come una semplice raccolta di massime giuridiche tendenti a soddisfare il bisogno dell'uniformità legislativa e le esigenze della pratica. Questo scopo pratico poté essere coltivato da' giuristi ma non spiega la codificazione e non ne costituisce la ragion d'essere. La codificazione è soprattutto l'espressione di quell'ideale di giustizia che fu elaborato dai filosofi del diritto naturale, rispondeva all'esigenza teorica dell'unità legislativa, e questa non poteva effettuarsi se non sulla base di princìpi semplici, assoluti, universali, ridotti a unità. Tali princìpi ispirano tutte le disposizioni del Codice e fanno di esso un sistema logico, razionale, armonico. La codificazione infatti, oltreché in Francia, si riscontra come conseguenza della stessa corrente di idee nei paesi germanici, dove la scuola del diritto naturale aveva tradizioni e cultori. Dei tre codici ricordati, il codice prussiano fu quello che per ge-

⁽⁵⁴⁾ Cfr. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, Rousseau, 1891, capo I, par. 3 e capo III, par. I.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. sulla codificazione FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, V ediz., Napoli, Jovene, 1906, par. 29; e dello stesso autore, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, Roma, 1887. Rimandiamo per la bibliografia sull'argomento a questi due lavori del Filomusi Guelfi. Vedi GLASSON (*La Codification en Europe au XIX siècle*, in « *Revue politique et parlementaire* », nov.-dic. 1894, febb. 1895) per le vicende storiche della codificazione nel secolo XVIII.

nerale consentimento degli studiosi presenta minor coerenza e unità di principi e meno rispose alle esigenze dei tempi, e alle speranze concepite. Non devesi dimenticare che la preparazione e la formazione del codice prussiano cade in pieno secolo XVIII, quando le dottrine del diritto naturale e l'individualismo giuridico non avevano completamente trionfato, e mentre erano in voga le dottrine illuministe tendenti a considerare l'individuo come bisognoso di tutela e di protezione ⁽⁵⁶⁾. Nel Codice Prussiano l'uomo non appare solo come soggetto di diritti naturali, ma presentasi come membro di una comunanza sociale e politica ⁽⁵⁷⁾. Manca al Codice Prussiano l'unità e la coerenza dei principi. Da un lato esso obbedisce alle dottrine del diritto naturale e fa debita parte all'individuo e ai suoi diritti naturali, dall'altro lato esso cede all'influenza delle dottrine illuministe di vigilanza e di tutela dell'individuo. Esso innesta l'elemento sociale sul tronco dell'individualismo, e l'innesto fu a scapito della coerenza e dell'unità del sistema. Questa fu la causa vera dell'intima debolezza del Codice Prussiano e della sua scarsa efficacia. Col prevalere, in contrasto, dell'individualismo e della teoria dello Stato di diritto, il Codice Prussiano parve un anacronismo: esso ricordava troppo i tempi del regime paterno mentre, a distanza di

⁽⁵⁶⁾ Vedi per la bibliografia relativa al Codice Prussiano FILOMUSI, *Enciclopedia ecc.*, p. 97 nota 1. Il Codice Prussiano entrò in vigore il 1° giugno 1794 sotto il titolo *Allgemeine[s] Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten*. Notevole è l'ordinanza 31 dicembre 1746 di Federico il Grande colla quale questi imponeva al suo cancelliere Samuele Cocceio di preparare un progetto di Codice Civile fondato sulla ragion pura e sui principi costituzionali del paese. Cfr. VIERHAUS, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches [für das Deutsche Reich, in Verbindung mit einer Uebersicht der privatrechtlichen Kodifikationsbetreibungen in Deutschland]* (fascicolo 1 dei *Bekker und Fischer Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes [= Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, a cura di E. J. BEKKER e O. FISCHER]), p. 3. Il Codice Prussiano fu l'opera soprattutto del Gran Cancelliere Von Carmer per la parte relativa al[la] direzione generale, e del suo collaboratore, il giureconsulto Suarez, per la preparazione materiale e per la redazione del Codice.

⁽⁵⁷⁾ Delle due parti in cui il codice è diviso la prima tratta della persona come soggetto di diritti patrimoniali, la seconda della persona come membro della famiglia, della società, dello Stato.

un secolo, doveva incontrare le lodi di quanti combattevano lo spirito individualista del codice francese e lavoravano alla formazione di un codice privato-sociale ⁽⁵⁸⁾.

Il Codice austriaco fu invece l'espressione più genuina della scuola del diritto naturale: più che di giuristi parve opera di filosofi. Esso non dovette, come il Codice francese, transigere con i principi per adattarsi allo stato di fatto creato dalla Rivoluzione. Opera particolare del kantiano Zeiller, il Codice austriaco rivela lo spirito filosofico che lo informa nella brevità e chiarezza delle sue disposizioni ⁽⁵⁹⁾, nella grande indipendenza riconosciuta all'individuo nella sua vita privata ⁽⁶⁰⁾, nella proclamazione esplicita del diritto naturale come fonte del diritto e canone di interpretazione ⁽⁶¹⁾. Il Codice francese seppe meglio contemperare la tradizione giuridica coi principi del diritto naturale e riuscì ad essere sistematico e coerente senza sacrificare le esigenze della pratica. Di qui il segreto del suo successo e dell'influenza larga e profonda da esso esercitata in tutti i paesi latini, i quali lo pre-

⁽⁵⁸⁾ Basti dire che il Codice Prussiano sanciva il diritto al lavoro, il diritto all'assistenza. Tali principi però non erano la conseguenza di teorie sociali nuove, ma delle teorie illuministe sulle funzioni etiche dello Stato.

⁽⁵⁹⁾ Il Codice austriaco (dell'11 luglio 1811 e in attuazione dal 1° gennaio 1812) costò il lavoro di più di cinquanta anni. Sulla storia della codificazione in Austria vedi BEHREND, *Die neuen Privatrechts-Kodifikationen*, in *Holtendorff Encyclopädie [der Rechtswissenschaft. Systematischer Teil.]*, IV ediz.; UNGER, *Sistema del diritto austriaco privato generale*, trad. it. di Kirchmayer, pp. 4 e seg., Zara, 1877. Il codice Austriaco consta di soli 1902 articoli mentre il prussiano di 2385, il francese di 2281 articoli. I lavori di preparazione cominciarono sotto il regno di Maria Teresa. Nell'ordinanza di convocazione della prima commissione nel 1753 si raccomandava di aver riguardo « all'universale diritto della ragione ». Dell'ultimo progetto fu relatore lo Zeiller, celebre scrittore di diritto naturale della scuola di Kant.

⁽⁶⁰⁾ L'UNGER (*Zur Revision des allgemeinen Bürgerlich Gesetzbuch*, in « *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht* », vol. XXXI, p. 309) afferma che lo Zeiller poneva come supremo principio del Codice Civile che la libertà degli individui nella esplicazione della loro attività non doveva esser limitata se non in quanto ciò fosse richiesto dalla necessità della reciproca libertà. In ciò lo Zeiller riproduceva la dottrina giuridica di Kant.

⁽⁶¹⁾ L'art. 7 d.s. prel. [= delle disposizioni preliminari del] Codice austriaco fa menzione espressa del diritto naturale come canone di interpretazione.

sero a modello nell'opera di codificazione alla quale in epoca diversa ma in condizioni storiche e sociali analoghe addivennero.

Le dottrine del diritto naturale e l'individualismo giuridico accompagnarono il movimento di emancipazione politica dei popoli moderni. La codificazione risponde nel campo del diritto privato a quello che furono le Dichiarazioni dei diritti e le Costituzioni nel campo del diritto pubblico: come queste erano dirette a garantire le libertà politiche dei cittadini nei loro rapporti collo Stato, così le Codificazioni miravano ad assicurare la libertà civile dell'individuo, nella sua vita privata, contro le indebite ingerenze del potere politico. Si comprende quindi come i popoli, raggiunta l'emancipazione politica, dessero opera a completarla nella codificazione civile. Mal ne comprende l'ultima essenza chi non vede nella Codificazione che uno strumento di unificazione politica e legislativa. Scopi di tal natura poterono certo affrettarla e favorirla, ma non ne costituiscono l'interno significato. Gli avversari della Codificazione la considerarono soprattutto da un punto di vista teorico e giuridico, né diedero — secondo noi — la debita importanza al contenuto filosofico che la informa. La tendenza alla codificazione significa la tendenza ad attuare nel diritto privato i principi del diritto naturale, valendosi delle forme che la tradizione giuridica romana aveva elaborato. Per noi il Codice del 1804 non ha carattere nazionale, come fu da molti sostenuto. Il genio francese seppe tradurre nel modo migliore i principi del diritto naturale sui quali era generale e unanime il consenso, come quelli che rispondevano alle aspirazioni della nuova epoca storica sorta dalla Rivoluzione. Soprattutto in virtù del suo significato filosofico il Codice del 1804 fu accolto, riprodotto, illustrato ⁽⁶²⁾. Speciale menzione merita il Codice

⁽⁶²⁾ Le sorti del codice del 1804 furono affatto indipendenti dalle vicende politiche. Nonostante la caduta di Napoleone fu conservato in Francia. Il Belgio lo conservò fino ad oggi non ostante il suo distacco dalla Francia nel 1814, dall'Olanda nel 1830. (Cfr. HANSSENS, *Le Code Civil en Belgique*, in *Livre ecc.*, tomo II, pp. 681-722). In Olanda il codice del 1804 entrò in vigore il 1° gennaio 1811. Caduto Napoleone l'Olanda unita al Belgio fino al 1830 conservò il Codice Civile Francese, e lo conservò anche dopo il distacco fino al 1838 nel quale anno (1° ottobre) entrò in vigore il nuovo Codice civile olandese modellato sul francese. (Cfr. ASSER, *Le Code Civil dans les Pays-Bas*, in *Livre ecc.*, II, pp. 817-845). Nel

italiano del 1865, che deve considerarsi come l'ultima notevole opera di codificazione fatta sul modello del Codice francese e sulla base dei principi del diritto naturale, all'infuori di qualsiasi nuova influenza di carattere sociale. Gli autori che in Italia e fuori lo giudicarono e lo fecero segno di ampi e meritati elogi sono concordi nel riconoscere la sua superiorità rispetto al Codice francese, che servì di modello, per un maggior rispetto al principio di libertà e alla tradizione romana (63). Non fu rilevato che più che alla tradizione romana e al Codice francese il Codice civile italiano rendeva omaggio incondizionato ai principi del

granducato di Baden, Berg, e nei paesi renani (Alsazia-Lorena) il codice del 1804 fu in vigore fino al 1900 (1° gennaio) quando andò in vigore il nuovo Codice civile tedesco del 1896. (Cfr. E. MÜLLER, *Le Code civil en Allemagne*, in *Livre ecc.*, II, pp. 627 e segg.). I codici dei cantoni svizzeri di Neuchatel, Friburgo, Vaud, Ticino, Valais, Ginevra e la parte del Canton di Berna chiamata Giura bernese, hanno imitato e riprodotto sostanzialmente il codice del 1804. (Cfr. A. MARTIN, *Le Code Civil dans le canton de Genève. Son influence dans le reste de la Suisse Romande*, in *Livre ecc.*, II, pp. 875 e seg.).

Tra i codici che imitarono il Codice civile francese ricordiamo ancora: il Codice della Luigiana del 1826, di Haiti del 1° gennaio 1826, delle isole Jonie del 1° maggio 1841, della Bolivia del 18 novembre 1845, della Romania del 4 dicembre 1864. (Cfr. DISSESCOU, *L'influence du Code Civil française en Roumanie*, in *Livre ecc.*, II, pp. 849 e seg.), della repubblica di S. Salvador del 10 novembre 1880, del principato di Monaco del 1° gennaio 1885. (Cfr. DE ROLLAND, *Le Code Civil de 1804 dans la Principauté de Monaco*, in *Livre ecc.*, II, pp. 807 e seg.) e cfr. GLASSON, *op. cit.*, per i dati di fatto concernenti la codificazione nei diversi paesi di Europa e fuori. Vedi anche sull'influenza dei principi del Codice Civile Francese gli interessanti articoli di J. KOHLER (*Le Code Civil français dans la théorie et la pratique allemandes*), MIGNAULT (*Le Code Civil au Canada*), ARMINJON (*Le Code civil et l'Égypte*), GORAI (*Influence du Code civil français sur le Japon*) pubblicati nel *Livre du Centenaire*, tomo II, parte III (*Le Code civil à l'étranger*).

(63) Fino al 1866 due sistemi diversi di legislazione vigevano in Italia. Al centro la Toscana e gli stati pontifici seguivano la legislazione consuetudinaria che si ispirava alla tradizione romana, al nord e al sud vi erano i codici, cioè l'austriaco nel Lombardo-Veneto, il napoleonico più o meno modificato nel Regno delle Due Sicilie (21 maggio 1819), nel ducato di Parma, Piacenza Guastalla (1° luglio 1820), negli stati sardi (20 giugno 1837), nel ducato di Modena (25 ottobre 1851). Cfr. sulle vicende della codificazione in Italia, oltre al Glasson citato, il CHIRONI (*Le Code civil et son influence en Italie*, in *Livre ecc.*, II, pp. 763 e seg.), FILOMUSI GUELFI (*Enciclopedia ecc.*, V ediz., p. 97 nota 4^a), GABBA C. F. (*Prolusione al corso di diritto civile (1887-1888)*, in « Archivio giuridico », vol. 39^o, 1887, pp. 517-538).

diritto naturale i quali, all'epoca in cui fu redatto, erano giunti a completa elaborazione e raccoglievano intorno a sé l'unanime consentimento non pur dei giuristi e dei filosofi ma della pubblica opinione. Il Codice civile italiano attuava in grado maggiore del Codice francese i principi dell'unità legislativa, dell'universalità e uguaglianza internazionale del diritto privato, della secolarizzazione del diritto, dell'autonomia della persona umana, dell'organizzazione dei diritti reali sulla base della libertà, principi tutti nei quali si rifletteva la coscienza giuridica moderna educata alla scuola del diritto naturale ⁽⁶⁴⁾. Il popolo italiano compieva allora quell'evoluzione verso la libertà civile e politica che altrove era già compiuta. Alla proclamata libertà politica doveva succedere nel campo del diritto privato, mediante un Codice uniforme e logico nelle sue diverse parti, l'abolizione di ogni disuguaglianza derivante da nazionalità, sesso, condizione domestica o sociale. Nell'aver chiuso definitivamente un'era di privilegi e di disuguaglianze giuridiche nei rapporti privati consiste la funzione storica della Codificazione. Questa non poteva ispirarsi a idealità sociali senza venir meno a quei principi filosofici da cui traeva origine e ragion d'essere.

8. È fenomeno degno d'interesse la trasformazione che subì l'individualismo nelle sue basi filosofiche nel secolo XIX in corrispondenza alla trasformazione industriale e all'avvento al potere della borghesia industriale e commerciale. Non sarà inutile

⁽⁶⁴⁾ Vedi giudizio dell'Huc (*Le Code civil italien et le Code Napoleon. [Etudes des législations Comparées]*, Paris, 1866) sul Codice Civile Italiano. Egli (§ 11, XIII) loda i giuristi italiani per la loro adesione ai principi del diritto naturale, e per non aver sostituito la giustizia coll'utile. Paul GIDE in un articolo pubblicato nella « *Revue historique du droit français [et étranger]* », tomo XII, 1866 ([*De*] *La législation civile dans le neuveau royaume d'Italie*), afferma che non vi è un sol paese d'Europa di cui la legislazione civile risponda meglio del Codice Civile italiano agli ultimi progressi della civiltà e della scienza. E tali progressi consistevano, secondo il Gide, nell'attuazione dei grandi principi del diritto naturale. Uguale elogio fa il Vanni del Codice civile italiano in un suo lavoro giovanile (1878) *I promessi della legislazione civile in Italia dopo la Rivoluzione* (pubblicato tra i *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Bologna, Zanichelli, 1896). L'A. rileva tra i difetti del Codice qualche attentato alla libertà, e vede una concessione al socialismo nell'istituto della rescissione della vendita.

ricordare come la rivoluzione dell'89 fu soprattutto la rivoluzione della proprietà fondiaria, [*sic*] dei proprietari del suolo oppressi da pesi feudali, da imposte di ogni genere. La Rivoluzione emancipò colle persone i beni. Libertà e proprietà non furono mai dissociate nelle dottrine del diritto naturale, nelle Dichiarazioni dei diritti, nella legislazione civile ⁽⁶⁵⁾. Fu detto, e non a torto, che il Codice civile è il codice della proprietà: meno propriamente fu chiamato codice della borghesia, poiché di questa esso rappresenta la classe dei proprietari ad esclusione dei detentori della ricchezza mobiliare. È cosa notoria che i redattori del Codice civile francese, educati alla scuola del diritto naturale, mentre esaltarono la proprietà fondiaria considerandola come condizione di ogni progresso civile, di ogni sviluppo individuale, non nascosero la loro indifferenza verso la proprietà mobiliare ⁽⁶⁶⁾. Ciò si spiega pensando come questa nel periodo rivoluzionario si svolgeva in particolari condizioni di sfavore, e l'era delle grandi scoperte e delle loro applicazioni allo sviluppo economico e commerciale non era ancora iniziata. La proprietà del suolo costi-

⁽⁶⁵⁾ Parlando di proprietà il Codice Civile francese si riferisce quasi esclusivamente all'immobile, alla casa e soprattutto alla terra. Nell'uso stesso della lingua, proprietà si confonde con terra, eredità con proprietà del suolo. Dagli inizi della Rivoluzione le due idee di libertà e proprietà non furono mai dissociate. La proprietà era per il contadino e per il non nobile dell'antico regime il sinonimo di libertà, libertà del suo lavoro, della sua persona. La legislazione civile della Rivoluzione favorì in ogni modo il costituirsi della piccola proprietà. Cfr. SOREL A., *Introduzione al Livre du Centenaire*, pp. xxxi e seg.

⁽⁶⁶⁾ Il Codice del 1804, osserva il TERRAT (*op. cit.*, pp. 339 e seg.), in ordine alle cose mobili si ispirò all'idea antica *mobilium vilis possessio*. Questo principio rispondeva alle speciali condizioni economiche e sociali del Medio Evo. La feudalità era stata l'esaltazione della terra. La terra determinava la gerarchia sociale. D'altra parte lo sviluppo della fortuna mobiliare è il risultato del lavoro e del risparmio, due condizioni che richiedono tempo e non si riscontravano nell'antico regime, o quanto meno si svolgevano in condizioni sfavorevoli. Gli autori del Codice non potevano prevedere le sorti riserbate alla ricchezza mobiliare nel secolo XIX.

D'altra parte essi non compresero, imbevuti come erano di idealità astratte e filosofiche assai più che di conoscenze economiche, che coll'abolizione del regime feudale si distruggeva la preponderanza della terra e si dava importanza nuova ai valori mobiliari. Il Codice mosse dal presupposto che il mobile aveva un valore secondario, e non se ne preoccupò.

tuiva la fonte più generale e apprezzata di ricchezza: la scuola del diritto naturale non fece che fornire il fondamento filosofico a tale condizione di fatto. Ma le cose mutarono profondamente nel secolo XIX. Le proclamate libertà dell'uomo e del cittadino giovarono assai più agli interessi dell'industria e del commercio che non a quelli dei proprietari del suolo. Lo sviluppo della scienza e delle sue feconde applicazioni, l'affermarsi e lo svolgersi della grande industria in conseguenza dell'introduzione delle macchine, dei nuovi e più rapidi mezzi di trasporto, l'importanza assunta dal capitale mobiliare, dal credito, dalle banche, determinarono la formazione di una nuova borghesia, la borghesia industriale e commerciale, i cui interessi, le cui idealità non coincidevano interamente con gli interessi e le idealità dei proprietari di terre. Punto attaccata al passato, la nuova classe borghese traeva la sua ragion d'essere, il suo significato sociale dalle nuove condizioni create dalla scienza e dall'industria e costituì il nucleo più numeroso della democrazia radicale di tutti i paesi civili. Si andò per tal modo formando la distinzione fondamentale tra classe proprietaria e classe capitalista, distinzione che originò nel campo politico due partiti, il conservatore e il democratico. Difensori entrambi dichiarati dell'individualismo giuridico e della proprietà privata, capitalisti e proprietari discordavano tra loro profondamente nelle premesse filosofiche da cui movevano, nel modo diverso di concepire la vita, l'uomo, la società. L'individualismo degli uni era razionale, degli altri utilitario: negli uni si rivestiva di idealismo, negli altri di materialismo. L'individualismo degli scrittori del diritto naturale, della generazione che aveva preparate le premesse filosofiche della Rivoluzione e del diritto privato, scaturiva da un alto e nobile concetto dell'uomo e della sua natura. La ragione elevata a guida e a principio dell'operare, per quanto individuale, era capace di giustificare il sacrificio di sé e del proprio utile, di coordinare i fini individuali coi fini universali, di foggiare un ideale di giustizia e di perfezione. E le idealità etiche e sociali non mancarono alla Rivoluzione anche nei periodi più oscuri e agitati: il suo errore fu di credere che basta porre l'ideale per attuarlo. Ben diversi erano i principi filosofici proclamati dalle classi educate alla scuola degli economisti. L'individuo era considerato non in quelle qua-

lità razionali che lo elevano, lo nobilitano, lo universalizzano, ma piuttosto in quelle tendenze egoistiche che se costituiscono uno stimolo potente al lavoro e alla produzione, chiudono l'uomo in se stesso e lo abitano a vedere nel suo simile non una personalità da rispettare e da svolgere, ma uno strumento da sfruttare, un concorrente da opprimere, un rivale da superare. L'Economia politica fornì le basi alla nuova filosofia dell'egoismo che fu costantemente abbracciata nelle sue diverse forme dalla classe sociale sorta dalla grande industria ⁽⁶⁷⁾. Il sorgere dell'Economia politica e della filosofia utilitaria si può riscontrare in Inghilterra dove, colla prosperità crescente dell'industria e di un commercio che abbraccia il mondo intiero, si sviluppò prima che altrove la nuova classe industriale spregiudicata, attiva, intraprendente. Nella teoria della ricchezza delle nazioni lo Smith, il fondatore dell'Economia politica, poneva come assioma che ciascuno ricercando il proprio interesse lavora al vantaggio di tutti ⁽⁶⁸⁾. Compito dello Stato è di garantire la maggior libertà possibile in questa lotta di interessi. Ne venne una deplorabile confusione delle norme del mercato con quelle della vita della morale. Gli uomini furono considerati esseri essenzialmente egoisti, capaci di conoscere perfettamente il loro interesse, e che non dovevano in questa ricerca essere influenzati da considerazioni di natura diversa, o essere in qualsiasi modo ostacolati. Lo scopo ultimo a cui tende l'operosità industriale e commerciale è l'acquisto della ricchezza non tanto per goderne quanto per servirsene all'aumento della ricchezza già acquistata. A questo fine egoistico e materialista, non al benessere generale è diretta l'attività economica. A difesa di tale concezione fu invocata la teoria dell'armonia degli interessi per cui nella vita, malgrado qualunque ostacolo, ognuno consegue la posizione sociale che meglio risponde alle sue naturali inclinazioni. Questo complesso di principi teorico pratici originati nel campo economico, tradotti in un si-

⁽⁶⁷⁾ Cfr. LANGE, *Histoire du materialisme [et critique de son importance à notre époque]*, trad. Pommerol, Paris, Reinwald, 1879 [= 1877-1879], tomo II, IV parte, capo I (*L'economia politica e la dogmatica dell'egoismo*).

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. SOLARI, *La scuola del diritto naturale nei secoli XVII e XVIII*, Torino, Bocca, § 4-45.

stema filosofico logico e completo, costituì il programma e l'ideale della nuova civiltà industriale. Anche l'utilitarismo come già la scuola del diritto naturale si pose il problema della riforma della legislazione civile e la soluzione non poteva che essere individualista. L'applicazione delle dottrine utilitarie alla legislazione civile fu fatta dal Bentham, il quale mosse a tale scopo da alcuni generali principi ⁽⁶⁹⁾. Anzitutto la legislazione deve considerarsi una scienza e come tale deve studiarsi con metodo positivo, e non con metodi aprioristi. In secondo luogo una buona legislazione deve ispirarsi al principio di utilità, ossia promuovere la maggior felicità del maggior numero ⁽⁷⁰⁾. Come terzo principio il Bentham poneva che l'individuo è il miglior giudice della propria felicità, per cui la legislazione deve cercare di rimuovere tutte quelle restrizioni alla libera azione dell'individuo che non sieno richieste necessariamente per assicurare l'uguale libertà degli altri. Conseguenza fu l'estensione della sfera del contratto, ossia della libertà contrattuale. E invero in conseguenza e per l'influenza della filosofia del Bentham si ebbe in Inghilterra un vero movimento di riforma della legislazione civile ⁽⁷¹⁾. Tale riforma non si è compiuta mediante la Codificazione, ma mediante

⁽⁶⁹⁾ Sulla vasta e complessa opera del Bentham, sulla grande influenza da esso esercitata si può consultare l'opera lodata di E. HALÈVY (*La formation du radicalisme philosophique; [La Révolution et la doctrine de l'utilité 1789-1815]*, I. *La jeunesse de Bentham*, II. *L'évolution de la doctrine utilitaire (de 1789 à 1815)*, III. *Le radicalisme philosophique*; Paris, Alcan, 1901-1904). Cfr. anche il DICEY, *Lectures on the relation between law and public opinion in England [during the nineteenth century]*, London, Macmillan, 1906, lettura VI (*The period of Benthamism or individualism*), pp. 126 e seg.

⁽⁷⁰⁾ Nota giustamente il DICEY (*op. cit.*, pp. 135 e seg.) che il principio di utilità applicato alla legislazione ha un valore pratico notevole e non va incontro a quelle difficoltà e obiezioni che presenta come principio di morale. Ciò perché la legislazione considera soprattutto la condotta esterna, i risultati e non i motivi dell'azione, mira al benessere generale più che dei singoli, come fa la moralità.

⁽⁷¹⁾ È degna di nota l'avversione e il disprezzo dimostrato in Inghilterra verso il pensiero filosofico della Rivoluzione. Osserva il DICEY (*op. cit.*, p. 170, lettura VI) che gli scrittori che volevano essere letti e ascoltati allora in Inghilterra non dovevano parlare di diritti innati, di contratto sociale, di libertà, fraternità, uguaglianza. Ciò fece il Bentham il cui sistema mentre rispondeva a condizioni speciali dell'epoca, si coordinava alle generali tendenze del pensiero inglese.

leggi speciali modificatrici della legge comune (*common law*) e dell'equità che costituiscono la vera fonte del diritto privato inglese ⁽⁷²⁾. La Codificazione mancò in Inghilterra perché quivi la legislazione civile non fu mai intesa come l'espressione di un sistema filosofico, ma come mezzo a conseguire certi scopi suggeriti dall'esperienza e dalle necessità della pratica. Ma più che le vicende del diritto privato inglese, a noi importa rilevare il carattere nuovo che l'individualismo giuridico assunse sotto l'influenza della nuova civiltà industriale. L'individualismo tendeva a spostarsi verso basi nuove che non erano quelle del diritto naturale ⁽⁷³⁾. L'indirizzo utilitaristico e materialista, penetrando nel diritto privato, ne accentuava lo spirito individualista rendendolo più odioso, soprattutto vi provocava un movimento di cri-

⁽⁷²⁾ Dal 1832 in poi la filosofia giuridica del Bentham ispirò tutte le riforme legislative inglesi: ad essa attinsero i più noti statisti. Fu infatti conseguenza della filosofia di Bentham la riforma elettorale del 1832, nonché la legge comunale del 1836. Per tali riforme le classi medie che vivevano soprattutto dell'industria e del commercio ebbero aperta la via al potere. In omaggio al principio di libertà individuale furono abolite le leggi contro l'usura (1833-1854), le note leggi di navigazione (1846-1849). Una serie di leggi si succedettero dal 1835 al 1898, intese a trasformare il matrimonio in un atto contrattuale, sciolto da ogni vincolo religioso. Nel 1857 passava la legge sul divorzio. In omaggio alla libertà contrattuale fu permessa la creazione (1856-1862) di società anonime. L'individualismo si rivelava ancora nelle leggi relative al diritto di associazione, in quelle dirette a regolare il libero esercizio e godimento della proprietà fondiaria, a garantire l'assoluta libertà di testare, ecc. Cfr. DICEY, *op. cit.*, lettera VI, pp. 201 e seg.

⁽⁷³⁾ Chiunque astragga dalla base e dalla giustificazione teorica dell'individualismo non potrà far a meno di riconoscere gli stretti rapporti che sotto altri aspetti univano la scuola del diritto naturale e l'utilitarismo razionale del Bentham: in entrambi gli indirizzi di pensiero si riscontra la stessa esaltazione e preoccupazione dell'individuo, lo stesso metodo astratto, la stessa esclusione dello spirito storico, lo stesso carattere intellettualista. In un'epoca in cui la psicologia delle facoltà dominava non potevasi aspettare altra conseguenza. Da un lato si muove da ciò che è razionale, dall'altro da ciò che è utile, ma se ben si guarda l'utilità è stabilita razionalmente con calcolo oggettivo. D'ambe le parti si voleva un fondamento solido del diritto sottraendolo all'impero degl'istinti e dei sentimenti. Notiamo ancora gli stretti rapporti tra giurisprudenza ed economia politica in conseguenza del nuovo individualismo giuridico. Le due scienze dell'economia e della giurisprudenza tra il 1830 e il 1850 furono in Inghilterra considerate come due rami dell'utilitarismo.

tica che non risparmiò lo stesso Codice, e che si tradusse nella scissione del diritto privato e nella formazione del Codice commerciale in opposizione al Codice civile.

9. Non è senza significato il fatto che le prime critiche mosse ai Codici provennero da economisti e furono fatte in nome dell'individualismo economico. Tra i dimenticati del Codice, primi a dolersene furono i detentori della ricchezza mobiliare, e l'eco dei loro lamenti fu raccolto dagli economisti. Pellegrino Rossi fin dal 1837 rileva il disaccordo tra le norme del Codice e lo stato economico della società. I Codici furono la tradizione [traduzione?] della rivoluzione sociale e politica, ma non prevedero la rivoluzione economica che contraddistingue il secolo XIX. « Non può sfuggire a un attento osservatore, afferma il Rossi, che la società nuova comincia a sentirsi a disagio nei limiti posti dai codici » (74). Nel 1866 un altro giureconsulto economista, il Batbie, ponendosi a sua volta da un punto di vista economico, invocava una revisione del Codice in un senso favorevole alla libertà delle parti contraenti. Egli voleva che in un nuovo Codice scomparissero le restrizioni inutili alla libertà e alla volontà dell'individuo. Nella sua critica il Batbie si ispirava particolarmente a quella economia ortodossa allora in voga che vedeva in ogni norma giuridica obbligatoria e limitativa della volontà, un attentato ai principi economici (75). Né il Rossi né il Batbie

(74) Cfr. Rossi, *Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société*, Memoria letta all'Académie des sciences morales et politiques, riprodotta nei *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, [Paris, 1857], tomo II, pp. 1-23. Di questo scritto del Rossi esiste una traduzione italiana nella *Biblioteca degli economisti*, prima serie, vol. IX, Torino, Unione tipografica, 1855. Il Rossi nulla trova a osservare a quella parte del Codice del 1804 che si riferisce allo stato delle persone, all'ordinamento della famiglia, all'uguale divisione della eredità tra i figli di ambi i sessi, all'esiguità della quota disponibile, al divieto delle sostituzioni. Rileva invece il disaccordo in quella parte del Codice che tratta dei beni, delle servitù, dei modi di acquisto, trasmissione, [di] garanzia della proprietà.

(75) BATBIE, *Revision du Code Napoléon*. Memoria letta alla *Académie* [des sciences morales et politiques, 23 e 30 dicembre 1865], in « *Revue critique de législation et de jurisprudence* », 1866. In questa stessa rivista comparve la risposta di DUVERGER, *Observations sur le mémoire de M. Batbie* intitolate: *Revision du*

avvertirono come le loro critiche si connettevano a principi filosofici ch'erano in contraddizione con quelli che avevano presieduto alla formazione del Codice Civile, le cui norme tendevano ad attuare un ideale di giustizia e non ad obbedire ad un calcolo di utilità (76). Meno importanti sotto l'aspetto teorico sono le critiche mosse al Codice civile da un punto di vista politico e partigiano, come quelle dell'Acollas (77), oppure le critiche mosse al Codice da giureconsulti nell'intento di completarlo o di modificarlo in armonia coi principi su cui si fondava (78). Una revisione in tal senso può avere una importanza tecnica e giuridica, ma ha gran valore dal punto di vista dei principi che rimangono immutati. Le critiche invece degli economisti tendevano ad allargare e a modificare le basi del Codice, a spostarle verso le nuove teorie utilitarie e materialiste (79). Si comprende allora l'avversione dei giuristi verso la revisione, e la preferenza da essi data al sistema dei ritocchi e delle modificazioni parziali, mediante leggi speciali (80), o mediante gli artifici dell'interpre-

Code Napoléon [1866]. Vedi F. LARNAUDE, *Le Code civil et la nécessité de sa revision*, in *Livre ecc.*, II, pp. 901 e segg.

(76) È ciò che osserva il VANNI (*I progressi ecc.*, p. 193, nota) rilevando le critiche del Batbie.

(77) E. ACOLLAS, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, II ediz., Paris, 1866. Nella critica dell'Acollas domina il punto di vista politico: attacca il Codice per attaccare il governo imperiale. Nel suo *Manuel de droit civil [à l'usage des étudiants, contenant l'exégèse du Code Napoléon]*, tomo I, II ediz., pp. LXXX e segg., l'Acollas fornisce notizie sui lavori di una commissione di studio che si formò nel 1866 allo scopo di preparare la revisione della legislazione civile. Si tennero solo otto sedute (1866-1867).

(78) Il punto di vista giuridico fu tra gli altri sostenuto dal JOUBAIRE (*Essai sur la révision du Code civil*, Paris, 1873), da Ambroise Colin in un articolo notevole per l'abbondanza dei dati di fatto, pubblicato nella *Gazette du Palais* nel 1886. Nello stesso senso vedi il VANNI (*op. cit.*) per il Codice italiano, l'UNGER (*op. cit.*) per il Codice austriaco.

(79) Ben lo intese l'HUC (*op. cit.*, *Conclusions*) il quale facendo gli elogi del Codice Civile italiano si compiace che i giuristi italiani non si lasciarono fuorviare dalle teorie degli economisti ortodossi sostituendo la giustizia coll'utile.

(80) Vedi in PICARD (*L'évolution historique du droit civil français*, Bruxelles, Larcier, 1904) gli articoli del Codice Napoleone modificati da leggi speciali. Per la Francia vedi elenco di leggi speciali modificatrici del Codice in *Gazette des Tri-*

tazione analogica. Come la questione della Codificazione, così quella della revisione implicava una questione di princìpi. Difendendo il Codice e la sua integrità di fronte alle critiche degli economisti, i giuristi difendevano quel patrimonio di idealità giuridiche che dalla scuola del diritto naturale essi avevano ereditato, e che l'utilitarismo materialista minacciava di travolgere.

Ma se la filosofia dell'egoismo intimamente legata colle dottrine economiche non riuscì a scuotere le basi razionali del diritto civile, essa fornì il fondamento teorico alla nuova legislazione industriale e commerciale. La separazione tra norme civili e commerciali nel periodo anteriore alla Rivoluzione francese traeva origine dalla natura e considerazione sociale diversa della ricchezza mobiliare e immobiliare. Vedemmo infatti la parte privilegiata fatta dal Codice del 1804 alla proprietà fondiaria. Ma tale motivo di separazione non poteva più valere di fronte all'importanza sempre maggiore assunta dal commercio e dall'industria nel secolo XIX. Con tutto ciò la separazione fu mantenuta e conseguenza di essa fu la formazione dei codici commerciale e industriale ⁽⁸¹⁾ accanto ai codici civili. Ora la separazione tra le due legislazioni ha, secondo noi, un vero e reale fondamento non solo nei fatti e negli interessi antagonisti tra proprietà e industria, ma soprattutto nei princìpi teorici diversi che le ispirano. Non fu abbastanza rilevato che la fusione dei due codici significava l'assorbimento del diritto civile nel diritto commerciale ⁽⁸²⁾, il sacrificio delle idealità giuridiche elaborate dalla

bunaux (lunedì-martedì 22 marzo 1904). Per il Codice Civile italiano vedi CHIRONI, *Le Code Civil* ecc., in *Livre* ecc., II, p. 763. Per il Codice austriaco vedi modificazioni mediante leggi speciali in UNGER, *op. cit.*

⁽⁸¹⁾ La legislazione industriale deve logicamente connettersi colla legislazione commerciale e non come molti fanno o propongono colla legislazione operaia.

⁽⁸²⁾ Bene osserva il LORIA (*Le basi economiche della costituzione sociale*, 8^a [= 3^a] ediz., Torino, Bocca, 1902, p. 142) che il diritto commerciale viene sempre più dilatandosi a scapito del vecchio diritto civile, la cui sfera d'azione si fa in correlazione sempre più circoscritta.

La stessa osservazione fece il Vivante negli scritti polemici tendenti a dimostrare la necessità di un Codice unico per le obbligazioni (Roma, 1892). Il fatto vero rilevato dal Loria che le più diverse manifestazioni della vita assumono una impronta mercantile, e i rapporti fin qui regolati dal diritto civile assumono un carattere commerciale, è intimamente connesso al prevalere dell'utilitarismo e

scuola del diritto naturale alle nuove teoriche utilitarie e materialiste. La diversità profonda dei principi rendeva impossibile una qualsiasi conciliazione tra i due codici. Non si pose mente che i codici non costituiscono solo un complesso di norme, ma un vero e proprio sistema di principi, che le stesse norme assumono significato diverso, ammettono interpretazione diversa a seconda della dottrina filosofica che le ispira e le giustifica (83).

10. L'individualismo utilitario del Bentham e del Mill sotto l'influenza delle scienze biologiche, assume per opera dello Spencer carattere scientifico e naturalista. Lo Spencer fu il filosofo ammirato della nuova civiltà originatasi dal meraviglioso sviluppo scientifico e industriale. Egli cercò il fondamento dell'individualismo non nella natura razionale o sensibile dell'uomo, ma nelle leggi immutabili della vita e dell'esistenza considerata da un punto di vista biologico, all'infuori della psicologia e della storia. Per questa via lo Spencer toccava risultati non diversi da quelli a cui era pervenuta con metodo razionale la scuola del

del materialismo. Ora, secondo noi, tale prevalenza è transitoria e non crediamo che le idealità giuridiche della scuola del diritto naturale abbiano perduto ogni ragione d'essere, e con esse la legislazione civile.

(83) Il VIVANTE ([*Ancòra*] *Per un codice unico delle obbligazioni*, Roma, 1892) lamenta la povertà di lavori scientifici nel campo del diritto commerciale, l'insufficienza di principi teorici e generali, un eccesso di norme che si applicano a casi speciali e particolari, la necessità di ricorrere alla teoria generale delle obbligazioni del Codice Civile. Ora, i lamenti del Vivante hanno un reale fondamento, ma la causa delle deficienze teoretiche del diritto commerciale non deve ricercarsi nel fatto della sua separazione dal Codice Civile come ramo dal tronco, ma nella sterilità inerente al principio utilitario stesso. Del resto il Vivante stesso, limitando la fusione alla materia delle obbligazioni, cioè a quella parte del diritto privato che più intimamente è legata ai fatti economici, implicitamente ammette che lo spirito commerciale non può estendersi ad altre parti del diritto privato. Neppure crediamo col GABBA C. F. (*Prolusione al corso di diritto civile, 1887-88*, in « Archivio giuridico », vol. 39, 1887) che il diritto commerciale sta al diritto civile come specie al genere. Ciò si potrebbe ammettere solo nel caso che i due Codici avessero comune la base teorica. La stessa posizione subordinata che il codice civile occupa tra le fonti di interpretazione del diritto commerciale, viene a giustificare la nostra opinione. Infatti solo quando tutti i motivi commerciali espressi nella legge scritta o negli usi vengono meno si può invocare il diritto civile.

diritto naturale. Quasi si direbbe che lo Spencer, in uno sforzo mirabile per quanto illogico e sfortunato, cercasse di riassumere le due forme di individualismo sorte prima di lui, l'individualismo razionale e utilitario. Fu già notato che la « Giustizia » dello Spencer costituisce un intorno illogico al sistema di idee che i giusnaturalisti avevano elaborato ⁽⁸⁴⁾. Si sarebbe tentati ad affermare che l'opera dello Spencer traduce in forma scientifica la dottrina del diritto naturale. La deduzione dall'uomo astratto e razionale l'induzione dall'uomo biologico portò agli stessi risultati. Anche lo Spencer cerca al diritto una base naturale: e se questa non è per lui razionale, ma biologica, ciò nulla toglie alla sua immutabilità e universalità. Dalla natura delle cose lo Spencer trae la legge dell'ugual libertà che è un dato a priori della coscienza nel senso dell'innatismo ereditario. E ciò dicendo, lo Spencer afferma implicitamente i principi di uguaglianza e di libertà che la scuola del diritto naturale aveva considerato come inerenti alla natura umana. Il progresso verso l'individuazione, cioè verso un progressivo riconoscimento dei diritti personali, costituisce per lo Spencer, come già per gli scrittori del diritto naturale, la meta a cui l'umanità tende. Coll'affermarsi dell'individualità si ritrae l'azione dello Stato, a cui spetta solo di garantire la coesistenza delle libertà, precisamente come voleva la teoria dello Stato di diritto ⁽⁸⁵⁾. Il positivismo si limitava a constatare i fatti giuridici: lo Spencer cerca giustificarli alla stregua di principi assoluti, compito questo che era stato proprio della filosofia del diritto naturale. Nel fondo dell'antico diritto naturale, osserva l'Anzilotti ⁽⁸⁶⁾, e nella teoria Spenceriana, è

⁽⁸⁴⁾ Vedi la critica fatta della *Giustizia* dello Spencer dall'ANZILOTTI (*La scuola del diritto naturale nella filosofia giuridica contemporanea*]. *A proposito del libro di Herbert Spencer Justice*], Firenze, 1892) e dal VANNI (*Prefazione alla traduzione della Giustizia fatta da Sofia Fortini Santarelli, Lapi [Città di Castello], 1893*).

⁽⁸⁵⁾ Vedi il bellissimo e opportuno ravvicinamento fatto dal BARZELLOTTI (*Prefazione alla traduzione dell'opera di SPENCER: L'individuo e lo Stato*, Lapi, 1901, pp. XXVII e segg.) tra l'opera di Guglielmo Humboldt sui limiti dell'azione dello Stato pubblicata nel 1792 sotto l'influenza delle dottrine kantiane e l'opera citata dallo Spencer sui rapporti tra individuo e Stato (1884) (*Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*).

⁽⁸⁶⁾ Cfr. ANZILOTTI, *op. cit.*, pp. 12 e segg.

affermata l'intima unione del diritto con la personalità umana e con la libertà dell'individuo e la missione sua di assicurare e tutelare la esplicazione delle attività individuali nel seno della convivenza sociale. I principi a priori di Kant diventano per lo Spencer prodotti dall'esperienza della specie (87). Il principio supremo della giustizia di Spencer non è che un dato a priori della coscienza, sebbene si possa dedurre dalle condizioni necessarie per conservare la vita in genere e la vita sociale in particolare (88). Come i cultori del diritto naturale, egli vede nel diritto un attributo della personalità e non un fatto sociale: diritti non sono che le varie libertà particolari deducibili dalla legge di eguale libertà. Era da aspettarsi che nello studio analitico dei diversi istituti di diritto privato lo Spencer cercasse di giustificarli sulla base dei principi già invocati dalla scuola del diritto naturale. Solo lo Spencer li vorrebbe estesi ai rapporti giuridici sorti dalla nuova civiltà industriale. Per lo Spencer infatti, come già per i giusnaturalisti, la proprietà individuale si lega al lavoro: egli non nasconde le sue preferenze per la proprietà industriale, in cui l'impronta della personalità appare chiara ed evidente. Nei confronti colla proprietà industriale, frutto dell'ingegno e dell'operosità individuale, lo Spencer doveva essere indotto a condannare la proprietà del suolo così come essa era costituita in Inghilterra. Quivi infatti la proprietà del suolo presentavasi ne' suoi caratteri più odiosi e irrazionali: era privilegio ereditario, né il proprietario curavasi di giustificarla col lavoro. La rendita fondiaria più che dal lavoro originavasi dalle condizioni naturali del suolo. Ora è curioso notare come lo Spencer nel condannare la proprietà del suolo non invoca considerazioni d'indole storica

(87) Nota il VANNI (*Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, Zanichelli, 1904 [1906], p. 54) che secondo la teoria psicogenetica formulata dallo Spencer le forme del pensiero costituiscono un *a priori* per gli individui ma un *a posteriori* per la specie. Così intese le forme del pensiero ricordano le idee innate dell'idealismo.

(88) La corrispondenza tra la formola del diritto di Kant e quella corrispondente dello Spencer rilevata prima dal MAITLAND ([*Spencer's theory of society*], nel «*Mind*» del 1883), fu riconosciuta concordemente dagli scrittori. Lo Spencer stesso in appendice all'opera sua l'ammette per quanto si sforzi di rilevare le differenze. Vedi su questa questione il saggio del SIDGWICK pubblicato con altri nelle *Lectures on the philosophy of Kant, Green, Spencer*, London, Macmillan, 1905.

o principi di utilità sociale, ma muove da principi astratti e razionali, e segue un procedimento analogo a quello molte volte rimproverato ai seguaci del diritto naturale. Secondo lo Spencer infatti la terra è anzitutto un agente naturale come la luce e l'aria, perciò può esser oggetto di uso non d'appropriazione, e d'altra parte non può derivarsi dal principio di giustizia, perché la terra rappresenta un mezzo necessario dell'esistenza e nessun individuo può escludere un altro dal goderne senza violare la legge di eguale libertà⁽⁸⁹⁾. Per ciò che riguarda il diritto di successione ereditaria lo Spencer, per mezzo del diritto di donare, lo dimostra una conseguenza del diritto di proprietà, e lo ricollega al principio supremo di giustizia⁽⁹⁰⁾. Né la scuola del diritto naturale aveva soprattutto nella sua piena fase altrimenti giustificato il diritto di successione⁽⁹¹⁾. Nota giustamente lo Spencer che il prevalere dell'industrialismo e della proprietà personale coincide con un più largo riconoscimento della libertà testamentaria. Il legislatore del 1804, avendo presente la proprietà fondiaria e la necessità di impedire la ricostituzione dei grandi possedimenti col sistema della legittima, aveva favorito il frazionamento della proprietà e aveva limitato la libertà di testare. Ma è anche in questa parte notevole il procedimento dello Spencer di cercare nei fatti la dimostrazione di un principio astratto. Ancora lo Spencer fa del diritto di scambio e della libertà di contratto un corollario del supremo principio di giustizia. Il riconoscimento pieno di questo diritto non si riscontra che nella civiltà industriale. Non il criterio dell'utile presiede pertanto se-

(89) Nella *Statica sociale*, pubblicata nel 1850 lo SPENCER aveva esplicitamente condannato la proprietà del suolo individuale. Nella *Giustizia* pubblicata nel 1891 (capo XI e appendice B) lo Spencer mantiene la condanna della proprietà del suolo in omaggio alle esigenze della giustizia assoluta, ma cerca giustificarla in base alle esigenze pratiche e all'impossibilità di ripristinare l'ordine naturale delle cose, creando un dualismo tra le esigenze astratte della giustizia e le necessità di fatto.

(90) SPENCER, *La giustizia*, trad. A. Santarelli, Lapi, 1893, capo XIV.

(91) Nella scuola di Kant a giustificare il diritto di successione fu anche invocata la teoria del patto, come già si era fatto per la proprietà, il cui fondamento fu prima cercato nell'atto individuale dell'occupazione, poi nella teoria del patto. Lo SPENCER stesso (*op. cit.*, cap. XII, § 55) riconosce che nella formazione del diritto di proprietà è implicito un *contratto potenziale*.

condo lo Spencer alla libertà dei contratti, ma bensì il rispetto dovuto all'individualità che non deve incontrare nella sua esplicazione che i limiti determinati dall'uguale libertà degli altri ⁽⁹²⁾. Sempre in armonia co' suoi principi e quindi colla scuola del diritto naturale lo Spencer sostiene il carattere contrattuale del matrimonio e quindi ammette il divorzio. È fautore della libertà e uguaglianza assoluta della donna, e a giustificare i limiti posti alla libertà della donna nei rapporti di famiglia ricorre al concetto del patto ⁽⁹³⁾. Della famiglia come istituzione giuridico-sociale non tratta lo Spencer. Esso, come la scuola del diritto naturale, non riconosce che rapporti fra individui, e quindi la famiglia se conserva un valore e significato etico non è giuridicamente tenuta in grande considerazione.

Ciò che a noi preme rilevare è il tentativo di Spencer di sciogliersi dall'utilitarismo per assorgere al concetto di una giustizia assoluta derivata dalla stessa natura delle cose. Quella stessa esigenza che aveva indotto la scuola del diritto naturale a fare del diritto un attributo della personalità e della libertà anima l'opera dello Spencer. Se non che le premesse del suo sistema non permettevano allo Spencer di spiccare volo così alto. Quanto più egli sforzava di elevare su basi incrollabili l'edificio della giustizia, tanto più si allontanava dalle premesse biologiche, necessariamente ristrette, e si accostava senza raggiungerla a quella base larga e razionale su cui la scuola del diritto naturale con maggior coerenza e con maggior fortuna aveva elevato il suo sistema giuridico. Per noi l'importanza della dottrina giuridica dello Spencer, a parte le contraddizioni e le incoerenze giustamente e generalmente rilevate dagli scrittori ⁽⁹⁴⁾, consiste nell'aver ricondotto i rapporti giuridici sorti dall'industrialismo ai principi razionali e costanti. In lui l'individualismo cessa di essere utili-

⁽⁹²⁾ Cfr. SPENCER, *op. cit.*, capo XV.

⁽⁹³⁾ Cfr. SPENCER, *op. cit.*, capo XX e XXI. Ma non ha un capo speciale per la famiglia. Invece tratta diffusamente dei diritti della donna. A questo riguardo non sarà inutile osservare che nei tempi moderni la tesi dell'assoluta eguaglianza delle donne è sorta proprio nel seno del diritto naturale. Fu sostenuta da HUGO (*Naturrecht*, [= *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*], 1798) HIPPel, discepolo di Kant.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. il VANNI, l'ANZILOTTI, *opere citate*.

tario per razionalizzarsi. L'opera sua non è un ritorno al passato, ma un tentativo di idealizzare i rapporti giuridici nascenti dalla nuova civiltà industriale e commerciale e che prima di lui erano stati esclusivamente valutati alla stregua dell'utile. Se non che l'opera dello Spencer, se prova la nobiltà delle intenzioni del suo autore, il suo sincero e generoso entusiasmo per quella civiltà industriale che aveva rivelato le meravigliose energie della individualità umana, costituisce a nostro parere un vano e sterile tentativo, l'espressione non delle tendenze di un'epoca, ma delle aspirazioni soggettive di un individuo. Alla nuova civiltà industriale, sorta non da esigenze ideali e razionali, ma da bassi studi e appetiti per quanto umani e giustificati, educata alla scuola non della morale del dovere ma a quella dell'utile e dell'economia politica ortodossa, conveniva assai più la filosofia dell'egoismo che non quella elevata vagheggiata dallo Spencer.

II. La Codificazione implicava certi metodi di studio e di interpretazione del diritto privato che ebbero per effetto di conservarlo inalterato sulle sue basi, e di impedirne ogni razionale evoluzione, ogni necessario adattamento a condizioni di vita sociale diversa ⁽⁹⁵⁾. Tra i canoni della scuola del diritto naturale vi era quello che la norma giuridica era l'espressione della verità assoluta. Se prima della Codificazione l'interpretazione della legge era integrata dal ricorso agli usi, all'equità, ai precedenti, dopo la pubblicazione del Codice divenne criterio di interpretazione il principio che la legge scritta deve bastare a tutto, e il compito dell'interprete deve ridursi a mettere in evidenza la volontà del legislatore. Si voleva evitare l'arbitrio del giudice e assicurare l'interpretazione oggettiva della legge. Per raggiungere questo lodevole intento si immobilizzava il diritto alle sue origini. Di qui la cura di ricondurre tutti i casi particolari ai principi del Co-

⁽⁹⁵⁾ Sull'argomento trattato in questo paragrafo vedi l'opera notevole di GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899. V. ALVAREZ, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1904, con prefazione di Flach, 3^a parte, pp. 151 e seg. V. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, in « Revue trimestrelle de droit civil », tomo I, pp. 5 e seg.

dice, anche se il principio per mutate condizioni storiche aveva perduto ogni ragion d'essere, anche se la riduzione era forzata e puramente logica, in contraddizione colle necessità della vita. Nessun organo fu istituito che, a somiglianza del Pretore romano, avesse per funzione di adattare il diritto alle mutate condizioni di cose. Il Codice veniva per tal modo a staccarsi progressivamente dalla realtà e dalla vita. Tutto il lavoro fatto dagli interpreti nel secolo XIX intorno al Codice si riduce agli sforzi fatti per conoscere e mettere in evidenza la volontà del legislatore ⁽⁹⁶⁾. In un primo periodo il lavoro degli interpreti fu essenzialmente esegetico, ossia diretto a fissare il senso esatto dei testi, la portata precisa delle norme giuridiche. La giurisprudenza ancora non esisteva e il giurista doveva far ricorso alla tradizione e ai lavori preparatori ⁽⁹⁷⁾. Una volta fissato il senso della legge e stabiliti i principi, si fa opera di sistemazione, e vien in onore la *ratio juris* per la quale si cerca trarre dai principi del Codice fissati dall'esegesi le conseguenze, e mediante un processo logico severo si piegano i principi alla risoluzione dei casi più svariati ⁽⁹⁸⁾. Il Codice è oramai staccato dal passato; lo si considera

⁽⁹⁶⁾ Cfr. CHARMONT et CHAUSSE, *Les interprètes du Code civil*, in *Livre ecc.*, I, pp. 134 e 309, e la bibliografia ivi citata. Cfr. anche ESMEIN, *L'originalité du Code civil*, in *Livre*, I, pp. 5 e seg.

⁽⁹⁷⁾ Questo primo periodo va dalla promulgazione del Codice fino verso il 1840 ed è l'età dei tre grandi civilisti, Merlin, [], Toullier. Cfr. CHARMONT, *op. cit.*, pp. 140 e seg. Nel 1841 in una memoria letta all'*Académie des sciences morales [et politiques]*, in ordine all'autorità della legge il Blondeau si fa a sostenere la tesi che la legge sola è fonte di interpretazione e respinge tutte le fonti non fondate sulla volontà del legislatore. La tesi del Blondeau fu accolta dai più celebri commentatori del Codice Civile (Marcadé, Demolombe, Huc, Aubry et Ray, ecc.).

⁽⁹⁸⁾ In questo secondo periodo cadono i commenti classici del Codice Civile. Vedi elenco completo in PICARD, *L'évolution historique du droit civil français (Syllabus)*, 4^a ediz., Bruxelles, Larcier, 1904), pp. 75 e seg. Ciò che caratterizza questi lavori, dice il PICARD (*ib.*, p. 75), è « l'esprit de controverse et souvent la manie de la controverse, la casuistique parfois poussée jusqu'au plus incroyable excès, le fureur des batailles de logique scolastique plutôt que des batailles d'idées ». Ecco come il Picard riassume questo movimento ideologico: « Le Code Napoléon, rien que le Code Napoléon, considéré comme le centre du droit sans autre progrès juridique que celui de l'avoir fouillé à fond, avec un excès de discussions de l'école. L'esprit des jurisconsultes détourné de la idéalité vivante et de la pensée

come se fosse sempre esistito, come se dovesse sempre durare, come se i principi in esso contenuti rispondessero a una esigenza logica e non storica. Una nuova scolastica giuridica si svolge intorno al Codice come già intorno al Codice Giustiniano. La giurisprudenza diventa una scienza dialettica che constata principi a priori, deposti nei testi di legge, per dedurne logicamente le conseguenze. Dalla *ratio juris* si passa insensibilmente alle costruzioni giuridiche, le quali danno modo alla dottrina e alla giurisprudenza di addivenire a una elaborazione giuridica all'infuori della legge. Dal testo legale si assorge a principi, i quali più che riflettere la volontà del legislatore sono il risultato della sagacità e ingegnosità dell'interprete ⁽⁹⁹⁾. Su principi così posti si costruiscono teorie logiche non sempre in accordo colla legge, spesso in contraddizione coll'equità o inconciliabili coi bisogni pratici. E per mezzo di tali costruzioni giuridiche si riabilita l'interpretazione soggettiva e arbitraria, la volontà del legislatore diventa una finzione, e si finisce per considerare come dotate di una realtà oggettiva concezioni ideali e di loro natura soggettive. Per tal modo, sostituendo agli elementi veramente sostanziali della vita del diritto, [ed] ai motivi morali, psicologici, economici, sociali, costruzioni logiche astratte, si ridusse l'interpretazione a formole e a categorie ribelli a ogni progresso ⁽¹⁰⁰⁾. L'interpretazione dogmatica del diritto privato, in virtù della ricchezza delle sue costruzioni, permise di evitare gli inconvenienti pratici di una interpretazione strettamente esegetica, di sfuggire alle inesorabili conseguenze logiche dei principi del Codice, lasciando nelle apparenze credere che le costruzioni per tal via derivate

que le droit est essentiellement évolutif et émane, non de l'esprit des logiciens, des géomètres juridiques, des jurisconsultes de cabinet, des joueurs d'échecs juridiques, de la symétrie des syllogismes, mais du caractère et de l'âme du peuple » (p. 83).

⁽⁹⁹⁾ I giuristi e il loro metodo dogmatico sono dal MILL (*System Logic inductive* [= *A system of logic ratiocinative and inductive being a connected view of the principles of evidence, and the methods of scientific investigation*], Longmans, 1898, libro VI, capo VIII, § 2) portati come esempio di metodo deduttivo e sofisticato.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. sull'abuso delle costruzioni logiche GÉNY, *op. cit.*, I parte, par. 20 e segg.

dai testi legali rappresentavano la volontà implicita del legislatore ⁽¹⁰¹⁾. Ad ogni modo l'elaborazione giuridica del diritto privato anche nella sua forma dogmatica libera e quasi indipendente dai testi legali, era sempre condotta con metodo razionale, col presupposto che il diritto è l'espressione di un atto creativo della volontà, e deve cooperare agli scopi dell'individuo. Compresi in questo lavoro di interpretazione e di esplicazione del Codice e de' suoi principi, i giuristi quasi non avvertirono il formarsi graduale di nuove correnti di pensiero o, se le avvertirono, mostrarono non comprenderne il significato e la tendenza contraria allo spirito individualista del Codice Civile. Eppure risultato delle nuove correnti ideologiche fu il formarsi, all'infuori e in antagonismo col Codice Civile, di una legislazione civile nuova, espressione dei nuovi bisogni sociali, legislazione che finì per trionfare dell'ostilità e dell'indifferenza dei giuristi educati alla scuola del diritto naturale.

⁽¹⁰¹⁾ Nel Belgio, in Italia, nei paesi insomma a Codificazione noi potremmo rilevare la stessa elaborazione giuridica del diritto privato che in Francia si presenta in forma più spiccata e in più ampie proporzioni. Vedi per il Belgio, PICARD, *Evolution historique du droit civil dans les provinces belgiques*, Bruxelles, Larcier, 1905, pp. 19-20. Quanto all'Italia, al periodo in cui dominò il metodo esegetico negli studi di diritto civile e che si svolse dal 1865 al 1880 successe una reazione caratterizzata dalle vivaci discussioni svoltesi dal 1880 al 1887 sul metodo negli studi di diritto civile, e dalla prevalenza delle costruzioni giuridiche. Vedi per la bibliografia e per i caratteri generali dell'interpretazione giuridica, FILOMUSI, *Enciclopedia ecc.*, § 38; DEL GIUDICE, *Enciclopedia giuridica*, Hoepli, 1896, parte generale, capo III, IV, V, VI; COGLIOLO, *Saggi ecc.*, [sopra *l'evoluzione del diritto privato*, Torino, Bocca, 1885], X, pp. 74 e seg. Ben si può affermare che la legislazione civile a base individualista si sostenne così a lungo in condizioni di tempo e di società diverse in virtù della *ratio juris*, e dell'interpretazione dogmatica. Anche in Inghilterra la dottrina utilitaria del Bentham condusse per ciò che riguarda l'interpretazione a risultati analoghi a quelli lamentati nei paesi a Codificazione.

Lo rileva il DICEY, *op. cit.*, lettura XI; pp. 362 e seg. Lo stesso fatto riscontreremo in Germania per opera dei pandettisti.

CAPO II

REAZIONE IDEOLOGICA CONTRO L'INDIVIDUALISMO DEL DIRITTO PRIVATO

A) LA SCUOLA STORICA E IL DIRITTO PRIVATO.

1. La scuola storica ne' suoi rapporti colla scuola del diritto naturale. — 2. Scuola storica e diritto privato. — 3. I Pandettisti e degenerazione della scuola storica. — 4. La scuola storica e la codificazione germanica. — 5. La scuola storica e il socialismo. — 6. La concezione giuridica dello Ihering. — 7. I Germanisti e la critica al progetto di codice civile germanico.

1. Osserva giustamente il Maine che la scuola storica è la più forte e naturale avversaria della scuola del diritto naturale (1). Fin dal secolo XVIII gli indirizzi di pensiero che si ispiravano al metodo storico, il francese che metteva capo al Montesquieu, l'italiano che metteva capo al Vico e alla sua scuola, si contrapposero alle dottrine dei giusnaturalisti. Ma in Francia il Montesquieu fu presto superato dal Rousseau, per il quale le ipotesi più ardite che il metodo storico tendeva a distruggere passarono ad un tratto dal campo della teoria in quello dei fatti. In Italia la tradizione del Vico ebbe scarsa efficacia. La scuola invece del diritto naturale trionfò ovunque nell'ordine delle idee e dei fatti, e rappresentò la filosofia della Rivoluzione e della Codificazione. La Germania stessa non rimase indifferente al movimento di idee e di riforme politiche e legislative che aveva per centro la Francia (2). Kant è un convertito alle dottrine del diritto naturale: abbracciò le idee del Rousseau e della Rivoluzione e identificò il diritto colla libertà (3). Non mancò in Germania

(1) Cfr. SUMNER MAINE, *Ancien droit*, Paris, 1874, capo IV.

(2) Cfr. JOYAU, *op. cit.*, capo [p. 275?].

(3) Kant salutò con gioia la rivoluzione, in quanto vi vide il trionfo della ragione: e con lui l'approvarono l'Humboldt, il Campe, lo Schelling, il Fichte

un movimento favorevole alla Codificazione sull'esempio francese, e fu di questo movimento rappresentante il kantiano Thibaut (4). Ma già per molti sintomi si preparava in Germania una reazione contro i principi della Rivoluzione e contro il kantismo che ne rappresentava lo spirito. L'*istorismo* e l'hegelianismo furono nel campo giuridico e filosofico il risultato di quel movimento di reazione che seguì il risvegliarsi dell'assopite energie dello spirito germanico. Il movimento si manifestò dapprima nel campo del diritto privato a proposito della Codificazione voluta dal Thibaut combattuta dal Savigny. Questi in un'opera pubblicata nel 1814 e che segna il principio del novello ordine di cose sorse a combattere la codificazione con argomenti che coinvolgono tutto un nuovo modo di concepire il diritto e le istituzioni giuridiche (5). La facile vittoria del Savigny significava la vittoria del sentimento nazionale tedesco contro l'oppressione napoleonica, contro l'influenza dello spirito classico rivoluzionario nella letteratura, nella religione, nella filosofia, nel diritto. [I seguaci dell'] L'odierno movimento tendente a trasformare in senso sociale le basi individualiste del diritto privato non hanno rilevato il contributo prezioso che alla loro idea hanno recato i rappresentanti della scuola storica (6). Il Savigny non fu solo critico profondo e autorevole dei principi filosofici che servivano di fondamento ai Codici, ma volle ricostruirne su nuove basi il diritto privato ponendosi da un punto

(il cui lavoro sulla rivoluzione è del 1793). Il QUINET, in un articolo pubblicato nel 1828 nella « Revue des deux mondes », stabilisce un curioso parallelo tra il carattere di Kant e quello dell'Assemblea Costituente, tra il Fichte e la Convenzione. Cfr. JOYAU, *op. cit.* Il Joyau rileva l'ammirazione di Kant per Rousseau e la sua larga conoscenza dei filosofi francesi del secolo XVIII.

(4) Cfr. THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, 3^a ediz., 1840.

(5) Cfr. SAVIGNY, *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, [Heidelberg], 1814. La 2^a edizione è del 1828 e reca in appendice la polemica con Thibaut. La 3^a edizione è del 1848. La edizione più recente, di cui ci siamo valse, è del 1892 (Fribourg in Brisgau). Vedi diffusamente esposta la controversia Thibaut-Savigny in VIERHAUS, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines B[ürgerlichen] GBs [= Gesetzbuches]*, Berlin, 1885.

(6) Non sfuggì l'importanza della scuola storica nel preparare le basi del socialismo di Stato all'ANDLER, *Les origines du socialisme d'Etat en Allemagne*, Paris, Alcan, 1897, libro I, capp. 1, 2.

di vista inverso a quello di Kant e dei giusnaturalisti. La scuola del diritto naturale aveva parlato di diritti innati, naturali, assoluti: aveva considerato il diritto come la più alta espressione della personalità e della libertà umana, come un prodotto individuale e razionale non soggetto a limiti di tempo, di spazio, di nazionalità. Per la scuola storica il diritto è sempre derivato da un fatto cioè è sempre acquisito, non è naturale o innato; non è un prodotto individuale ma collettivo, non è razionale ma storico. La Rivoluzione aveva rotto ogni vincolo col passato, aveva condannato la tradizione. Il Savigny riabilita il passato e vi rintraccia i germi del presente. Le norme e le istituzioni giuridiche acquistano di valore in proporzione della loro antichità. La scuola del diritto naturale aveva derivato il diritto da un atto di volontà riflessa, imposto dal legislatore o sancito con un patto. Per la scuola storica il contratto, la legge non appartengono alla fase di formazione del diritto, ma alla fase riflessa: essi danno forma alle tradizioni giuridiche esistenti allo stato diffuso. Unica e vera generatrice del diritto è l'anima collettiva che si afferma nelle istituzioni giuridiche, si perpetua nella tradizione, si evolve e trova nei legislatori e nei giuristi i fedeli e autorevoli interpreti (7). Non può sostenersi che la scuola storica affermasse in modo esplicito l'origine sociale del diritto: essa non si spinge oltre il concetto di reazione né riesce, come il movimento socialista che seguì, ad afferrare distintamente il concetto di società. Essa condanna l'internazionalismo dei principi giuridici proclamato dalla scuola del diritto naturale. Il *Volksgeist* è l'anima del popolo inteso come nazione ma distinto dall'umanità. D'altra parte non può negarsi che i principi della scuola storica implicavano la condanna dell'individualismo sia nella forma razionale sia nella forma utilitaria (8). Né l'uomo considerato come essere

(7) Cfr. BEUDANT, *op. cit.*, pp. 119 e seg.; MICHEL, *op. cit.*, cap. III; ANDLER, *op. cit.*, e libro *cit.*

(8) La reazione contro la filosofia del diritto naturale si manifestò non solo in Germania ma anche in Inghilterra. Quivi il benthamismo aveva arrestato quel movimento nel senso storico, che il Burke aveva iniziato nel 1790 coll'opera sua sulla rivoluzione francese (*Refléxions sur la Révolution française*). In quest'epoca il Burke faceva la critica della Dichiarazione e dei diritti metafisici, contestava il diritto del popolo di rovesciare istituzioni e governi, sosteneva che i mutamenti

razionale (Kant) né la legge (Bentham) generano il diritto, ma la coscienza popolare. La causa generatrice del diritto da individuale si trasformava in collettiva. Insostenibile quindi di fronte a tale principio l'idea di una codificazione che rappresentava l'arbitrio dell'uomo nella legge, che implicava una immobilità che contraddiceva alla natura evolutiva della coscienza popolare e della tradizione giuridica, che secondo l'efficace espressione del Boutmy, era la *mise en disponibilité* della storia e degli storici.

2. La scuola storica portava nel campo del diritto privato un nuovo criterio di interpretazione e di giustificazione degli istituti che lo costituivano, il criterio della storicità. La storia condannata dalla scuola del diritto naturale si trasformava, secondo l'espressione del Portalis, in fisica sperimentale della legislazione, la storia del diritto in fisica sperimentale della giurisprudenza. La storia giuridica diventa un largo campo di esperienze e tale verità doveva agire favorevolmente sullo sviluppo e sulla interpretazione del diritto privato. Alla luce del nuovo criterio gli istituti del diritto privato dovevano presentarsi in forma e con caratteri nuovi: anziché rispondere a esigenze razionali immutabili, apparvero rispondere a necessità storiche contingenti e variabili. La legittimazione della proprietà, della famiglia, delle successioni, dei contratti doveva ricercarsi nel fatto della loro esistenza storica, non nella loro razionalità. Alla loro formazione è estranea la ragione, la riflessione, l'individuo: essi sono prodotti storici, collettivi, frutto di forze inconscie e continuamente operanti. Per ciò solo erano implicitamente con-

legislativi devono essere il risultato dello sviluppo storico e delle tradizioni secolari. Il Bentham fa la critica della Rivoluzione francese, del diritto naturale, del contratto sociale; d'altra parte il suo utilitarismo razionale, il suo apriorismo politico, l'abuso della logica delle deduzioni, dell'astrazione, la mancanza di senso pratico, lo avvicinano alla scuola del diritto naturale. Infatti fa del diritto la creazione della legge, crede alla utilità della codificazione. Il Sumner Maine, che in Inghilterra rappresenta l'indirizzo storico negli studi giuridici, si contrappose al benthamismo come Savigny al kantismo in Germania. Nota il DICEY, *op. cit.*, pp. 455-462, che l'introduzione del metodo storico negli studi giuridici fu una delle precipue cause della decadenza del benthamismo e dell'individualismo giuridico in Inghilterra.

nati i diritti presociali, i diritti naturali, innati, di personalità. D'altra parte il criterio storico implicava la relatività degli istituti di diritto privato, la loro intima unione cogli altri aspetti della vita sociale, la loro variabilità ed evoluzione indefinita, la condanna della codificazione intesa nel senso dei giusnaturalisti, la riabilitazione del sentimento sulla ragione, dei processi psichici inconsci su quelli riflessi e volontari.

Col fondamento si modificava il sistema di interpretazione del diritto privato. La Codificazione aveva elevato la legge scritta a fonte precipua del diritto: ad essa doveva soprattutto applicarsi il lavoro di interpretazione. I giuristi della scuola storica contrapposero alla legge la consuetudine: presso il diritto consuetudinario è la rivelazione immediata e spontanea della coscienza giuridica popolare, la quale è la vera originaria fonte delle norme di diritto positivo ⁽⁹⁾. La legislazione non ha valore se non in quanto traduce fedelmente la coscienza popolare, a cui nel dubbio l'interprete deve attingere. Le teorie sulla onnipotenza legislativa, sul dominio e predominio esclusivo della legge che implicava l'esclusione del costume, dell'equità, della tradizione dal novero delle fonti giuridiche perdevano di valore di fronte alla riabilitazione della consuetudine. E tale riabilitazione portava, tra le sue ultime per quanto non previste conseguenze, al ravvicinamento del diritto privato coi bisogni nuovi che tendono continuamente a modificarlo, poiché il contrasto creato dalla scuola del diritto naturale tra la legge e la consuetudine si risolveva nel distacco del diritto dalla vita.

La scuola storica intuì una verità che a noi può sembrare di immediata evidenza, che cioè il diritto è un organismo vivente

⁽⁹⁾ Nel 1827 era pubblicata la classica opera del PUCHTA, *Das Gewonheitsrecht*, [Erlangen, 1828]. Cfr. sui rapporti tra legge e consuetudine il VANNI, *Della consuetudine ne' suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, nei *Saggi* citati, pp. 1 e seg.; e soprattutto il GÉNY, *op. cit.*, capo I, sezione II, § 109 e seg. e la bibliografia ivi citata. Fa rilevare il Gény (capo I, § 97) che le idee della scuola storica sulla consuetudine poterono conciliarsi col rispetto del testo legale. Si sostenne che, una volta fissato sulla base della consuetudine il testo legale, questo vive di vita propria, si isola dalla sua fonte diretta, subisce la legge di evoluzione e si subordina al mezzo sociale. Per tal modo la scuola storica tendeva a sottrarre il testo alla volontà del legislatore, e lo piegava ai bisogni della vita.

e vivere è muoversi e trasformarsi, è lottare in vista di un perfetto e costante adattamento alle esigenze della vita sociale. Esso risalì alle sorgenti sempre vive del diritto e per quanto imperfettamente le intravide nelle profonde esigenze della vita collettiva. Gli istituti di diritto privato apparvero quindi non più come l'opera arbitraria della ragione e dell'uomo, ma [come] il risultato di forze inconscienti operanti da secoli, contro cui l'azione della volontà non poteva opporre valida resistenza. Le innovazioni della scuola storica rispetto a quella del diritto naturale non furono soltanto di principi ma soprattutto di metodo. La costruzione del diritto privato sulla base dei principi razionali fu sostituita da una ricostruzione paziente del medesimo nelle sue vicende storiche. Nelle opere del Savigny i due aspetti della scuola storica, il filosofico e il metodico, sono evidenti e procedono paralleli. In esse la dottrina si confonde col metodo e questo serve agli scopi di quella. Ma dopo la sua morte cessò l'elaborazione filosofica della dottrina, e solo rimase il metodo di ricerca, la ricostruzione storica pura e semplice del fatto giuridico non coordinata a principi o a finalità teoriche. In questo distacco della dottrina dal metodo sta secondo noi la causa precipua dello scarso effetto pratico che esercitò la scuola storica sul diritto privato e della sua decadenza come dottrina filosofica. La scarsa efficacia pratica non è in corrispondenza coll'importanza teorica dei principi e col loro carattere innovatore e per certi aspetti sovvertitore dei principi di diritto tradizionali.

3. Noi ci saremmo aspettati che in conseguenza delle critiche e delle dottrine del Savigny si facessero dei tentativi di trasformare il diritto codificato. Ciò non avvenne: nessuno dei Codici esistenti fu toccato in conseguenza delle critiche del Savigny e della sua scuola. Non solo, ma in Germania stessa finirono per trionfare nello studio del diritto privato e nella giurisprudenza i principi, i metodi, le costruzioni logiche proprie dei paesi codificati e perfino, come vedremo, l'idea stessa di codificazione. La causa di questa scarsa influenza pratica della scuola storica di fronte alla sua indiscutibile importanza teorica a noi pare rintracciarla in parte nei principi stessi proclamati, che non resistettero alla critica, in parte alle condizioni dei tempi favore-

voli all'individualismo giuridico, in parte alla prevalenza del metodo sui principi, all'assorbimento di questi in altri indirizzi di pensiero. Bisogna riconoscere che il trionfo della scuola storica in Germania fu effimero, dovuto a cause transitorie, senza profonde radici nelle condizioni economiche e sociali dell'epoca. Il suo successo è dovuto a quella parte de' suoi principi che dovevano essere più caduchi, cioè lo spirito di reazione contro gli eccessi della Rivoluzione, al ritorno verso il passato, alla concezione romantica più che scientifica dell'anima popolare ⁽¹⁰⁾, soprattutto a ragioni di sentimento, a quello spirito di nazionalità ch'essa seppe lusingare ed eccitare. Gli aspetti della dottrina per cui la scuola storica precorreva i tempi e aveva un vero valore scientifico e riformatore non esercitarono grande influenza. Il carattere evolutivo del diritto, la sua formazione collettiva sotto l'azione di forze impersonali e latenti, l'importanza della consuetudine come fonte del diritto, queste ed altre dottrine della scuola storica, confuse con gli elementi non veri e transitori, col venir meno di questi furono abbandonati dai cultori della scuola storica e ripresi con maggiore fortuna da altri indirizzi di pensiero, soprattutto dal positivismo. La scuola storica fu ridotta a non essere che un metodo di studio privo di qualsiasi significato filosofico. Il Savigny stesso aveva coll'opere sue principali abituato alla ricerca storica. Non si può negare che i rappresentanti della scuola storica furono sempre incerti nei principi, incoerenti nella loro applicazione. È noto infatti che i seguaci del Savigny concentrarono il loro studio e le loro ricerche storiche al diritto romano: essi trascurarono gli altri diritti come se per essi non esistesse una storia. Nel culto del diritto romano, imposto dai giuristi in Germania e contrario alle più pure tradizioni nazionali, la scuola storica fece gli interessi della dottrina del diritto naturale e dell'individualismo giuridico. È noto in-

(10) È superfluo osservare che la concezione psicologica che sta a fondamento della scuola storica fu completamente abbandonata. La psicologia scientifica moderna, come fa a meno del concetto d'anima nell'individuo, così distrusse il concetto di anima collettiva concepita come forza misteriosa che produce le istituzioni giuridiche. Cfr. VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, Zanichelli, 1904; G. SOLARI, *L'indirizzo psicologico nelle scienze giuridiche*, [in « Rivista italiana per le scienze giuridiche »], vol. XXXIX, pp. 355 e seg.

fatti che per la scuola del diritto naturale il diritto romano era una *ratio scripta*, la ragion naturale manifestata: i suoi principi elaborati da lunga tradizione avevano acquistato quel carattere di fissità, immutabilità, generalità che rispondeva appunto agli intenti della Codificazione non legata alle tradizioni nazionali. Ma per parte della scuola storica il culto eccessivo del diritto romano era in contraddizione col principio da essa proclamato della nazionalità del diritto, principio che era stato precipuo movente alla sua formazione ⁽¹¹⁾. Il diritto romano parve al Savigny e ai Pandettisti il tipo e modello della formazione spontanea del diritto, e solo capace di fornire la base della legislazione in ogni tempo. Anche per questa parte la scuola storica, ridotta per opera dei Pandettisti alla ricostruzione storica del diritto romano, finì per incontrarsi colla scuola del diritto naturale. Il diritto romano se non fu apprezzato e accolto dai Pandettisti in quanto era espressione della ragion assoluta, fu apprezzato per se stesso, per l'interno valore de' suoi principi: ma pandettisti e giusnaturalisti si trovarono d'accordo nel farne il fondamento della legislazione moderna ⁽¹²⁾. Il diritto romano finì per essere in Germania quello che fu la Codificazione in Francia. Esso costituì in Germania il punto di partenza di ogni elaborazione giuridica. Ad esso come già ai principi del Codice fu applicata la *ratio juris*, il metodo dogmatico, e fu generalmente rilevato l'abuso che si fece in Germania delle astrazioni logiche sog-

⁽¹¹⁾ Di questa incoerenza fu cosciente lo stesso Savigny, il quale a toglierla ricorse a una finzione, consistente nel trasformare il diritto romano in diritto nazionale tedesco, e dimostrando nella sua storia del diritto romano (*Geschichte des Röm[ischen] Rechts im Mittelalter*, [Heidelberg, 1815-1831], che né l'insegnamento né l'influenza del diritto romano erano mai venuti meno nel Medio Evo, che il diritto consuetudinario ne era tutto penetrato, e che la recezione lungi dall'essere imposta dai giuristi fu l'effetto naturale dell'influenza esercitata dal diritto romano.

⁽¹²⁾ È giusto riconoscere che i Pandettisti fecero conoscere il diritto romano soprattutto nelle sue fonti generiche [= genetiche?], togliendo molti pregiudizi generati dall'accettazione dogmatica delle norme giuridiche romane. Da questo vizio non andò immune la scuola del diritto naturale, che non seppe per difetto di esegesi scervere sempre ciò che era vero diritto romano, e ciò che era opera di glossatori.

gettive (13). Sotto un altro aspetto i Pandettisti vennero ad accostarsi alla scuola del diritto naturale. Questa aveva fatto della volontà del legislatore la fonte precipua del diritto, la scuola storica trasformò i giuristi in organi e interpreti della coscienza popolare per cui l'*Juristenrecht* divenne una specie di succedaneo del *Volksrecht*. A questa finzione ricorsero il Puchta e il Savigny per salvare l'autorità dei giuristi e nello stesso tempo collegare la creazione del diritto da essi fatta colla coscienza del popolo, fonte ultima di ogni diritto positivo. Ognun vede come questa finzione si risolveva di fatto nella prevalenza assoluta ed esclusiva della dottrina sulla consuetudine. Il giurista più che interprete della coscienza popolare diveniva l'interprete del diritto romano: le fonti vive e originarie del diritto ch'era stato gran merito della scuola storica rilevare fecero posto mediante questa finzione alle fonti riflesse e logiche (14).

Un ultimo strappo ai principi della scuola storica e un conseguente ravvicinamento alle dottrine tanto combattute della scuola del diritto naturale fu il fatto della Codificazione accolta dai pandettisti e attuata da essi nel progetto di Codice Civile germanico. L'idea della Codificazione trovò nelle dottrine giuridiche elaborate dai Pandettisti le condizioni della sua effettuazione, così come in Francia lo studio del diritto romano da parte dei grandi civilisti del secolo XVIII preparò la via all'unità legislativa attuata nel Codice. Anche in Germania la prevalenza del diritto romano sopra le molteplici legislazioni particolari,

(13) Cfr. sull'abuso del metodo dogmatico da parte dei pandettisti, GÉNY, *op. cit.*, capo II, § 60 e la bibliografia ora citata. Sono note le critiche dello Ihering, Bekker, ecc., contro le costruzioni logiche dei pandettisti. Vedi su ciò il NANI, *Vecchi e nuovi problemi del diritto* (Discorso letto il 3 novembre 1886 nella R. Università di Torino) colla abbondante bibliografia citata in fine del discorso.

(14) Il BESELER (*Volksrecht und Juristenrecht*, 1843) rilevò che era una finzione e un errore positivo voler trovare a priori e per tutti i casi nel sentimento giuridico dei giuristi l'espressione vera della coscienza popolare. E prendendo l'esempio dalla recezione del diritto romano mostrò che essa era dovuta ai giuristi contro le energiche resistenze del popolo. Contro i Pandettisti, il Beseler negava che la classe dei giuristi potesse da sola cercare un diritto consuetudinario. Era strana nei seguaci della scuola storica la pretesa di derivare il diritto non dalla vita attiva, ma da speculazioni teoriche.

prevalenza preparata dal lavoro paziente del Savigny e seguaci che allo scopo avevano fatto apparire il diritto romano come un diritto nazionale, rese possibile la Codificazione, la quale non poteva a meno ne' suoi principi, ne' suoi caratteri generali, soprattutto ne' suoi fondamenti individualisti che incontrarsi con quella compiuta in Francia nel periodo della Rivoluzione. Mette conto di esser rilevato il fatto che prima della Codificazione tedesca e durante la preparazione della medesima continuarono per parte dei Pandettisti le invettive contro la scuola del diritto naturale, i suoi metodi, i suoi principi. Ma il discredito in cui la scuola del diritto naturale era tenuta dai Pandettisti non impedì nella pratica alla maggior parte di essi d'usare di continuo processi ch'essi rimproveravano alla scuola opposta e di accostarsi nei risultati sostanzialmente con questa (15).

4. Se la Codificazione tedesca fu determinata da evidenti ragioni politiche che si accentuarono dopo la formazione dell'im-

(15) Di qui la ragione d'essere delle critiche dell'Ihering e della campagna del Bekker contro i Pandettisti. Secondo il Bekker la persistenza, per quanto inavvertita, dell'idea del diritto naturale in tutta la giurisprudenza tedesca del secolo XIX costituisce la causa profonda che priva questa giurisprudenza del carattere veramente scientifico, le impedisce di godere considerazione seria agli occhi del gran pubblico. Il Bekker combatte nei pandettisti le concessioni alla scuola del diritto naturale, la mania di riprodurne i principi (*Naturrechtlehrei*), la cosiddetta *Begriffjurisprudenz*, già criticata dallo Ihering, e che il Bekker fa una cosa sola con la teoria del diritto naturale. Cfr. del BEKKER, *Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule* (Discorso accademico tenuto il 22 novembre 1886 ad Heidelberg, p. 20); *Ernst und Scherz [= Scherz und Ernst] ueber unsere Wissenschaft*, 1892, p. 115, p. 130; *System des heutigen Pandektenrechts*, 1886-1890 [Weimar, 1886-1889], tomo I 39 (1886), p. 39, tomo II (1889), *Vorwort*, pp. VIII-IX. Cfr. anche LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, tomo I (*Les conceptions étroites ou unilatérales*), Paris, Giard, 1903, pp. 70 e seg., con la bibliografia sull'indirizzo individualistico delle concezioni dei pandettisti, e del progetto di Codice civile tedesco (p. 89). Osserva il LAMBERT in uno scritto pubblicato nella « *Revue générale du droit, de la législation [= et de la Jurisprudence en France et à l'étranger]* », intitolato *Le droit civil et la législation ouvrière* (1904, pp. 241 e seg.), che i pandettisti sono gli eredi degli antichi glosatori e coltivano ancora l'eredità di Bartolo, abituati come sono all'idea che il diritto romano costituisce la perfezione, che il popolo romano era stato eletto a conservare il deposito delle verità giuridiche eterne. Per essi la giurisprudenza si riduce a dialettica e a casuistica.

però germanico, non è men vera la nostra affermazione che ad attuarla contribuirono soprattutto i Pandettisti sulla base del diritto romano, ricostruito dapprima storicamente poi ideologicamente mediante l'interpretazione dogmatica, o come fu chiamata dal Lambert per principio. Il diritto romano divenuto l'elemento comune della coscienza giuridica tedesca rese possibile la codificazione, così come le dottrine generalmente accolte della scuola del diritto naturale fornirono la base comune su cui sorse la Codificazione della Rivoluzione. All'epoca in cui la codificazione tedesca fu preparata i pregiudizi nazionali non potevano più costituire contro di essa un serio ostacolo, e le difficoltà teoriche erano in gran parte superate per opera dei pandettisti stessi, che coi metodi e coi principi della scuola razionale si erano di fatto conciliati. D'altra parte le opinioni intorno alla funzione e alla natura della Codificazione si erano profondamente mutate. Si comprese che la Codificazione per se stessa non è da condannarsi, che lungi dal costituire un impedimento al progresso giuridico si rende necessaria nell'epoca di formazione riflessa del diritto, quando la legge ha preso il sopravvento sulle altre fonti giuridiche, quando soprattutto l'elaborazione dei principi giuridici che devono costituire le basi del diritto privato ha raggiunto tal grado di maturità da permettere un lavoro organico di sintesi e di unificazione del materiale legislativo ⁽¹⁶⁾. E tale unificazione riesce tanto più naturale e utile nel diritto privato in cui le variazioni sono più lente e contrastate, e quando avvengono presupon-

⁽¹⁶⁾ Le idee definitive sulla codificazione sono ben espresse dal DERNBURG, *Pandekten*, [Berlin, 1884-1887], tomo I, 1896, p. 32; A. MORELLI, *La funzione legislativa*, 1896, § 16, pp. 146-153. Giustamente fu rilevato che la realtà storica non conferma il valore progressivo del diritto consuetudinario sostenuto dal Savigny e dalla sua scuola. La storia conferma la forza d'inerzia e di immobilizzazione della consuetudine. Questa è materia inerte, conserva e non fa progredire il diritto. Per consacrare ciò che dev'essere, per separare gli elementi morti dai vivi, occorre la legge. Oggi è opinione generale che la Codificazione rappresenta un vero stadio della evoluzione giuridica, precipuamente della elaborazione riflessa e progressiva del diritto: ma si comprese che tale elaborazione riflessa e unitaria non deve fondarsi su un diritto ideale e astratto, ma bensì sugli elementi comuni della realtà giuridica, coordinati e unificati intorno a principi generali, che se possono rispondere a aspirazioni lontane devono trovare il loro fondamento nella realtà storica e psicologica.

gono ed esprimono tale profonda modificazione avvenuta nell'intima struttura del corpo sociale e nelle correnti ideologiche da render possibile una nuova Codificazione su nuove basi (17). Non si arresta l'evoluzione giuridica quando si raccoglie, si fissa, si unifica ciò che è definitivamente acquisito in una data epoca. La tendenza all'unità legislativa che si traduce nella Codificazione non è privilegio esclusivo della scuola del diritto naturale, ma può conciliarsi con qualsiasi indirizzo di pensiero. La Codificazione ha soprattutto un valore logico formale e non implica nessun determinato contenuto giuridico. La Codificazione in Germania fu l'opera dei romanisti della scuola storica, e il diritto romano ricostruito nelle sue fonti genuine, e da essi elaborato e ridotto a un sistema di principi ne costituì la base unitaria (18). I Pandettisti quantunque non legati a nessun credo filosofico, anzi apertamente avversi alle dottrine del diritto naturale, ricavarono dallo studio del diritto romano principi e teorie generali che non differiscono sostanzialmente da quelle formulate dai giuristi francesi sulla base del Codice. Furono infatti messe in rilievo le profonde e sostanziali somiglianze tra il Codice civile e il primo progetto di codice civile tedesco (19). Le differenze sono

(17) Cfr. VANNI, *Lezioni ecc.*, p. 233.

(18) Sulle vicende storiche del Codice Civile tedesco nel suo primo periodo di formazione cfr. VIERHAUS, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines B[ürgerlichen] G. Bs. [= Gesetzbuches]*. Questo studio forma il primo fascicolo della collezione pubblicata da BEKKER e FISCHER sotto il titolo di *Bekker und Fischer Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes*, Berlino, 1885. Cfr. anche R. SALEILLES, *Notice sur le code civil allemand*, pubblicata nell'*Annuaire de législation étrangère pour l'année 1896*, p. 142 e seg.; e dello stesso SALEILLES l'accurata *Introduction à l'étude du droit civil allemand [à propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère]*, Paris, Pichon, [1904], pp. 5 e seg. La Commissione fu costituita il 2 luglio 1874 in numero di undici membri. I vari redattori lavorarono separatamente fino al 1880 e prepararono, ciascuno per le diverse parti del diritto civile, dei progetti. Dal 1880 cominciò il lavoro collettivo della commissione. Nel dicembre 1887 il primo progetto era compiuto e nel 1888 fu pubblicato ufficialmente con cinque volumi di Motivi, uno per ognuno dei cinque libri in cui il Codice fu diviso (Parte generale. Obbligazioni. Diritti reali. Famiglia. Successioni). 1° *Entwurf eines B[ürgerlichen] G. Bs. [= Gesetzbuches], für das Deutsche Reich (Erste Lesung)*, 1° vol., 2° *Motive zu dem Entwurfe (Amtliche Ansgabe)* (Berlin, Guttentag) 5° vol.

(19) È superfluo avvertire che il testo definitivo del Codice Civile tedesco,

soprattutto di tecnica e di forma. Non può certo negarsi che nel Codice civile francese l'elemento filosofico prevale sul giuridico: tale prevalenza se giovò all'unità logica del codice, andò talvolta a detrimento della perfezione tecnica e giuridica dell'opera. Sotto questo aspetto tecnico, e formale il progetto tedesco è certamente superiore: basti pensare all'indiscusso valore personale dei giuristi che lo prepararono ⁽²⁰⁾, e alla conoscenza profonda e sicura ch'essi avevano del diritto romano. D'altra parte il progetto tedesco difetta nella parte tecnica [*qui un'aggiunta di mano ignota*: « teorica? »] e non presenta quell'unità logica che fu tanto ammirata nel Codice francese, che è la conseguenza di convinzioni filosofiche profonde, derivate da principi saldi ridotti a unità di sistema. Ma se si astraie dall'indiscutibile superiorità tecnica del progetto tedesco e dalle differenze derivanti dal valore diverso dato alla base filosofica nei due sistemi di codificazione, noi dobbiamo riconoscere che nel progetto di codice civile tedesco ritornano in forma più accentuata i difetti, le lacune lamentate nel Codice francese coll'aggravante delle condizioni storiche diverse in cui il progetto tedesco fu preparato. I redattori del primo progetto si mostrarono chiusi a ogni influenza che non fosse dottrinarica e romanistica. Loro preoccupazione fu di fare opera tecnicamente perfetta: essi non obbedirono ad altre esigenze teoriche che non fossero ricavate per astrazione dai principi del diritto romano. Non solo gli interessi pubblici e sociali non furono tenuti in alcun conto dai redattori del codice tedesco, ma gli stessi interessi dell'industria e del commercio furono sacrificati in un'epoca in cui più ferveva intorno alla redazione del Codice il movimento industriale e sociale. Epperò il

pur rimanendo nelle sue basi invariato, subì come vedremo l'influenza di correnti di pensiero diverse dalla romanista. Cfr. CROME, *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français*, in *Livre* ecc., II, pp. 587 e seg.

⁽²⁰⁾ I membri della commissione furono scelti esclusivamente tra professori e magistrati. Tra i romanisti più noti che vi presero parte ricordiamo il Windscheid, il Planck, Von Schmitt, Gebhard, ecc. Per tutto ciò che riguarda il Codice Civile tedesco, ricordiamo l'eccellente bibliografia del MAAS, *Bibliographie des bürgerlichen Rechts*, [*Verzeichnis von Einzelschriften und Aufsätzen über das im bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich vereinigte Recht, sachliche geordnet 1888-1898*, Berlin, 1899-1905].

primo progetto di codice civile tedesco parve in regresso rispetto al codice francese e austriaco. Questi infatti furono opera di uomini spregiudicati, sciolti dai vincoli del passato, dominati da un ideale di giustizia sociale, mentre il progetto civile tedesco appariva l'opera di giureconsulti eruditi e retrogradi, privi di idealità, preoccupati di adattare il diritto romano alla coscienza giuridica moderna, rispettosi delle tradizioni, ostili a qualsiasi modificazione del diritto vigente anche se richiesta da impellenti bisogni dei tempi nuovi. Il fatto che a noi preme rilevare è che la scuola storica, chiamata per una strana combinazione di eventi a tradurre in un progetto di codificazione i suoi principi per parte di coloro che più sembravano personificare e perpetuare lo spirito del fondatore, riuscì a un'opera che parve a quasi un secolo di distanza dalla grande Rivoluzione un anacronismo. Gli istituti di diritto privato riapparvero nella loro antica struttura, spogli persino di quella aureola di idealità che pur li circondava nel Codice del 1804. All'anima che mancava cercò supplire la tecnica, l'erudizione, il formalismo giuridico; ma tutto ciò non poteva bastare alla coscienza giuridica moderna sorta all'ombra della Rivoluzione. Il progetto di codice civile tedesco mentre rinnegava le idealità antiche lasciava insoddisfatte le nuove aspirazioni verso la giustizia sociale. Esso però nella reazione provocata contribuì a ridestare la nuova coscienza giuridica e per questo rispetto favorì inconsciamente la causa del progresso giuridico e della trasformazione del diritto privato.

5. L'accusa di reazionaria fu lanciata contro la scuola storica dai seguaci degli indirizzi di pensiero più diversi ⁽²¹⁾. A ra-

⁽²¹⁾ Cfr. VAINBERG, *Les opinions modernes des allemands sur la notion du droit*, estr. dai « Comptes-rendus de l'Académie des sciences morales et politiques », Paris, 1875. Egli afferma che il *Von Beruf* del SAVIGNY è uno scritto politico, è un'arma di guerra, non un'opera di scienza e di convinzione (p. 14). Dello stesso parere è il FOULLÉE, *L'idée moderne du droit en Allemagne en Angleterre et en France*, Paris, 1878. Il BLUNTSCHLI invece (*Geschichte der neueren Staatswissenschaft*, München, 1881, pp. 629-630) nota che la scuola storica non fu così feconda nel dominio dello Stato e della politica come in quello del diritto privato, e che il suo principio non è ostile al progresso poiché è il divenire, cioè sviluppo, vita, movimento.

dicare tale opinione concorsero certamente cause estrinseche, quali il periodo reazionario in cui sorse, il favore dei governi, le opinioni politiche conservatrici dei principali rappresentanti della scuola storica. Ma oltrech  in cause esteriori transitorie l'accusa trov  fondamento nei principi da essa professati. La scuola storica era portata da' suoi stessi principi a considerare come legittimo tutto ci  che esiste per il fatto solo della esistenza: tutto per essa era abbandonato all'azion del tempo, il quale finisce per legittimare anche l'usurpazione e l'ingiustizia. L'antichit  val titolo, tale fu l'assioma della scuola storica. Tali principi implicavano la condanna della ragione, della critica, l'impotenza di modificare l'ordine di cose esistenti. La scuola storica riabilitava il passato e con esso la tradizione e il principio di autorit . Essa rispondeva al bisogno di calma, di riposo che invase gli animi stanchi e disillusi al chiudersi del periodo napoleonico. I Pandettisti dal loro canto per il culto eccessivo del diritto romano, per l'avversione ad ogni aspirazione giuridica nuova e soprattutto per le vedute ristrette e puramente tecniche da essi seguite nel preparare la Codificazione germanica, diedero agli avversari nuovi argomenti per ripetere e legittimare l'accusa.

Ora a noi pare l'accusa tanto poco fondata che osiamo affermare che tra le correnti ideologiche che pi  contribuirono a generare il socialismo e a scuotere la base individualistica del nostro diritto privato devesi ricordare la scuola storica. Le accuse mosse alla scuola storica dipendono dall'averne identificate le sorti colle esagerazioni dei Pandettisti, dall'averla giudicata attraverso i tempi in cui sorse, e gli uomini che la rappresentarono, soprattutto dal non aver rilevato al di sotto dei caratteri superficiali e transitorii i profondi motivi di vero racchiusi nei principi proclamati, nei metodi di studio seguiti. Quand'anche fosse provato che sul terreno politico e nel diritto pubblico la scuola storica fu reazionaria, tale non pu  certamente dirsi nel campo sociale. Senza averne perfetta coscienza, i suoi principi portavano a favorire l'introduzione di elementi sociali nel diritto privato. Se le ultime conseguenze dei suoi principi la scuola storica non sempre trasse, se con accorte finzioni cerc  limitarne la portata o il significato, se dopo aver affermato l'origine collettiva del diritto colla finzione del *Juristenrecht* riabilit , come vedemmo, i proce-

dimenti riflessi dei giusnaturalisti, tutto ciò nulla toglie all'importanza dei principi che da altri indirizzi di pensiero furono sviluppati e portati alle loro naturali conseguenze. La scuola storica fornì il metodo alle scienze morali e sociali, la cui costituzione a scienze positive costituì la condizione necessaria del cosiddetto socialismo scientifico. Co' suoi metodi di studio e più ancora col concetto della continuità e causalità storica essa fu il precedente necessario del materialismo e determinismo storico e sociale. E ben può affermarsi che lo superò colla sua geniale intuizione di un'anima collettiva, la quale sta per quel complesso di cause interne o psicologiche che la psicologia collettiva contemporanea considera come le vere cause determinanti il fatto sociale nelle sue molteplici manifestazioni. L'affermazione della scuola storica che ogni diritto è derivato da un fatto, è acquisito, che non esistono diritti innati appartenenti all'uomo prima e fuori della società, se da un lato portava a giustificare il diritto storico esistente, anche se iniquo, dall'altro in virtù del concetto evolutivo applicato al diritto, veniva a riconoscere che tutti i diritti sono mutevoli e caduchi. Se infatti tutti i diritti sono acquisiti non si può parlare di irretroattività della legge, cioè di un principio caro agli individualisti, che antepongono il diritto dell'individuo agli interessi della società. E invero Lassalle trarrà da tali premesse della scuola storica la sua teoria sui diritti acquisiti. Il criterio della relatività delle istituzioni giuridiche sostituito al criterio della loro assoluta immutabilità rendeva non solo possibile ma necessaria la trasformazione del diritto privato. All'azione critica della ragione, di cui si valsero i giusnaturalisti per demolire le istituzioni del passato, ma di esito incerto e spesso praticamente vano, la scuola storica sostituì l'opera critica e demolitrice del tempo, lenta ma sicura nella sua azione fatale nel suo svolgimento e ne' suoi risultati. Ora è noto che il socialismo scientifico doveva fondare la sua critica delle istituzioni sociali sull'azione inesorabile del tempo più che sulla volontà e sull'opera riflessa dell'uomo. È notevole rilevare la sorte diversa toccata alle due scuole, la storica e la razionale. La scuola del diritto naturale che si affermò come ribelle e rivoluzionaria fornì nel secolo XIX gli argomenti più forti ai conservatori del diritto privato e fu l'avversaria più temibile del movimento tendente

ad avviarlo verso nuove idealità. D'altra parte la scuola storica che si presentò come antirivoluzionaria e conservatrice cooperò al risveglio della coscienza collettiva e fornì le armi e il metodo alle scienze morali e sociali. La ragione di questo strano destino toccato alle due scuole deve ricercarsi in ciò: che le dottrine una volta poste hanno una logica loro propria, e sviluppano una propria energia che non sempre è in rapporto con le intenzioni dei loro autori. Il razionalismo nelle scienze giuridiche e sociali esplica soprattutto una funzione critica e negativa: valutando le istituzioni alla stregua di un alto ideale esso fa opera necessariamente disgregatrice: d'altra parte volendo fare opera di ricostruzione, esso tende a considerare l'ideale foggiato dalla ragione come immutabile, insuperabile epperò conservando in condizioni storiche mutate lo stesso criterio di giudizio, diventa necessariamente conservatore. Il razionalismo esclude la relatività storica, la contingenza; è portato a crearsi dei modelli che non si possono modificare, a misurare su di essi, anche se storicamente superati, le istituzioni giuridiche. Così l'ideale individualista che presiedette alla formazione degli istituti giuridici del diritto privato dominando immutato nelle sue basi in condizioni storiche diverse diventa strumento di conservazione. Ciò non toglie che la scuola razionale foggiano nuove idealità più rispondenti ai tempi mutati, non possa ritornare ad essere arma efficace di critica del passato, di ricostruzione dell'avvenire. I socialisti così detti teorici, seguendo un metodo razionale, furono critici spietati della società nata dalla Rivoluzione e sognatori audaci di nuovi ordinamenti sociali.

Dal canto suo la scuola storica riabilitando e giustificando il passato fece opera di conservazione sociale. Il metodo storico di sua natura esclude il problema critico. Non poteva quindi la scuola storica presentarsi altrimenti che con carattere conservatore di fronte alla scuola del diritto naturale. Ma per chiunque esamini le cose da un punto di vista più elevato e scientifico, per chiunque scorge le conseguenze lontane di un principio, non può essere dubbio che la scuola storica co' suoi metodi di studio racchiude uno spirito ben più rivoluzionario e innovatore della scuola razionale. Essa infatti non pone limiti al processo indefinito:

nulla riconosce di sacro, di immutabile ⁽²²⁾; ricostruisce in base all'esperienza del passato più lentamente ma più solidamente: non tende a cristallizzarsi in categorie logiche chiuse, a ipotecare il futuro, ad asservirlo a ideali assoluti. Epperò se la scuola storica può presentarsi a tutta prima conservatrice, perché esclude dalle sue dottrine i colpi di scena, i passaggi bruschi e repentini, l'arbitrio individuale, essa appare in ultima analisi dotata di una latente energia rivoluzionaria in quanto affida il progresso non all'arbitrio dell'uomo ma all'azione lenta ma continua del tempo: giustifica le nuove idealità e condanna le idealità superate. Le idee devono svolgersi coi fatti, convertirsi in queste secondo l'insegnamento del Vico, vero precursore della scuola storica: divelte dalla realtà tendono a cristallizzarsi con manifesto pericolo del progresso umano. Epperò contro l'opinione del Menger crediamo che se il socialismo ha un qualche valore scientifico e positivo, se esso poté esplicitare una qualche influenza nel campo del diritto privato, esso ebbe un tale valore, esercitò una tale influenza in quanto adottò il metodo storico e nella misura in cui lo adottò, non certo in quanto riproducesse i metodi e i sistemi propri della scuola del diritto naturale. E ciò affermiamo malgrado l'opera dei maggiori rappresentanti della scuola storica i quali o si limitarono ad applicare il metodo abbandonando i principi, o ostacolarono il naturale sviluppo della dottrina o non ebbero coscienza distinta del suo valore.

6. Che la scuola contenesse ne' suoi principi i germi di una concezione sociale del diritto è provato dal fatto che tra i romanisti stessi molti sorsero a combattere i sistemi e le dottrine dei pandettisti, e non mancarono tentativi di richiamare la scuola storica alla sua vera e naturale funzione. Basti per tutti ricordare l'Ihering, storico e filosofo del diritto romano ⁽²³⁾. Egli en-

⁽²²⁾ Prima del socialismo moderno Savigny espresse l'idea che una classe sociale non ha mai a dolersi se si espropria tutta quanta. Cfr. SAVIGNY, *System des römischen Rechts*, t. VIII, 1849, p. 388.

⁽²³⁾ Sulla funzione scientifica dell'Ihering gli studiosi non sono d'accordo. Afferma il NANI (*Vecchi e nuovi [problemi del diritto]*, cit.) che l'Ihering si discostava dalla scuola storica nell'opera sua classica, *Spirito del diritto romano*, e proclamava la diserzione nella *Lotta pel diritto*. Altri, e tra essi il BRUGI (*I ro-*

trava negli studi giuridici quando la scuola storica aveva già trionfato dell'antica filosofia del diritto e imponeva il suo metodo. Egli fece causa comune con la scuola di Hugo e di Savigny contro la scuola di Rousseau e di Hegel, contro le dottrine del *Naturrechts* e delle *Staatsrechts*. Lo stesso spirito di Savigny lo animava contro le aberrazioni metafisiche. Egli riconosce nell'individualismo il peccato originale della filosofia del diritto naturale, e ad essa rimprovera di aver dimenticato l'interesse sociale. Ma mentre riconosce la necessità dell'istorismo che significava il ritorno ai fatti, alla realtà storica, l'Ihering diresse tutti i suoi sforzi per superarlo, per trasformare lo studio del diritto in una vera e propria scienza. Seguace della scuola storica egli più di ogni altro ne rilevò i difetti, le lacune, i pericoli. Egli vedeva con rammarico l'istorismo tramutarsi in empirismo, in fredda e sterile erudizione. Questo constata non spiega i fatti, può farne la storia, ma non fa la scienza del diritto. Conoscere il diritto significa conoscerlo per le cause che lo producono. L'Ihering fu secondo noi la mente geniale che sulla base del metodo storico cercò elevarsi a una concezione veramente scientifica del diritto, e la sua concezione tra le molte proposte da razionalisti e da positivisti è quella che secondo noi risponde ancora meglio alla vera natura del diritto che non è né organica né razionale ma soprattutto umana e storica. A onor del vero il Savigny, non compreso e non seguito in ciò dai Pandettisti, cercò elevarsi a una concezione scientifica del diritto sulla base dell'anima popolare. Se nonché la base psicologica invocata dal Savigny a spiegare l'evoluzione giuridica apparve scientificamente insostenibile ed era fonte di equivoci. La produzione spontanea del diritto pro-

manisti della scuola storica e la sociologia contemporanea, in « Circolo giuridico », 1883, vol. 14^o, pp. 151-167) tendono ad ascriverlo alla scuola positiva; altri infine, per l'importanza da lui data al principio della finalità nel diritto, alla scuola razionale. Ora a nessuna di queste opinioni noi sottoscriviamo. Secondo noi, l'Ihering appartiene alla scuola storica: ma ciò non gli impedì di assorgere a una sintesi filosofica che, se lo avvicina al Savigny, lo distacca radicalmente dai pandettisti che rifuggivano da qualsiasi generalizzazione sui fatti storici. Le critiche acerbe mosse ai pandettisti non significano la sua adesione ad altri indirizzi di pensiero, ma il suo pensiero di dare carattere filosofico alla scuola storica di cui accettava il metodo.

posta dal Savigny troppo ricordava l'evoluzione organica, e la causalità storica spesso si confondeva nel suo sistema con la causalità naturale ⁽²⁴⁾. L'Ihering tenendosi ugualmente lontano dalle aberrazioni positiviste che consideravano il diritto alla stregua di un fatto naturale, e dall'empirismo degli storici eruditi che si limitavano a constatare il fatto giuridico escludendo ogni ricerca deontologica, ogni veduta sintetica, si rifece alla dottrina a contenuto non solo storico ma filosofico del Savigny, ma la modificò profondamente in quanto fece centro unitario del suo sistema

(24) Senza volere qui discutere a fondo la questione del valore filosofico della scuola storica e dei suoi rapporti colla scuola positiva ed hegeliana, ci accontentiamo di affermare che la scuola storica quale fu intesa dal Savigny e più tardi dallo Ihering, non quale fu intesa dai pandettisti e germanisti, ebbe un vero contenuto filosofico. Nei lavori del Savigny e dell'Ihering il metodo storico non fu fine a se stesso, ma fu un mezzo per una concezione nuova dei principi che stanno a fondamento del diritto. Sotto questo rispetto ci accordiamo col CARLE (*La vita del diritto [nei suoi rapporti con la vita sociale. Studio comparativo di filosofia giuridica]*, 2ª ediz., Torino, Bocca, 1890), che pose la scuola storica accanto alla scuola del diritto naturale e alla scuola positiva, sebbene esso segua un criterio di classificazione metodologico e psicologico. Noi crediamo che l'indagine storica dia modo di assorgere a una concezione filosofica del diritto, pur riconoscendo che i tentativi al riguardo del Savigny e dello Ihering sieno per molti rispetti imperfetti e non possano ascriversi a sistemi filosofici.

Non ci sembra giustificata l'opinione del BRUGI (*I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, in « Circolo giuridico », 1883) che la scuola storica è l'antecedente del positivismo, e ha con questo stretti rapporti. Oltre agli argomenti del VANNI (*I giuristi della scuola storica nella storia della filosofia positiva*, in volume di *Saggi citati*, IV, pp. 201-237) contro l'opinione del Brugi, a noi pare argomento decisivo quello derivante dal rilevare la profonda differenza tra la concezione organica del diritto e la concezione storica del medesimo. Ciò non toglie che molte dottrine del Savigny siano state accolte dal positivismo, come l'idea di evoluzione, la dottrina della produzione spontanea del diritto, che implicava una forma di determinismo analogo al determinismo organico, il relativismo giuridico. Ma conviene notare che questi ed altri aspetti della dottrina del Savigny, che più l'avvicinano al positivismo o non stanno in rapporto logico colle sue premesse storico-psicologiche, o costituiscono la parte difettosa della dottrina che fu posteriormente superata e corretta. Ben più stretti rapporti noi vediamo tra scuola storica ed hegelianismo, come da recenti lavori della critica tedesca fu dimostrato. (Cfr. BRUGI, *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, in « Rivista italiana di sociologia », 1902, pp. 228 e seg., con gli autori ivi citati).

non una supposta anima popolare ma l'idea di fine ⁽²⁵⁾. Tra i metafisici che avevano screditato l'idea di fine facendone una entità distinta e indipendente dalla realtà e gli empiristi della scuola storica e positiva che l'avevano bandita dal campo del sapere, l'Ihering riabilita nel dominio delle scienze morali il principio della finalità, traendola dalla attività stessa psicologica dell'uomo. Il principio di finalità per cui non vi è azione senza causa è tanto universale nel mondo morale quanto il principio di causalità nel mondo fisico. Le cause esterne non determinano direttamente l'operare umano, ma si trasformano in motivi psicologici diretti a un fine. Ora è conforme alla natura dell'uomo che egli agisca prima e soprattutto nel proprio interesse per fini individuali, tendenti all'affermazione della nostra personalità nel dominio fisico, economico, giuridico ⁽²⁶⁾. Senonché l'individuo non vive isolato, fa parte della società, e deve in essa e per essa operare. L'uomo essenzialmente egoista può essere indotto ad agire nell'interesse sociale da motivi egoistici, in vista cioè di un vantaggio (retribuzione) ovvero perché vi è costretto (coercizione). L'egoismo è per l'Ihering il vero motore di tutta l'attività sociale: quando sia illuminato e ben diretto, l'egoismo è fonte di progresso sociale ⁽²⁷⁾. Tutto il vasto campo dei rapporti commerciali si fonda sul libero gioco degli egoismi i quali nella lotta e nel contrasto tendono a equilibrarsi, ad attuare tra le diverse prestazioni una certa equivalenza ossia una certa giustizia. In ordine a tali rapporti la legge interviene solo per impedire che la lotta commerciale si svolga a danno dei deboli nella forma dello sfruttamento, dell'usura, dell'inganno. L'equilibrio sociale non è sempre il frutto di un contrasto pacifico e regolato

⁽²⁵⁾ Cfr. IHERING, *Der Zweck im Recht*, tradotta in francese sulla 3^a edizione tedesca [Leipzig, 1898] da MEULENAERE, *L'évolution du droit*, Paris, Maresq, 1901, capo I. Di quest'opera l'Ihering ebbe a scrivere che contiene il risultato di tutta la sua vita scientifica e che costituisce una specie di filosofia del diritto ricavata dallo studio storico del medesimo.

⁽²⁶⁾ IHERING, *op. cit.*, capo V. Vedi sull'Ihering e sul suo valore come filosofo del diritto il BOUGLÉ, *Les sciences sociales en Allemagne, les méthodes actuelles*, Paris, Alcan, 1896, capo IV. Cfr. anche PETRONE, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania [Analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza]*, Pisa, Spoerri, 1895, pp. 46-77.

di interessi, spesso è il risultato di una associazione di interessi in vista di un interesse comune e per garantire l'equivalenza reale delle prestazioni. Tanto nel caso della concorrenza commerciale quanto nel caso della associazione, noi siamo sempre nel campo degli interessi privati che si svolgono liberamente in ordine ai fini individuali ⁽²⁸⁾. Ma all'interesse dell'egoismo individuale, la società, secondo l'Ihering, ha il diritto e il dovere di opporre il suo proprio interesse. E l'interesse della società è non solo ciò che giova all'individuo, ma ciò che è utile alla generalità, ciò che garantisce l'esistenza di tutti. Nel garantire l'interesse di tutti consiste la giustizia la quale viene ad essere superiore alla libertà. Dato che il singolo non esiste solo per sé, ma per la società di cui è parte, la *libertà*, ossia ciò che conviene all'individuo deve essere subordinata alla *giustizia*, ossia a ciò che conviene a tutti ⁽²⁹⁾. Spesso l'interesse sociale o non è inteso o è in contrasto coll'interesse e coi fini sociali: di qui la necessità della coazione, di cui è organo lo Stato che la esercita mediante il diritto nell'interesse sociale ossia della giustizia. Il diritto rappresenta la forza posta a servizio dello Stato; non è fine a se stesso ma è mezzo a garantire le condizioni dell'esistenza collettiva; agisce coattivamente sulla volontà e la piega suo malgrado a riconoscere l'interesse sociale. Unica fonte del diritto è lo Stato, il quale svolgendosi tende ad allargare le sue funzioni, a identificarsi colla società. A misura che si sviluppano le esigenze sociali, lo Stato e il diritto impongono sempre maggiori sacrifici all'individuo ⁽³⁰⁾. La conseguenza ultima di questa evoluzione sarà la scomparsa del diritto privato come tale e la sua trasformazione in diritto sociale. L'Ihering ciò afferma esplicitamente.

(27) Notisi che lo IHERING (*op. cit.*, p. 40) distingue la teoria del diritto da quella della moralità. Diritto e morale tendono alla subordinazione dei fini individuali ai sociali: senonché, mentre il diritto si vale a tale scopo del naturale egoismo degli uomini piegandolo col pensiero e colla forza a riconoscere l'interesse collettivo, la morale tende allo stesso scopo mediante il sentimento del dovere e l'amore. Nel disegno dell'opera l'Ihering si era proposto di svolgere le due parti: ma non riuscì che a svolgere la parte giuridica.

(28) IHERING, *op. cit.*, capo VII.

(29) *Ibid.*, p. 97.

(30) *Ibid.*, capo VIII.

Data la sua concezione del diritto come l'insieme di norme coattive fatte valere dallo Stato nell'interesse comune, non è più possibile parlare di diritti privati propriamente detti. Nelle fasi più evolute della vita sociale il diritto non può essere che sociale (31). E tale trasformazione in senso sociale l'Ihering rileva in modo speciale in ordine al diritto di famiglia e di proprietà. L'organizzazione familiare è oramai sottratta all'arbitrio dell'individuo e sottoposta nelle sue diverse manifestazioni al controllo dello Stato, e al criterio esclusivo dell'interesse generale (32). Contro la teoria individualista della proprietà l'Ihering sostiene la teoria sociale della medesima (33). Non può ammettersi una proprietà che serva agli scopi dell'individuo sacrificando gli interessi della società. Il concetto di proprietà non implica il potere assoluto di disporre delle cose. Giammai la società ha tollerato una proprietà così illimitata: il concetto di proprietà non può contenere nulla che sia in opposizione col concetto di società. La concezione assolutista della proprietà è l'ultima eco della teoria erronea del diritto naturale, che isolava l'individuo da tutti gli elementi sociali tra i quali esso si muove. In materia di contratti noi vediamo le considerazioni e i fini sociali presiedere alla loro interpretazione, contrariamente alle teorie individualiste del diritto naturale che non vedevano nei contratti che l'espressione di volontà di fini privati (34). Da ultimo gli interessi sociali si affermano sempre più nel campo delle successioni, coi limiti posti alla libertà di testare (35). La conclusione a cui l'Ihering arriva è l'affermazione del carattere sociale dei diritti pri-

(31) *Ibid.*, p. 339.

(32) *Ibid.*, p. 341. Lamenta che il diritto dei genitori in ordine ai figli sia oggi ancora più esteso di quanto la sua natura e il nostro grado di civiltà lo comportino. E aggiunge che questa è la parte più debole di tutto il diritto privato moderno. Insiste sulla necessità che il controllo dello Stato in ordine alla famiglia aumenti e si renda più severo.

(33) Vedi su questo punto IHERING, *op. cit.*, pp. 342 e seg. L'A. rileva le conseguenze socialmente dannose che derivano dal riconoscere al proprietario il diritto di rinserarsi nella sua proprietà come in una fortezza inviolabile. Proclamare, egli dice, il principio della inviolabilità della proprietà significa abbandonare la società all'ignoranza, al capriccio, al delittuoso egoismo del privato.

(34) Cfr. IHERING, *op. cit.*, pp. 180 e seg.

(35) *Ibid.*, pp. 344 e seg.

vati. Tutti gli istituti del diritto privato, anche quelli che hanno per fine diretto l'individuo, sono influenzati e limitati da considerazioni sociali: né, osserva l'Ihering, occorre esser profeti per prevedere che questa concezione sociale del diritto privato sostituirà gradualmente la concezione individualista e verrà meno la distinzione tra diritto pubblico e privato ⁽³⁶⁾. La dottrina dell'Ihering è il tentativo più notevole fatto dalla scuola storica per assorgere a una concezione filosofica del diritto. L'uomo agli effetti del diritto non è dall'Ihering concepito astrattamente nelle sue qualità razionali, ma nelle sue tendenze, ne' suoi istituti dominato dall'egoismo, come un essere che non solo conosce ma vuole in vista di certi fini, conscio della sua forza fisica e morale. La vita giuridica sorge e si afferma non sotto la pressione delle idee, ma dei bisogni, degli istinti, delle aspirazioni coordinate a un fine. Essa si svolge nel contrasto e nella lotta ⁽³⁷⁾, limitata dapprima tra gli individui in difesa e per l'affermazione dei loro interessi, trasformata nelle società evolute in lotta tra l'interesse individuale e quello superiore sociale. Il progresso giuridico sta nella socializzazione, nell'assorbimento da parte dello Stato di tutta l'attività sociale. Sarebbe grave errore ascrivere l'Ihering all'indirizzo socialista ⁽³⁸⁾. Ciò poté affermarsi da coloro, e non sono pochi, che confondono la concezione sociale del diritto con la concezione socialista. La concezione sociale del diritto non ha esclusivismi di classe, non mira a subordinare il diritto privato agli interessi specifici delle classi proletarie. Essa tende solo a contrapporre alla concezione individualista del diritto affermata dal diritto naturale e consacrata nelle leggi positive, una nuova concezione nella quale sia fatta una parte sempre maggiore all'elemento sociale. A noi preme mettere in evidenza che anche la scuola storica per opera del Savigny e dello Ihering contribuì

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 352.

⁽³⁷⁾ Alla formazione spontanea del diritto sostenuta dalla scuola storica lo Ihering contrappone la formazione riflessa, risultato della lotta. È questa la tesi che forma l'oggetto del noto lavoro dello stesso IHERING, *La lotta pel diritto*, tradotto in italiano dal Mariano (Milano, Hoepli, 1875).

⁽³⁸⁾ La proprietà privata, dice l'IHERING (*op. cit.*, p. 352) esisterà sempre, il diritto di successione non scomparirà mai: le idee socialiste e comuniste che ne vogliono l'abolizione sono pure follie.

a tale risultato. Il progresso tra la dottrina del Savigny e quella dello Ihering è notevole. I difetti che si potevano rimproverare al Savigny sono attenuati e quasi scomparsi nello Ihering. Il diritto romano che appariva ai giusnaturalisti e ai Pandettisti l'espressione tipica dell'individualismo, interpretato non nella lettera ma nel suo spirito da Ihering assume veste e significato sociologico ⁽³⁹⁾. Il Savigny e la sua scuola avevano esagerato il fattore inconsciente, spontaneo, sentimentale nella produzione del diritto: lo Ihering corregge e completa mettendo in evidenza i fattori volitivi e coscienti. Al diritto prodotto della coscienza nazionale sostituisce lo Ihering il diritto prodotto dalla coscienza sociale. All'intellettualismo psicologico e giuridico della scuola razionale, al sentimentalismo della scuola del Savigny sostituisce lo Ihering il volontarismo conformemente agli indirizzi psicologici più recenti. Da ultimo in un'epoca in cui l'indirizzo positivo dominava incontrastato lo Ihering combatté il materialismo negli studi storici e giuridici, ne affermò l'impotenza a spiegare i fatti del mondo morale, e intuì chiaramente una verità che comincia oggi ad apparire a noi evidente, che cioè alla concezione sociale del diritto non si può arrivare muovendo da premesse materialiste ma si arriva solo dallo studio storico e psicologico dell'uomo. In ciò sta il suo merito maggiore.

7. La scuola storica usciva [*sic*] per opera dello Ihering [da?] una nuova concezione filosofica del diritto che contrastava con quella individualistica dei giusnaturalisti. Ma tra gli stessi storici eruditi che pure rifuggivano da ogni sintesi filosofica e si concentravano nella ricerca oggettiva del fatto giuridico, non tutti partecipavano alle esagerazioni dei pandettisti; molti sorsero a combattere l'idolatria del diritto romano, le costruzioni aprioristiche che ricordavano metodi e sistemi che erano in contrasto coi principi stessi della scuola storica. Il metodo storico aveva originato tutta una scuola di giuristi che facevano oggetto di indagine il

⁽³⁹⁾ È notevole che lo Ihering adduce sempre a sostegno delle sue opinioni l'autorità del diritto romano inteso nel suo spirito. Veniva così anche in questa parte a contrapporsi ai pandettisti, senza partecipare alla reazione contro il diritto romano provocata dai germanisti.

diritto germanico che perciò si dissero germanisti. Quando dopo il 1840 venne meno l'influenza personale del Savigny, la scissione tra Pandettisti e Germanisti divenne inevitabile e degenerò in aspra polemica ⁽⁴⁰⁾. I germanisti si eressero a difensori del sentimento nazionale offeso dagli sforzi dei pandettisti per nazionalizzare il diritto romano e farlo prevalere sul diritto germanico tradizionale. Bisogna riconoscere che i veri eredi dello spirito della scuola storica erano i Germanisti, per quanto non riuscissero a contrastare il trionfo né ai pandettisti, né al diritto romano. Il diritto romano era stato introdotto e conservato in Germania per opera dei dotti, e gli sforzi fatti dalla scuola del Savigny per trasformarlo in diritto nazionale nascondevano evidente l'artificio ⁽⁴¹⁾. Il diritto germanico costituiva il vero diritto tradizionale e popolare, il diritto cioè che secondo i principi della scuola storica doveva essere preferito per la riforma della legislazione civile. La prevalenza del diritto germanico si imponeva, oltreché per essere esso il vero diritto nazionale e tradizionale, anche perché rispondeva a quella concezione sociale del diritto che era implicita nei principi della scuola storica e che i Pandettisti, per l'influenza del diritto romano ricostruito nella sua lettera più che nel suo spirito ⁽⁴²⁾, avevano come vedemmo sostituita colla concezione individualistica del diritto privato. Che le istituzioni del diritto privato germanico avessero spiccato il carattere sociale era stato rilevato da molti prima dei germanisti. L'insuccesso del codice prussiano del 1794 fu attribuito all'influenza del diritto germanico che diede ad esso quel colo-

⁽⁴⁰⁾ Un elenco degli scrittori che presero parte alla polemica si trova nel KUNTZE, *Der Wendepunkt Rechtswissenschaft[; ein Beitrag zur Orientierung über den gegenwertigen Stand- und Zierpunkt derselben]*, Leipzig, 1856. Vedi per un'ampia e sicura bibliografia sulle lotte tra germanisti e pandettisti il NANI, *Vecchi e nuovi problemi del diritto*, Torino, 1887. (Discorso di inaugurazione dell'anno scolastico 1886-87 nella R. Università di Torino).

⁽⁴¹⁾ Vedi per ciò che riguarda la recezione del diritto romano in Germania la bibliografia in NANI, *op. cit.*

⁽⁴²⁾ Lo Ihering dimostrò che il diritto romano ben inteso e interpretato non ha punto quel carattere individualistico nelle sue concezioni giuridiche che gli attribuivano i giusnaturalisti e i pandettisti. E sembra esser questa l'opinione che tende a prevalere tra i romanisti più recenti, tra i quali notiamo a titolo d'onore il nostro BONFANTE, *Diritto romano*, [Firenze], 1900.

rito sociale che spiace ai contemporanei imbevuti delle dottrine del diritto naturale mentre doveva essere rilevato come titolo di lode dagli avversari dell'individualismo giuridico (43). Il Codice Civile preparato dalla Convenzione nel 1793 in un'epoca in cui l'elemento germanico e le teorie sociali del Rousseau prevalevano sul diritto romano e le dottrine dei giusnaturalisti presenta lo stesso carattere sociale (44). Ovunque la prevalenza della tradizione germanica si accompagna con una maggiore considerazione dell'elemento sociale nelle diverse istituzioni del diritto privato (45). I Germanisti trasformarono il contrasto tra diritto germanico e diritto romano nel contrasto tra l'elemento sociale e individuale nel diritto. Essi sfruttarono a vantaggio della loro causa le tendenze generali dell'epoca che erano per una trasformazione in senso sociale del diritto privato. Di ciò abbiamo avuto una prova evidente all'epoca della pubblicazione del progetto di codice civile tedesco, che era stato la grande opera legislativa dei pandettisti. Le critiche fatte dai Germanisti in questa occasione tendono ad associare la causa del diritto nazionale con il movimento di riforma in senso sociale del diritto privato. Il Gierke può considerarsi il rappresentante del germanismo contro il romanismo e la critica da lui fatta al progetto di codice civile tedesco si ispira al concetto di opporre al diritto romano e all'individualismo giuridico consacrato nel progetto, il diritto germanico a carattere sociale. Ciò che mosse il Gierke nella sua critica non fu una idealità socialista, e fu errore, secondo noi e fonte di equivoco aver associato la sua critica con quella della scuola

(43) Il carattere sociale del codice prussiano non implica una tendenza socialista, ma era la conseguenza delle dottrine umanitarie e illuministe dell'epoca e della prevalenza del diritto nazionale sul romano. Cfr. SALEILLES, *Introduction* ecc., p. 8; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, par. 3, p. 21.

(44) E men socialista come mostra di vedere JAURÈS, *Etudes socialistes*, Paris, 1902, 2ª ediz., p. [163 e seg.].

(45) Fino dal 1853 lo SCHMIDT (*Der Prinzipielle Unterschied zwischen dem röm[ischen] und germ[anischen] Rechte*) contesta l'applicazione del diritto romano alla Germania perché ogni suo principio contraddice col diritto germanico.

Il GNEIST nel 1885 notava (*Zur Lehre vom Volksrecht [Gewohnheitsrecht und Juristenrecht*, in *Juristische Abhandlungen: Festgabe für G. Beseler*, 1885]) che il difetto principale della scuola storica (quale era rappresentata dai pandettisti) era la trascuranza dell'elemento sociale nello sviluppo dell'umanità.

socialista ⁽⁴⁶⁾. Il fondamento, i motivi, gli scopi della critica del Gierke e del Menger, per ricordare i maggiori e più autorevoli rappresentanti dei due indirizzi, erano diversi. Bisogna ritornare al diritto germanico. Tale fu la tesi svolta dal Gierke da lui pronunciata nel 1889 alla Società giuridica di Vienna ⁽⁴⁷⁾. La lotta per il diritto dell'avvenire, afferma il Gierke, è fra il diritto romano e il diritto germanico, e tale lotta finirà col trionfo della forma del primo, e dello spirito del secondo. La distinzione tra diritto pubblico e privato portata alle sue estreme conseguenze dalla scuola del diritto naturale, e dai seguaci del diritto romano non ha ragione d'essere e crea un contrasto fatale tra l'individuo e lo Stato. Tale distinzione affatto ignota al diritto germanico, si risolve da un lato nella consacrazione dello Stato assoluto, dall'altro nella conversione del diritto privato in un diritto prettamente individualistico. Il diritto privato deve proporsi uno scopo sociale, e a [*sic*] tale scopo potrà solo attuarsi se tutte le norme del diritto civile, sia che si riferiscano ai rapporti dell'uomo colle cose, sia che si riferiscano ai rapporti degli uomini fra loro, si ispireranno al diritto germanico. Al concetto romano della proprietà come di un diritto assoluto e illimitato, deve sovrapporsi quello germanico, che considera la proprietà come un diritto relativo che contiene in se stesso e non solo riceve dall'esterno la propria limitazione, che deve essere ordinato nell'interesse di

(46) In tale errore incorse il NANI nel suo notevole studio *Il socialismo nel codice civile*, pubblicato negli « Atti della R. Accademia delle scienze di Torino » (vol. XXVI, p. 859, 1890-91; vol. XXVII, pp. 864, 933, 1891-92). È vero che il Nani riconosce che il Gierke non può ascriversi tra i socialisti, che anzi egli vuol conservati i principi del diritto privato che i socialisti vorrebbero conservati [= mutati?]; ma egli considera la critica del Menger, che secondo noi fu veramente fatta in omaggio ai nuovi ideali socialisti, alla stessa stregua di quella del Gierke, come espressione della stessa tendenza.

(47) Pubblicato sotto il titolo *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889 e diligentemente riassunto dal Nani nell'opera citata. Occasione al discorso fu il nuovo progetto del Codice Civile germanico, lo scopo il promuoverne una riforma sostanziale. Le stesse idee svolse il GIERKE in altre due opere: *Der Entwurf eines B. G. Bs.* [= *Bürgerlichen Gesetzbuches*] *und das Deutsche Recht* [Leipzig], 1889; *Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe in dem Entwurfe eines B. G. Bs.* [= *Bürgerlichen Gesetzbuches*] *für das D[eutsche] Recht* [= *Reich*], Berlin, 1889.

tutti. Il diritto famigliare deve ispirarsi al diritto germanico che nella famiglia non vede come il diritto romano un individuo, il *pater familias* ma un organismo da conservare nell'interesse sociale. A tale scopo il Gierke vorrebbe fortificati i vincoli che tengono unita la famiglia, elevata la condizione della donna, regolati i rapporti patrimoniali pel regime di origine germanica della comunione dei beni. Anche il diritto successorio dovrebbe sulla traccia del diritto germanico rientrare nella sfera del diritto famigliare, mentre ora ha per base per l'influenza del diritto romano la volontà dichiarata o presunta dell'individuo. La successione legittima deve prevalere sulla testamentaria, che in omaggio a una malintesa libertà consacra l'arbitrio del testatore a danno dell'interesse famigliare. Il principio della libertà contrattuale, dice il Gierke, è un vecchio domma che può portare a terribili conseguenze, qualora lo si accolga con cieca fede: esso consacra il *bellum omnium contra omnes*, l'oppressione dei deboli, la prepotenza dei forti. È interesse sociale che il debole sia difeso contro lo sfruttamento, contro l'inganno. Il contratto di lavoro deve regolarsi con nuove forme diverse dalle attuali che hanno loro radici nel diritto romano, il quale informato ai principi della schiavitù modella il contratto di locazione d'opera su quello della locazione di cose. Bisogna rimettere in onore il vecchio pregiudizio germanico, secondo cui l'obbligo del risarcimento per un fatto dannoso non si fonda sul delitto ma sul semplice rapporto di causa. Ancora vorrebbe il Gierke che, sull'esempio del diritto germanico, si richiamassero in vita le associazioni corporative che rappresentano organismi intermedi tra l'individuo e la società: col favorirne la resurrezione si provvede alla sicurezza sociale e alla sua difesa contro i pericoli che la minacciano. Il Gierke è convinto che il diritto germanico è in grado coi suoi principi e colle sue istituzioni a risolvere le gravi questioni che incombono sui legislatori in conseguenza delle nuove condizioni create dalla grande industria, mentre il diritto romano è in aperta opposizione ne' suoi principi fondamentali coi bisogni dell'epoca nostra. Ma quali che siano le opinioni personali del Gierke e dei germanisti a noi premeva dimostrare che la causa dell'individualismo giuridico fondato nelle dottrine del diritto naturale e consacrato nei codici non trovò appoggio nell'indirizzo storico quale

si svolse naturalmente per opera dello Ihering e dei germanisti e non sulla base di artificiose finzioni a cui i pandettisti ricorsero. La scuola storica, sorta in opposizione alla scuola del diritto naturale, doveva favorire la trasformazione in senso sociale del diritto privato. E non si può negare che la critica dei germanisti una qualche influenza esercitò sul codice civile tedesco nella sua redazione definitiva.

B) L'HEGELIANISMO E IL DIRITTO PRIVATO.

1. La dottrina giuridica di Hegel ne' suoi rapporti colla scuola del diritto naturale. — 2. Hegelianismo e Storicismo. — 3. Posizione di Lassalle rispetto alla scuola storica e alla scuola hegeliana. — 4. La dottrina di Lassalle in ordine alla proprietà. — 5. Lassalle e la questione dell'eredità. — 6. La teoria dell'errore giuridico in Lassalle. — 7. La teoria della retroattività della legge in Lassalle o il problema dei diritti acquisiti.

1. Kant il filosofo della libertà non poteva essere il filosofo della Restaurazione, cioè di quell'epoca che seguì il periodo napoleonico e che mirava a restaurare il principio di autorità, ad affermare di fronte all'individuo i diritti dello Stato. Il filosofo della nuova epoca, che incontrò le simpatie dei governanti e il favore del pubblico fu l'Hegel, le cui dottrine furono sovente invocate a giustificazione del nuovo ordine di cose. La concezione del diritto e dello Stato di Hegel si contrappone a quella di Kant e della Rivoluzione francese: essa risponde al nuovo concetto di libertà e della giustizia che Hegel contrappone ai filosofi della Rivoluzione, agli economisti ortodossi, ai giuristi del Codice Napoleone. Questi sulle orme di Kant intendevano la libertà come il potere di tutto fare nei limiti della legge: nel mantenersi entro questi limiti consisteva la giustizia. Compito dello Stato era di delimitare ciò che si può fare da ciò che non si può fare. Tale concezione della libertà, della giustizia, dello Stato apparve all'Hegel mediocre e negativa. La libertà nel senso di Kant, degli economisti, dei giuristi non esiste che per quelli che possiedono, mentre è formale e vana per gli altri. Per lo Schelling, per l'Hegel, per il Lassalle la libertà si attua solo per mezzo dello Stato. Il problema del diritto secondo Hegel è di tradurre nei fatti la libertà, la quale altro non è che lo spirito avente coscienza di sé come della realtà ultima. La libertà si confonde nel sistema hegeliano colla verità la quale è la conformità del pensiero coll'essere (ossia colla realtà), conformità che presuppone la loro identità (48).

(48) Cfr. ANDLER, *Les origines du socialisme d'Etat en Allemagne*, Paris, Alcan, 1897, libro I, capo I, *Origines de la conception socialiste du droit*; HEGEL, *Phi-*

La verità ossia la libertà ha diversi gradi. Si manifesta dapprima nell'esistenza individuale, la quale si completa solo entrando in rapporto cogli altri uomini e col mondo esterno. Nel rapporto tra noi e il mondo e gli altri esseri consiste pertanto un secondo e più elevato grado di verità e di libertà. La fusione dell'io nell'essere costituisce il grado più elevato di esistenza cioè di verità e di libertà. Il diritto non è che l'attuazione della libertà tra gli uomini e nei rapporti tra l'uomo e le cose esterne. Ciò che fa l'uomo libero rispetto agli altri è la facoltà di possedere: non vi è diritto secondo Hegel che tra proprietari. La libertà e proprietà vera non è l'individuale ma la collettiva che si estende a tutti gli uomini: il diritto si completa diventando collettivo e sociale. Dai rapporti che si stabiliscono tra gli uomini in ordine ai loro diritti derivano i contratti ⁽⁴⁹⁾. E contratto presuppone la libertà dei contraenti e l'equivalenza degli oggetti scambiati: perciò chi per qualsiasi motivo è indotto ad accettare contratti svantaggiosi non può dirsi libero, e il contratto non è valido. Veniva per tale principio l'Hegel a contrapporsi agli economisti, ai giuristi, ai filosofi del diritto 'razionale i quali facevano consistere il contratto nell'estrinsecazione della volontà senza tener conto delle condizioni in cui la volontà si esplicava. Passando alla famiglia l'Hegel la considera come una unità organica, e tale unità si rivela sotto l'aspetto morale, fisiologico, materiale ⁽⁵⁰⁾. Le necessità economiche hanno distrutto l'unità della famiglia, la comunione del suolo, e hanno originato la società ⁽⁵¹⁾, la quale strappando gli uomini alla famiglia e alla terra per le necessità degli scambi e del lavoro diviso, si è assunta l'obbligo di assicurare loro l'esistenza, ossia il lavoro ⁽⁵²⁾. La società deve esercitare le funzioni di tutela che erano proprie della famiglia. Senza soffocare l'individualità la società unisce gli uomini in una per-

losophie des Rechts, par. 1. Di quest'opera esistono due traduzioni italiane, l'una del Turchiarulo, Napoli, 1848, l'altra del Novelli, Napoli, 1863.

⁽⁴⁹⁾ HEGEL, *Philosophie des Rechts*, § 71.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*, § 161. Per l'Hegel infatti il matrimonio non è un contratto.

⁽⁵¹⁾ *Ibid.*, § 238.

⁽⁵²⁾ *Ibid.*, § 240. Della società civile in quanto si distingue ancora dallo Stato ed è solo un mezzo per soddisfare gli interessi individuali vedi *Philosophie des Rechts*, § 182, 183, 249, 296.

sona collettiva nuova, la quale rappresenta rispetto alle esistenze individuali un grado nuovo di perfezione, di verità, di libertà. L'organo di questa nuova esistenza collettiva che sostituisce e integra l'individuo, la famiglia, la società civile è lo Stato. Le funzioni dello Stato non si esauriscono in funzioni negative come sosteneva la scuola del Kant. Anche lo Stato ha una personalità da far valere, ha una vita propria indipendente da quella degli individui, ha un pensiero, un volere, un fine suo proprio. Non può quindi mediante il suffragio universale asservirsi al popolo, e neppure può ad esso applicarsi la teoria del contratto che verrebbe a porre la vita dello Stato in balia delle volontà individuali ⁽⁵³⁾.

Non vi è dubbio che come la scuola storica così l'hegelianismo si affermò contrario allo spirito della Rivoluzione e alle teorie giuridiche formulate in occasione del Codice del 1804. Nell'hegelianismo lo Stato si afferma come persona di fronte all'individuo e fa valere i suoi diritti: comincia a delinarsi una personalità collettiva distinta e non derivata dalla individuale. L'affermazione della proprietà ed esistenza collettiva come forme superiori di libertà e di verità, la proclamazione del diritto al lavoro e all'esistenza e dell'obbligo corrispondente nello Stato, l'allargamento in senso sociale delle funzioni dello Stato, costituivano altrettanti principi che contrastavano colle teorie del diritto naturale e dello Stato di diritto delle generazioni anteriori. Soprattutto era colpito dall'hegelianismo l'individualismo giuridico, e lo Stato appariva non più come la somma di individui ma come una unità e una personalità, alla quale doveva, senza scomparire, coordinarsi la personalità individuale.

2. Il distacco tra la scuola storica e l'hegelianismo fu la conseguenza della trasformazione della scuola storica in scuola di erudizione storica. I seguaci del Savigny si fecero storici e cronisti del passato, non interpreti di un ideale di giustizia: ad essi l'erudizione fu un fine non un mezzo per penetrare nello spirito dei testi. Questa tendenza antifilosofica fu loro rimproverata dai giuristi che si formarono alla scuola di Hegel, soprattutto dal

⁽⁵³⁾ HEGEL, *op. cit.*, § 75.

Gans e dal Lassalle ⁽⁵⁴⁾. Data infatti la formola di Hegel che ciò che è reale è anche razionale non si comprendeva come la storia potesse contrapporsi all'idea: quella non è che l'attuazione progressiva di questa. Nella formola di Hegel vi era di che conciliare la scuola storica e la scuola hegeliana. Ma i seguaci della scuola storica non si preoccuparono di tradurre i fatti storici nel linguaggio hegeliano, e lavorarono indipendentemente all'infuori dell'hegelianismo, senza badare che l'hegelianismo poteva costituire il complemento filosofico dello storicismo. Dopo tutto l'hegelismo e lo storicismo si erano svolti assieme dagli stessi bisogni; entrambi lavoravano alla trasformazione in senso sociale del diritto, a togliere il dualismo tra diritto pubblico e privato ⁽⁵⁵⁾. Hegel voleva attuato il razionale nella vita e nella società, voleva eliminato il contingente, l'individuale, voleva spogliata la realtà storica dagli elementi variabili e individuali e con processo astrattivo metterne in evidenza l'idea universale. L'evoluzione storica del diritto e dello Stato diventava in Hegel evoluzione ideale: la socializzazione del diritto da storica si faceva

⁽⁵⁴⁾ Ciò che si rimproverava alla scuola storica non era il metodo storico, ma la filosofia sistematica dell'istorismo, la sua avversione a qualsiasi generalizzazione filosofica. Cfr. ANDLER, *op. cit.*, libro I, capo I, p. 47.

⁽⁵⁵⁾ Vedendo il Gans, illustre discepolo di Hegel, in lotta con la scuola storica, i contemporanei credettero che la dottrina di Hegel costituisse una reazione alla scuola storica. (Cfr. LERMINIER, *Introduction à l'étude du droit*, [Paris-Bruxelles], 1830, p. 236). Fu un errore condiviso da molti scrittori posteriori. In realtà il senso dello sviluppo storico si lega in Hegel alla nozione dei diritti della ragione, di una ragione immanente alle cose. Hegel in politica fu avversario dell'individualismo e lavorò ad accrescere la potenza dello Stato. Il Michel lo considera come uno dei capi della reazione contro le dottrine politiche del secolo XVIII. L'Hegel infatti, se loda Rousseau di aver posto la volontà alla radice dello Stato, gli rimprovera di aver inteso la volontà in senso individuale. Lo Stato per Hegel è logicamente anteriore all'individuo e ad esso superiore. Respinge lo stato di natura, il diritto naturale, il contratto sociale. Il diritto per Hegel non è un attributo della persona: è la volontà oggettiva superiore alle volontà individuali. Conformemente alla scuola storica, l'Hegel considera lo Stato un organismo e gli riconosce uno sviluppo organico. Infine contro i filosofi del secolo XVIII Hegel pensa che l'io non deve né può farsi centro, principio e fine delle cose. Ha ragione quindi il Michel di affermare che l'Hegel fu il precursore col Fichte di tutte le dottrine che riconobbero allo Stato una funzione sociale da compiere. Cfr. MICHEL, *L'idée de l'Etat* [cit.], Paris, Hachette, 1896, libro I, capo II, § 4.

razionale, poiché per l'Hegel socializzare significa razionalizzare. È notevole constatare come dal seno della scuola razionale si svolgesse una concezione del diritto e dello Stato che contrastava con quella kantiana e della scuola del diritto naturale ⁽⁵⁶⁾. Ma se nel kantismo e nell'hegelismo è comune il metodo variano le premesse. Centro del sistema kantiano è l'individuo e la sua personalità: la società e lo Stato sono concepiti contrattualmente ossia da un punto di vista individualistico. Nel sistema hegeliano l'idea universale che si afferma progressivamente sul particolarismo individuale costituisce il centro del sistema. Non l'individuo e l'esistenza individuale ma lo Stato, la società attuano l'idea, che rappresenta il regno della libertà e della verità. Hegel e Savigny pur lavorando in campi distinti avevano mantenuto un qualche contatto ideologico: ma questo si ruppe quando scomparso Hegel e venuta meno dopo il 1840 l'influenza del Savigny prevalsero nelle scienze giuridiche da un lato gli hegeliani puri dall'altro gli storici eruditi. L'ideale e il reale anziché mantenersi congiunti e identici come Hegel voleva si separarono e arginarono [= originarono] il contrasto tra diritto filosofico e diritto storico. Anziché conciliare i due indirizzi e coordinare l'indagine storica colla filosofia, secondo il concetto di Hegel, noi assistiamo a una lotta polemica infeconda tra i seguaci di Hegel e di Savigny intesa ad accentuare il distacco tra il diritto reale e positivo e il diritto ideale. Il giurista hegeliano Gans stabilisce un raffronto tra la scuola storica e l'hegelianismo per concludere che nonostante qualche rapporto tra il mito del Savigny della tradizione e il concetto della necessità e libertà di Hegel, la scuola storica persegue colle sue indagini le cause esteriori, temporali del diritto, non ne ricerca la necessità razionale ⁽⁵⁷⁾. Le dottrine

⁽⁵⁶⁾ Il CARLE (*Vita del diritto* [cit.], Torino, Bocca, 1890, 2^a ediz., p. 415), facendo dell'hegelianismo lo sviluppo ulteriore della scuola kantiana, ha di mira il metodo razionale adottato dai due indirizzi di pensiero. Ma se si astrae dal metodo seguito, lo spirito dell'hegelianismo è profondamente diverso da quello del kantismo.

Le conseguenze infatti dei due sistemi di pensiero in ordine al diritto e allo Stato risultarono profondamente diverse.

⁽⁵⁷⁾ Il GANS pubblicò un trattato sull'eredità (*Vom Erbrecht [= Das Erbrecht in Weltgeschichtlicher Entwicklung, eine Abhandlung der Universal Rechtsgeschichte,*

giuridiche del Gans si riconnettono direttamente con quelle dell'Hegel. Anch'egli identifica il diritto sociale col diritto razionale, e afferma che la socializzazione progressiva del diritto è l'essenza riposta della dottrina giuridica hegeliana. E il Gans nelle sue opere cercò di applicare i principi della filosofia giuridica dell'Hegel allo studio delle singole istituzioni di diritto privato. Così mentre il Thibaut aveva combattuto la scuola storica sul fondamento del kantismo ⁽⁵⁸⁾, il Gans la combatte in nome dell'hegelianismo. Ma se fu logico il Thibaut non lo fu ugualmente il Gans, il quale nella sua critica alla scuola storica elevava tra il diritto reale e razionale una barriera che non era nello spirito della filosofia hegeliana. Ciò fu rilevato dal Lassalle, il quale ispirandosi al profondo concetto di Hegel riassunse in un'unica concezione giuridica l'hegelianismo e lo storicismo.

3. Il Lassalle aveva perfetta conoscenza del movimento giuridico che metteva capo da un lato a Hegel dall'altro a Savigny ⁽⁵⁹⁾. Egli intuì la identità sostanziale dell'hegelianismo e dello storicismo, e deplorò il fatto dei filosofi del diritto da un lato, degli storici dall'altro di vivere vicini senza conoscersi. I filosofi del diritto non tenevano in alcun conto il diritto positivo, avevano in orrore la materia giuridica, credevano di poter conoscere il diritto indipendentemente dalla sua storia, intendevano la famiglia, la proprietà, l'eredità come categorie logiche, come forme vuote. In ciò interpretavano il pensiero del maestro

Berlin], 1824-1835) e un'opera sul fondamento del possesso (*Ueber die Grundlage des Besitzes*, [Berlin], 1839). L'ANDLER ne riassume il pensiero giuridico nell'*op. cit.*, libro I, capo I, § 3, pp. 47 e seg., traendolo dalla introduzione dell'*Erbrecht*.

⁽⁵⁸⁾ Nei «*Heidelberger Jahrbucher der Literatur*», 1813, n. 42. L'articolo è riprodotto in appendice dal suo libro, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts [für Deutschland]*, Heidelberg, 1814] (1815).

⁽⁵⁹⁾ Il LASSALLE è l'autore di una notevole opera di filosofia giuridica, intitolata *Das System der erworbenen Rechte*[: *eine Versöhnung des positiven Rechts und der Rechtsphilosophie*], Leipzig, 1861. Recentemente fu tradotta in francese sulla 2ª edizione tedesca (1880) con prefazione di C. ANDLER (Paris, Giard, 1904) in due volumi [col titolo *Théorie systématique des droits acquis, conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*]. Particolarmente importanti per noi sono la prefazione e il capo I, che serve di introduzione al volume I, ove l'A. pone i principi generali che seguì nell'opera sua e che noi riassumiamo in questo paragrafo.

per il quale lo scopo della filosofia è di approfondire le scienze empiriche, e l'opposizione tra diritto naturale e positivo non escludeva la conciliazione (60). Tutto il sistema di Hegel si fonda infatti sul principio dell'identità dei contrari. Dal canto loro gli storici eruditi non si occupavano che della materia giuridica, né pensavano a darle forme, unità, finalità. Bisogna, dice il Lassalle, unire insieme la materia e la forma, ossia gli storici coi filosofi del diritto. Occorre la minuzia del Savigny e la forza generalizzatrice degli hegeliani. Il Lassalle critica il metodo metafisico seguito dal Gans nello studio delle istituzioni giuridiche. Non si può studiare il diritto indipendentemente dalla sua storia. Spiegare le istituzioni del diritto deducendole da categorie astratte e generali quali la proprietà, l'eredità, il contratto, la famiglia è precludersi la via a intenderne il vero significato. Tali categorie astratte hanno un contenuto diverso secondo i tempi e nei diversi popoli: non possono raccogliersi in uno stesso genere (61). D'altra parte lo storicismo non potendo conciliare il diritto naturale deduttivamente stabilito col diritto positivo è portato a considerare le istituzioni come un'opera del caso. Per il Lassalle il diritto naturale è esso stesso un diritto storico: non è altro che il diritto positivo allo stato nascente (62). Ogni diritto positivo fu un giorno un diritto naturale che si è fissato in forme immobili e non più intelligibili alla coscienza giuridica modificata. Ora il metodo giuridico deve consistere nel cogliere l'idea concreta che vive nelle istituzioni giuridiche e per la quale queste poterono apparire come diritti naturali. Tale idea latente nelle

(60) Dice il LASSALLE nell'*Introduzione* citata che la filosofia del diritto di Hegel è un disegno logico di un'opera da compiersi, e che devesi eseguire il disegno facendo la filosofia del diritto privato. Ad eccezione del Gans, ciò fece nessuno prima di lui.

(61) Con frase efficace il LASSALLE (*op. cit.*, capo I, *Introduzione*) dice che le parole proprietà, eredità, ecc. sono buste vuote e il loro contenuto varia presso i Greci, i Romani e i Germani.

(62) Lo stesso concetto del diritto naturale fu accolto dallo JODL, *Del diritto naturale e del suo significato nel presente*, in « Rivista italiana di scienze sociali e politiche », Napoli, anno I (1895), fasc. I. Né ci sembra sia altra cosa il diritto potenziale dell'Ardigò. Cfr. BRUGI, *Il fattore psicologico del diritto naturale secondo l'Ardigò*, in « Rivista di filosofia e di scienze affini » (marzo-aprile 1905).

istituzioni deve ricercarsi nelle manifestazioni visibili del diritto, quali sono i testi e i riti: essa ne costituisce l'anima, la ragione che guida inconsciamente la volontà. È vero ciò che dice il Savigny che la forza creatrice del diritto è dapprima istintiva e incosciente, ma egli non vide che tale attività creatrice può essere logicamente ricostruita in base alle sue manifestazioni. Basta perciò che tale forza si sia completamente esplicitata, abbia dato tutti i suoi effetti, sia pervenuta a completo sviluppo. Il che in altre parole significa secondo il Lassalle che quando si comprende pienamente il diritto è imminente una rivoluzione giuridica. Per tal modo lo storicismo e l'hegelianismo hanno entrambi ragione, poiché ogni istituzione positiva è penetrata da una ragione relativa e caduca. Ciò che per Savigny era l'anima popolare e per l'Hegel l'idea, per il Lassalle è un'attività dapprima inconscia che tende a farsi personale e razionale. Il diritto è l'espressione codificata di questa volontà universale e intelligente: da essa derivano i diritti dell'individuo, il quale non può far suo che ciò che l'assenso di tutti inconscio prima conscio poi ha dichiarato essere il diritto. Non vi sono quindi diritti naturali eterni intangibili come pretendeva la scuola del diritto naturale. La coscienza pubblica può cambiare e con essa il nostro diritto. Valersi della volontà collettiva per acquistare un diritto e pretendere che questo diritto duri oltre l'assenso generale che lo consacra è contraddittorio. Sarebbe come piantare un palo nel suolo e pretendere che vi rimanga infisso quando il terreno circostante è rimosso in conseguenza di una rivoluzione geologica. Chi afferma che la proprietà e l'eredità sono eterne e inviolabili, dice il Lassalle, è in errore o è criminale, poiché mantenere ciò che la volontà sociale condanna è consacrare l'ingiustizia.

Nel concetto di Lassalle la storia è la progressiva realizzazione della libertà e della ragione fra gli uomini, ossia l'estensione progressiva del diritto e della libera solidarietà nei loro rapporti ⁽⁶³⁾. Nell'antichità e nel Medio[evo] la solidarietà era

⁽⁶³⁾ Il LASSALLE riassume l'attuazione progressiva della libertà nella storia nell'*Arbeiterprogramm* (1863), tradotto in italiano negli *Scritti di C. Marx - F. Engels - F. Lassalle*, pubblicati a cura del Ciccotti dall'ed. Mongini di Roma, 1899.

collaborazione forzata, la libertà era limitata a pochi privilegiati, ed era permessa colla schiavitù e col servaggio l'alienazione della volontà individuale. La Rivoluzione francese rese inalienabili la persona e i diritti inerenti alla persona: ma mantenne il diritto di alienare la proprietà materiale favorendo per tal via il monopolio. D'altra parte il nuovo diritto contrattuale consacrato nei codici permise di appropriarsi se non la persona i frutti del lavoro. Il regime nuovo che il Lassalle vagheggia deve consacrare la solidarietà nella libertà. Accrescere la libertà significa rendere inalienabili un numero sempre maggiore di diritti, ossia metterli in comune, poiché ciò che limita meno la libertà è la comunità. Se non si vuole che degli uomini i più sieno schiavi per mancanza di proprietà, i pochi sieno despoti perché soli hanno la proprietà, bisogna consacrare la comunione della proprietà materiale e del reddito corrispondente nonché il libero uso degli strumenti del lavoro. Ma a questo ideale di solidarietà e di libertà completa non si può arrivare che mediante lo Stato, organo visibile della coscienza popolare creatrice dei diritti, sintesi dell'individuo e della collettività. La borghesia odia lo Stato, ne vuole limitata la funzione a proteggere la proprietà, perché esso tende a spezzare il privilegio, ad allargare la solidarietà, a garantire la libertà di tutti. Nella esplicazione delle sue teorie il Lassalle non abbandona mai il terreno della storia, ma cerca di tradurne il progressivo sviluppo verso il regno della ragione e della libertà in forma hegeliana. Astraendo dalle conseguenze del suo sistema giuridico non vi è dubbio che le premesse di esso sono attinte dallo storicismo e dall'hegelianismo insieme associati. Lo Ihering generalizzando i risultati dell'indagine storica fu portato a una concezione sociale del diritto. Il Lassalle interpretando la storia al lume dell'hegelianismo superò lo Ihering ne' risultati: e se la sua dottrina oltreché un contenuto storico avesse avuto un serio contenuto economico esso avrebbe davvero meritato il nome di giurista del socialismo contemporaneo.

4. Il nome e la fama del Lassalle si lega soprattutto all'opera sui diritti acquisiti, opera che secondo noi ha un particolare valore in ordine alle vicende ideologiche del diritto privato nel secolo XIX. Le qualità di storico, di filosofo, di giurista in que-

st'opera si rivelano spiccate e in egual misura: in essa l'autore non si allontana dalla tradizione consacrata nel campo del diritto dal Savigny e dall'Hegel. L'originalità di Lassalle consiste nell'aver ravvicinato il diritto storico e il diritto filosofico, nell'aver contemplato le istituzioni del diritto privato al lume della filosofia hegeliana e del metodo storico. Per ciò che riguarda la proprietà Lassalle fonde insieme la soluzione della scuola hegeliana e quella della scuola storica. È noto che Hegel aveva considerato la proprietà come la necessaria espressione della personalità e del volere, e il possesso come la proprietà visibile: esso sta alla proprietà come l'accidente alla sostanza. Anche per Hegel la proprietà come la persona e il lavoro è individuale e disuguale. Ma appunto perché inerente alla persona, e frutto dell'attività individuale, nessuno può secondo Hegel esser privo di proprietà, nessuno può appropriarsi dei frutti del lavoro altrui. Fin qui l'Hegel non aveva detto nulla di più di quanto i giusnaturalisti avevano affermato. Ma l'Hegel non si ferma qui, non isola l'individuo e la sua proprietà dallo Stato, non riduce questo alle semplici funzioni di protezione, ma vuole che personalità e proprietà individuale sieno subordinate alla personalità collettiva rappresentata dallo Stato. E come questo può pretendere dagli individui il sacrificio della vita, a maggior ragione potrà pretendere il sacrificio della proprietà. In ultima analisi nella concezione dell'Hegel lo Stato è arbitro della proprietà individuale, e la proprietà collettiva è affermata superiore alla proprietà individuale ⁽⁶⁴⁾. Dal canto suo il Savigny aveva derivato la proprietà non dal principio astratto della personalità, non dal volere individuale, ma dal fatto del possesso. Il possesso riconosciuto e sanzionato dalla legge in vista soprattutto di impedire lesioni alla persona diventa proprietà. Il possesso è il fondamento della proprietà, non ne è, come per l'Hegel, l'elemento visibile e accessorio ⁽⁶⁵⁾. Tutta la questione in ordine alla proprietà si riduceva a questo: che per Hegel la proprietà è un diritto naturale, per il Savigny è un diritto acquisito. Nelle conseguenze pratiche

⁽⁶⁴⁾ Cfr. HEGEL, *Philosophie des Rechts*, par. 42 e seg.

⁽⁶⁵⁾ Per ciò che riguarda la teorica della proprietà secondo il Savigny, si può consultare il fedele riassunto che ne fa l'ANDLER, *op. cit.*

concordavano in quantoché entrambi non riconoscono il diritto illimitato di proprietà all'individuo, ma lo sottopongono alle finalità dello Stato. Ciò è evidente nella dottrina dell'Hegel: ma anche la teoria del Savigny apriva la via alla socializzazione del diritto di proprietà. Se invero il fatto stabilito e sanzionato crea il diritto, nulla vieta che fatti nuovi sopravvenendo rendano necessario ad impedire la privata violenza una diversa costituzione della proprietà. Come fu legittimata l'usurpazione individuale così potrà legittimarsi l'usurpazione da parte dello Stato. Il Lassalle vide la identità fondamentale delle due soluzioni e cercò risalire alle sorgenti stesse della controversia facendo rientrare la questione della proprietà in quella più larga e generale dell'esistenza o meno di diritti naturali o acquisiti. Ora i due termini, fatto e personalità, lungi dall'escludersi si richiamano. Né la personalità astratta, né il fatto per se solo generano il diritto, ma occorre un rapporto che si stabilisce tra la persona e la cosa. Il possesso nasce appunto dall'unione di una cosa e di una personalità. Se questa unione esiste di fatto non importano le cause: il vincolo giuridico è sorto, poiché il volere anche non fondato necessita quel minimo di protezione che sottrae l'individuo alla privata violenza. Il diritto pertanto secondo il Lassalle, suppone sempre un volere libero che si manifesta per mezzo di atti. Anche quando i diritti sembrano nascere da fatti materiali essi risultano da una volontà libera che si presuppone anche non espressa. D'altra parte per la necessaria armonia rilevata dall'Hegel che deve esistere tra il volere individuale (libertà) e il volere collettivo (legge) non si acquistano diritti se non nella misura in cui le leggi esistenti lo permettono. Epperò il Lassalle finisce per concordare col Savigny nel ritenere che tutti i diritti sono acquisiti, la proprietà non esclusa ⁽⁶⁶⁾. Notevole sotto ogni aspetto è l'affermazione del Lassalle che l'evoluzione del diritto attraverso la storia rappresenta una limitazione sempre maggiore della proprietà privata. Chiunque, egli afferma, vorrà scri-

⁽⁶⁶⁾ Le idee del LASSALLE intorno alla proprietà e ai diritti naturali ed acquisiti sono qua e là disseminate nella sua opera sui *Diritti acquisiti*, la quale fu molto citata ma poco letta. Forse la traduzione francese gioverà a far meglio conoscere il Lassalle e i suoi rapporti colla scuola storica e hegeliana.

vere la storia della evoluzione storica del diritto dovrà fondarsi su questa idea direttiva ⁽⁶⁷⁾. A misura che vien meno l'arbitrio e si svolge la libertà, si restringe la sfera della proprietà privata. La libertà giuridica non esiste finché la volontà umana può anche solo parzialmente alienarsi, ed è esposta all'altrui arbitrio. Negli inizi della umanità noi vediamo l'arbitrio dell'uomo non conoscere limiti: la proprietà si estende alla persona e si consacra la schiavitù che è un *jus in persona* e non *in re*. Col servaggio la proprietà cessa di esercitarsi sulla vita della persona e si esercita sui prodotti del lavoro, trasformandosi in un diritto di utilizzare la forza di lavoro altrui fino alla morte. In seguito il diritto di proprietà sull'intero prodotto del lavoro si trasforma colle *corvate* in diritto di proprietà sopra una parte determinata del lavoro altrui. La Rivoluzione francese abolisce ogni forma di proprietà privata che ha per oggetto la volontà umana. Rimase lo sfruttamento indiretto dell'uomo. La libera attività e l'esercizio della forza produttiva degli individui è ancora oggi esclusiva proprietà privata del proprietario della materia prima e del capitale, per cui la libertà di fatto dei lavoratori è impedita. La libertà piena e assoluta sarà possibile coll'abolizione completa della proprietà individuale. L'idea di libertà e quella di collettività si identificano, poiché la collettività non è che la realizzazione dell'idea di libertà ⁽⁶⁸⁾. Non sfuggirà ad alcuno l'influenza della dottrina di Hegel sulla libertà e sullo Stato in queste affermazioni di Lassalle. Accrescere la libertà ossia i nostri diritti individuali significa restringere il dominio o la sfera del volere esclusivo di altri. Ogni possesso privato che si conserva è un privilegio mantenuto.

5. Alla questione dell'eredità il Lassalle consacra tutto il secondo volume dell'opera sua. Il Lassalle ha scelto tra le istituzioni del diritto privato l'eredità per saggiare la bontà de' suoi principi e de' suoi metodi. Egli studiò l'eredità nelle forme storiche che assunse presso i Romani e i Germani. Il diritto romano

⁽⁶⁷⁾ LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis*, Paris, Giard, 1904, vol. I, p. 274 nota 2.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. LASSALLE, *op. cit.*, pp. 224 e *passim*.

isolando giuridicamente l'individuo dallo Stato ha secondo il Lassalle soprattutto sviluppato il diritto individuale, e non tenne alcun conto della solidarietà sociale. D'altro canto i Germani sentirono vivamente lo spirito familiare. L'evoluzione giuridica secondo il Lassalle tende a riassumere nel concetto più vasto di società i minori concetti di famiglia e di individuo. Ognun vede che qui il Lassalle mira a conciliare su un più vasto campo romanisti e germanisti, Hegel che nella sua filosofia giuridica riflette lo spirito germanico con Savigny, rappresentante della tradizione romana. Il Lassalle scelse a illustrare il suo concetto l'istituto della eredità sia perché in questa parte del diritto privato più spiccate appaiono le differenze tra diritto romano e germanico, sia perché la questione dell'eredità era stata, più dibattuta in quell'epoca da parte dei Sansimonisti ⁽⁶⁹⁾, e degli hegeliani ⁽⁷⁰⁾. Il Lassalle fa la storia del diritto ereditario in Roma per concludere che l'eredità romana non è che la volontà del defunto codificata nel testamento. La volontà sopravvive all'individuo incorporata nella volontà di un vivente. Presso i Romani il diritto di successione significa essenzialmente il diritto di perpetuare la volontà dell'individuo, e l'erede era obbligato a identificarsi colla personalità del defunto. La successione testamentaria fu la successione romana per eccellenza e solo più tardi e a malincuore i Romani sotto la pressione di bisogni economici e di esigenze pratiche accolsero la successione *ab intestato* fondandola sulla presunta volontà del defunto ⁽⁷¹⁾. I Germani invece non conobbero dapprima successione testamentaria: presso di essi la successione per eccellenza era quella *ab intestato*, e ciò si comprende pensando che presso i Germani la personalità giuridica vera è la famiglia e non l'individuo. L'antica massima di diritto: « *le mort saisit le vif* », che tradotta in latino suona: « *mortuus aperit oculos viventis* », è l'espressione dell'idea che l'eredità si trasmette *ipso jure*, immediatamente e senza alcun interme-

⁽⁶⁹⁾ Per i sansimonisti l'abolizione dell'eredità costituiva una parte essenziale delle riforme giuridiche dell'avvenire.

⁽⁷⁰⁾ Già ricordammo il Gans, autore di un ampio trattato sul diritto ereditario.

⁽⁷¹⁾ Cfr. LASSALLE, *op. cit.*, vol. II, nonché la prefazione all'opera stessa dell'Andler.

diario all'erede in conseguenza della morte del *de cuius*. Questa massima formava la base del diritto germanico. Presso i Germani il diritto di successione è il diritto proprio e autonomo del membro della famiglia, è un diritto non alla continuazione della volontà ma al patrimonio familiare, il diritto a rivendicare nella fortuna collettiva della famiglia la parte che spetta all'individuo come componente di essa. Il diritto di proprietà devoluto all'erede non è costituito dalla volontà del *de cuius* e neppure nasce alla morte di questi: esso è un diritto acquisito all'erede dalla sua nascita, e la morte del *de cuius* è condizione alla sua attuazione. L'erede acquista la libera disposizione di ciò che già possedeva (72).

Di fronte a queste due concezioni così diverse del diritto ereditario, la romana e la germanica, l'Hegel si era pronunciato in favore della concezione germanica. Egli si dichiara contrario alla successione testamentaria, poiché il libero arbitrio del defunto non può essere eretto a principio del diritto di testare. Il diritto successorio romano che su tale principio si fonda è per Hegel una immoralità e può paragonarsi al diritto di vendita che il padre ha sui figli. Si comprende come Hegel erigesse l'idea del diritto *ab intestato* germanico in idea del diritto successorio in generale (73). Il Lassalle critica la soluzione hegeliana e il suo spirito antiromanistico (74): d'altra parte non risparmia coloro che fanno del testamento una istituzione di diritto naturale (75). Secondo il Lassalle il diritto moderno tende a conciliare il diritto di disporre per testamento secondo la tradizione romana e il diritto germanico della famiglia in un più ampio diritto che è quello della società (76). Il diritto successorio tende a divenire

(72) Cfr. LASSALLE, *op. cit.*, vol. II, capo II, pp. 642 e seg.

(73) Cfr. HEGEL, *Filosofia del diritto*, ediz. italiana, 1848, § 177. Hegel spiega il testamento facendone una imitazione e una copia dell'idea di famiglia naturale. Le opinioni di Hegel in materia successoria sono condivise dallo STAHL, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, [Heidelberg, 1830-1837], II, pp. 255-261.

(74) Cfr. LASSALLE, *op. cit.*, vol. II, capo II, p. 657.

(75) *Ibid.*, vol. II, capo II, pp. 666 e seg.

(76) Curioso è il parallelo finale che LASSALLE stabilisce tra la teoria successoria di Hegel e quella di Leibnitz. Questi la espone nell'opera: *Nova Methodus*

istituzione di Stato e verrà tempo in cui la società stessa provvederà all'assegnazione dei beni ereditari: allora avremo la socializzazione dell'eredità. Anche per questa parte il Lassalle movendo da Hegel lo superava e lo integrava.

6. Un posto notevole occupa nel sistema giuridico di Lassalle la teoria dell'errore giuridico, la quale trova nel campo delle obbligazioni importanti applicazioni (77). I fatti giuridicamente illegittimi hanno per Lassalle origine in un vizio del volere. Ogni qualvolta l'atto col quale si estrinseca il diritto non è espressione di un volere libero, ossia di una conoscenza perfetta (non distinguendo gli hegeliani il pensiero dal volere) esso non ha valore giuridico e si può annullare. L'ingiustizia secondo il Lassalle è la conseguenza di un errore. Egli assorge a una legge generale secondo cui havvi all'origine del diritto un errore che progressivamente si corregge; tale errore consiste nel disconoscimento della personalità: a misura che questa è riconosciuta e rispettata la sfera dell'errore giuridico si restringe fino a ridursi a zero a evoluzione giuridica compiuta. Tale concetto concorda sostanzialmente con quello del Savigny, secondo cui vi è al fondo del diritto un fatto di violenza o di usurpazione che il tempo corregge e legittima. L'errore sotto tutte le sue forme è la negazione del diritto perché questo è legato all'affermazione esteriore di ciò che costituisce la nostra natura intima e razionale. La storia del regime contrattuale è la storia dell'errore giuridico. La schiavitù, il servaggio sono la conseguenza dell'errore sulla nozione stessa della personalità umana. Né può dirsi che oggi sia totalmente scomparso l'errore per l'affermazione del principio della libertà contrattuale. Astraendo dai casi di violenza e di dolo i nostri codici non tengono conto che dell'errore che cade

[*discendae docendaeque*] *Jurisprud[entiae]* (1667) (ed. 1748, *pars specialis*, § 20, p. 43), e vuol essere una giustificazione del diritto di testare. Ora questo diritto suppone secondo il Leibniz la credenza nella immortalità dell'anima. « *Testamenta vero [mero] jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis* ».

(77) La teoria dell'errore giuridico non è trattata a parte dal Lassalle nell'opera sua: ma è facile ricostruirla sulla base delle numerose affermazioni dell'A. al riguardo. Cfr. ANDLER, *op. cit.*, libro I, capo I, § 4.

sull'essenza e per estensione sulle qualità essenziali delle cose. Ciò dipende, osserva acutamente il Lassalle, perché [*sic*] le legislazioni ritardano sullo sviluppo economico: esse non vedono negli oggetti che il valore di uso, l'utilità e trascurano affatto quello che gli economisti chiamano il valore di cambio, il quale non ha nulla a che fare con l'utilità della cosa, e ha piuttosto di mira il valore della medesima. All'epoca nostra i valori di cambio per l'aumentato credito, per la complicata produzione, costituiscono la sostanza delle cose mentre l'utilità l'elemento accidentale. È necessario dunque modificare le nostre tradizionali vedute sull'errore giuridico e annullare i contratti ogni qualvolta risulta evidente l'errore non solo sulla sostanza e utilità della cosa, ma soprattutto sul valore della medesima. Occorre sviluppare il principio di giustizia che è insito nell'istituto romano della rescissione per lesione e assimilare nelle conseguenze giuridiche l'errore sul prezzo, la vendita forzata al di sotto del giusto prezzo all'errore *in corpore* e al dolo. L'errore, osserva il Lassalle, si insinua in mille forme nei contratti odierni. In materia contrattuale la mala fede è divenuta oramai la regola, la buona fede l'eccezione. Per una coazione morale e per un dolo permanente i contratti stipulano che una parte del guadagno, legittimamente dovuto ai lavoratori, debba appartenere ai padroni. Ogni valore dipende dal capriccio individuale. La conclusione a cui il Lassalle arriva è la necessità di abolire gli ultimi privilegi che sono il suolo e il capitale a mano dei privati. La trasformazione economica e giuridica odierna rende necessaria una trasformazione della proprietà e dei rapporti contrattuali. Oggetto di proprietà e di contrattazione non possono più essere oggidi la terra e gli strumenti del lavoro, ma solo i prodotti del lavoro. La socializzazione degli ultimi privilegi è condizione per l'affermazione completa della libertà individuale. Le tradizionali categorie di proprietà, eredità, contratto rimangono nella forma astratta indicata dai filosofi del diritto, ma il loro contenuto si trasforma coi tempi secondo l'insegnamento della scuola storica (78).

(78) L'ANDLER (*op. cit.*, libro I, capo I, § 5) tratta dello sviluppo che la dottrina giuridica del Lassalle intorno alla proprietà e all'errore ebbe per opera del

7. Il Lassalle avvertì l'ostacolo che poteva derivare ad una radicale trasformazione del diritto privato dal principio della irretroattività della legge consacrato dalla tradizione giuridica e dai codici sulla base dei principi della scuola del diritto naturale. La Rivoluzione francese aveva scritto tra i diritti dell'uomo il principio della assoluta irretroattività, l'aveva ripetuto nel suo codice, e lo considerava non di diritto positivo ma di diritto naturale. E veramente il dogma della irretroattività era l'espressione dell'individualismo del secolo XVIII. La retroattività implicava violazione della libertà individuale, né poteva la legge riformare e annientare un volere anteriore. Era da aspettarsi che il Savigny dovesse combattere la soluzione che la scuola del diritto naturale aveva dato della questione della retroattività della legge. Giustamente rilevò che il principio della non retroattività non può assumersi a regola o a principio generale, e che esso non ha senso per tutte quelle leggi che non contestano diritti dell'uomo, ma aboliscono un diritto a vantaggio della collettività. Per aprirsi la via ad una ragionevole soluzione il Savigny distinse le leggi che riguardano l'esistenza dei diritti, da quelle che regolano l'acquisto di un diritto. Le prime toccano il contenuto, l'essenza stessa del diritto, ossia sanciscono che una istituzione è o non è, è tale o non è tale, abolisce o istituisce un diritto o una classe di diritti. In tal caso la legge è retroattiva. L'esistenza dei diritti sarebbe, secondo il Savigny, in questione quando una legge ha fini politici, morali o economici, quando insomma è di diritto pubblico. Riconosceva però il Savigny un diritto di indennità in chi era da una legge nuova privato de' suoi diritti. Ma quando la legge nuova lascia intatto il diritto e solo modifica il modo di acquisto, la modificazione non infirma la validità degli atti conchiusi validamente secondo la legge antica. La scuola storica per opera del Savigny scuoteva il principio della assoluta irretroattività, ma non risolveva la questione, poiché distinguere non significava ancora seguire il principio su cui fondare la retroattività. Questo cercò di fare il Lassalle sulla scorta

Rodbertus. Questi aveva ideato un trattato sulla proprietà, ma non lo scrisse. Ad ogni modo, le dottrine del Rodbertus implicano una concezione giuridica che si collega con quella del Lassalle.

dell'Hegel. Il Lassalle tratta ampiamente la questione, e sottopone a una critica acuta la soluzione dei giusnaturalisti seguita dal Codice francese, e la soluzione empirica del Savigny ⁽⁷⁹⁾. La questione della retroattività rispondeva all'idea fondamentale dell'opera sua che era di trovare modo di trasformare un regime giuridico antico in un nuovo regime rispondente ai tempi. Giustamente accenna alla reazione che contro il principio della irretroattività era sorta in Germania, determinata da una più rigorosa concezione dell'idea di Stato, e nella necessità di studiare il diritto privato nei suoi rapporti colla vita politica. E a questo riguardo opportunamente il Lassalle afferma che il diritto privato non deve considerarsi un regno privilegiato al coperto dalle tempeste e dalle passioni della vita pubblica. Ciò premesso vediamo la soluzione che il Lassalle diede alla questione ⁽⁸⁰⁾. Conformemente alle dottrine hegeliane il Lassalle riconduce il concetto di retroattività al concetto di libertà individuale. Egli riconosce che la retroattività per se stessa è un attentato alla libertà e alla responsabilità dell'uomo in quanto una legge retroattiva attribuisce all'individuo intenzioni diverse dalle sue e viola la volontà legalmente manifestata. Ma tutto ciò, dice il Lassalle, vale finché siamo nel campo degli atti volontari, di diritti che l'uomo tiene da sé, dalla sua personalità, e sono l'espressione della volontà individuale. Ma conformemente alle dottrine di Hegel l'individuo e la sua volontà rientrano in una personalità e volontà più ampia che è quella dello Stato. Una serie di diritti sono concessi all'individuo dalla legge, e tali diritti scompaiono con la legge che li concede. La legge riflette la coscienza giuridica di tutta la nazione, e l'individuo non può accampare diritti acquisiti, ossia diritti che rispondono a una coscienza giuridica superata e condannata. Ora in ordine ai diritti all'acquisto dei quali l'individuo non ha parte, il Lassalle distingue seguendo

⁽⁷⁹⁾ LASSALLE, *op. cit.*, vol. I, parte I. Tutta questa prima parte è dedicata alla questione della retroattività. Quivi sono esposte e ampiamente criticate le teorie al riguardo della scuola del diritto naturale e del Savigny. Vedi in particolare l'Introduzione a questa prima parte, pp. [19-64], per le vicende storiche della teoria.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. LASSALLE, *op. cit.*, vol. I, parte I, capo II e seg.

sostanzialmente il criterio del Savigny. Se la legge nuova abolisce un diritto, ossia dichiara che certi oggetti non possano più entrare a far parte del patrimonio privato, tale legge è necessariamente retroattiva. Si tratta qui di un diritto che l'individuo tiene dalla legge, e dura finché la legge lo consente. Se la legge nuova non abolisce il diritto, ma solo ne muta la forma, il titolo, il modo d'acquisto, tale legge sarà retroattiva solo nel caso che la forma nuova sia imposta a tutti per provocare una manifestazione nuova delle volontà antiche ⁽⁸¹⁾. Il pensiero fondamentale del Lassalle si riassume in questa proposizione: dal momento che l'individuo acquista il diritto in virtù della legge, espressione della coscienza collettiva, il godimento e l'esercizio del diritto è condizionato alla esistenza della legge: se questa vien meno, vien meno il diritto. Né può parlarsi di indennità nel caso di leggi nuove che aboliscono diritti considerati dalla nuova coscienza giuridica privilegi ingiusti. Nell'eventualità, certa secondo il Lassalle, che il progresso giuridico porti all'abolizione degli ultimi privilegi rispettati dalla Rivoluzione francese, la proprietà del suolo e del capitale, nessuna indennità sarebbe dovuta agli espropriati. Tale conclusione il Lassalle traeva dalle dottrine della scuola storica e della scuola hegeliana secondo cui fonte del diritto è la coscienza collettiva che si evolve e si concreta temporaneamente ma non definitivamente nella legge.

Concludendo sembra a noi che il Lassalle meriti un posto speciale in quella corrente ideologica che da principio del secolo XIX tende a trasformare radicalmente il diritto privato se non nel senso strettamente socialista nel senso sociale. Il Lassalle non è un solitario ma un continuatore del movimento di idee iniziato dal Savigny e da Hegel nel campo del diritto privato. L'importanza del Lassalle in ordine al diritto privato non fu rilevata neppure dai socialisti ⁽⁸²⁾: eppure questi avrebbero

⁽⁸¹⁾ Anche lo Stahl (citato dal LASSALLE, *op. cit.*) concorda sostanzialmente col Lassalle quando osserva che noi non abbiamo competenza per giudicare del passato, ma il passato non ha autorità da imporci le sue credenze giuridiche e farci pagare i suoi errori.

⁽⁸²⁾ Vedremo come i molti che scrissero di socialismo giuridico non ricordano il Lassalle come un precursore, e mostrano perfino di ignorarne le dottrine.

potuto trovare nel Lassalle la soluzione giuridica della questione sociale. Ma sappiamo che per molto tempo i socialisti si perdettero dietro Marx e tutto attesero da trasformazioni economiche e catastrofiche. Il Lassalle che si mantenne fedele alle gloriose tradizioni giuridiche della scuola storica e razionale non poteva essere né compreso né apprezzato dai novatori. Ma a misura che si sentirà il bisogno di trasformare i problemi economici in problemi giuridici, a misura che il materialismo storico ed economico cederà nuovamente il passo a concezioni razionali della vita e della società, il Lassalle ritornerà in onore e sarà considerato il fondatore del socialismo giuridico accanto al Marx che fu il fondatore del socialismo economico.

C) POSITIVISMO E DIRITTO PRIVATO.

1. Concezione positiva del diritto, dello Stato, della società. — 2. Positivism, evolucionismo, materialismo e il rapporto tra individuo e società. — 3. L'indirizzo biologico e materialistico nel diritto privato. — 4. Antropologia e diritto privato. — 5. Critica dell'indirizzo biologico e (l')interpretazione psicologica del diritto privato.

1. Il secolo XIX vide sorgere nel campo delle scienze morali e più particolarmente giuridiche e sociali l'indirizzo positivo che colla scuola storica e coll'hegelianismo suscitò una corrente di pensiero contraria all'individualismo del codice e che si tradusse in un movimento di critica e di riforma del diritto privato. Il positivismo intese all'unità del metodo e del sapere: epperò si presenta a noi sotto un duplice aspetto come riforma metodica, come concezione monistica e naturalistica del mondo e della società. Come metodo, il positivismo estese alle scienze morali e sociali i processi logici che erano da Bacone in poi in uso nelle scienze della natura. L'applicazione dell'osservazione e dell'esperienza alle scienze morali fu propugnata particolarmente dal Comte ed ebbe per risultato di studiare il diritto, la società, lo Stato alla stregua dei fatti naturali per assorgere alle leggi che li regolano. L'unità del metodo dischiuse la via al monismo naturalistico e al materialismo. A ciò più che il Comte contribuirono altre correnti di pensiero come il darwinismo, l'evoluzionismo, il materialismo, le quali traevano tutte origine dalle scienze fisiche e naturali e da queste penetrarono nelle scienze morali. Distrutto il dualismo tradizionale tra anima e corpo, tra l'animale e l'uomo, tra prodotti fisici e i processi spirituali, tra la natura e la società, noi assistiamo nella seconda metà del secolo XIX per opera dell'evoluzionismo in Inghilterra, per opera del materialismo in Germania all'audace e fortunato tentativo di ricostruire l'uomo e la società umana sulla base dei risultati conseguiti dalle scienze fisiche e naturali, e di assorgere a una sintesi naturalistica del sapere, a una concezione materialistica della vita individuale e collettiva. Era facile prevedere le conseguenze

che da questa concezione naturalistica dovevano derivare in ordine alla natura del diritto. Conformemente al canone positivista noi vediamo il diritto trasformarsi da un concetto razionale, o da un prodotto storico in un fatto naturale da studiarsi nei limiti dell'esperienza. Lungi dall'essere l'espressione dell'attività volitiva e riflessa dell'uomo, lungi dall'essere un prodotto storico in cui la natura psicologica dell'uomo si riflette il diritto diventa un fatto naturale, evolutivo, necessario, ha come i prodotti della natura una origine, uno sviluppo affatto indipendente dall'opera e dalla coscienza dell'uomo e del legislatore, è sottoposto alle stesse leggi che regolano la formazione dei fatti esterni. Si comprende allora come la ricerca positiva in ordine al diritto si svolgesse soprattutto nel campo delle origini, cioè nel periodo in cui minore è l'influenza del fattore psicologico e prevalgono le influenze naturali. L'idea del giusto si svolge dalle leggi biologiche, la giustizia umana è uno sviluppo della giustizia [

], e la formola della giustizia deriva dalle leggi generali della vita e da quelle più speciali della vita dell'associazione. Riappare con lo Spencer il concetto di diritto di natura in veste biologica. Conseguenze ultime dell'indirizzo positivo nella sua forma estrema del materialismo, fu[rono] l'indifferenza verso i problemi deontologici, il determinismo desolante elevato a legge generale dell'evoluzione giuridica, la necessità oggettiva sostituita all'azione riflessa e riformatrice della ragione e della storia, l'abbandono di ogni idealità, la condanna di ogni attività cosciente, l'esaltazione delle forze cieche, istintive, brutali. Noi dovevamo assistere per opera dell'indirizzo materialistico al trionfo della materia sullo spirito, all'asservimento della ragione alla natura. L'uomo non è più arbitro di sé e de' suoi destini: è dichiarato impotente a regolare la condotta, ogni suo sforzo deve essere diretto a comprendere la natura per affidarsi alle sue leggi fatali e provvidenziali. Per la prima volta nella storia del pensiero vediamo il materialismo tradurre i suoi principi in leggi e istituzioni, farsi regolatore incontrastato della vita individuale e collettiva, fornire la prova eloquente della sua potenzialità.

Il positivismo fu il maggior avversario dell'individualità. Non comprendendo dell'uomo l'attività psicologica o non apprezzandola al suo giusto valore, il positivismo era portato a fare del-

l'uomo un anello della lunga catena degli esseri: la supremazia dell'uomo fu ridotta a una supremazia di struttura e di grado, non di natura. Data tale premessa, come il positivismo spiegava l'evoluzione della specie umana? Il progresso umano non potendo essere opera dell'individuo, debole e impotente di fronte alle forze naturali, doveva essere l'opera della società. Il concetto di società e di Stato avevano tutto da guadagnare da un movimento di idee tendente ad abbassare l'uomo e la sua individualità. Non è senza significato il fatto che il sorgere e l'affermarsi del positivismo coincide col sorgere e l'affermarsi della sociologia. Il fondatore della sociologia, il Comte, fu il fondatore del positivismo e nello stesso tempo escludeva dal novero delle scienze la psicologia. La scuola del diritto naturale aveva esaltato l'individuo e ridotto al minimo l'azione della collettività e dello Stato. Il positivismo degradando l'uomo favoriva l'azione collettiva. La vita sociale rifletteva per tal modo la vita della natura, la quale è vita d'insieme e non conosce l'azione isolata e cosciente dei singoli esseri che la costituiscono. La coscienza individuale, così nella natura come nella società concepita dai positivisti, non avrebbe che disturbato la regolarità della vita collettiva e ostacolato la determinazione delle leggi di sviluppo. Per noi la sociologia fu la conseguenza del positivismo e dell'influenza delle scienze naturali. Tolto di mezzo l'individuo e la sua azione individuale era più facile rilevare l'azione delle collettività. La vita sociale venne a distinguersi dalla vita storica, che si riduceva a una serie di fatti individuali legati tra loro da un nesso essenzialmente temporale. La società costituisce invece una unità organica avente una vita d'insieme, ossia una vita di relazione fra le sue diverse parti come la natura, e non solo una vita di successione come vide la scuola storica. Di fronte a tale concezione della vita sociale perdeva valore lo studio isolato dei fatti nuovi e acquistava particolare importanza il loro studio in correlazione con altri aspetti della vita sociale. Ne risultò quella che il Vanni chiamò opportunamente esigenza sociologica ⁽⁸³⁾,

⁽⁸³⁾ Cfr. VANNI, *Lezioni cit.*, p. 32. I concetti quivi accennati sono più ampiamente dal VANNI svolti nel suo notevole saggio: *Prime linee di un programma critico di sociologia* (in volume di *Saggi citato*, pp. 419-560).

per cui il diritto e lo Stato non dovevano più studiarsi isolatamente ma in rapporto con gli altri aspetti della vita sociale. Tale esigenza sociologica doveva manifestarsi soprattutto necessaria in ordine al diritto, il quale era destinato a garantire le condizioni indispensabili della vita in comune. Il fenomeno giuridico doveva essere compreso e spiegato in funzione di tutta la vita sociale. Il pericolo che poteva derivare da una esagerazione del criterio e dell'esigenza sociologica era che il diritto era minacciato nella sua indipendenza, poteva esser subordinato ad altri aspetti della vita sociale, soprattutto all'aspetto economico, o quanto meno non venire studiato ne' suoi caratteri specifici. E invero noi assistiamo per opera del materialismo sociologico ad un assorbimento delle singole scienze sociali nella sociologia, del diritto nel fatto sociale. Non solo il criterio sociologico finì per acquistare una importanza eccessiva nella valutazione degli istituti di diritto pubblico e privato, ma ancora il criterio dinamico ed evolutivo. Il movimento era l'idea unitaria e direttiva nelle scienze fisiche e naturali. Al movimento si riconducevano tutti i fenomeni della natura inorganica e organica: ad esso si cercò ricondurre dal materialismo i fatti della vita psicologica e della vita sociale. Lo Spencer faceva del movimento l'idea fondamentale e direttiva del suo sistema filosofico. Applicato alle istituzioni giuridiche, il criterio dinamico implicava la condanna della immobilità e la necessità della trasformazione.

E col diritto e la società assumeva col positivismo valore e significato nuovo il concetto dello Stato. Lo Stato divenne la forza posta a servizio non solo di fini individuali e politici, ma soprattutto sociali. Il concetto di società si svolgeva a danno dell'individuo ma a vantaggio dello Stato, il quale era destinato a organizzare la complessa vita sociale, a dare ad essa ordine in vista delle sue proprie finalità. Lo Stato veniva così radicalmente a mutare le sue funzioni. Esso non serve più solo agli scopi individuali: non trovasi più solo di fronte all'individuo che afferma se stesso e i suoi naturali diritti. Un nuovo termine si intromette tra individuo e Stato, la società, e questa ha personalità e fini propri che assorbono i fini individuali. Lo Stato deve soprattutto servire ai fini sociali, diventa l'organo della società al [*sic*] conseguimento di fini sociali. Non furono abbastanza rilevate le con-

sequenze che derivarono al diritto privato dal penetrare nella vita giuridica del concetto di società, soprattutto nel significato che questo concetto assumeva presso i positivisti. Le conseguenze furono soprattutto gravi per le legislazioni civili, il cui spirito era profondamente diverso dal nuovo indirizzo di pensiero positivo e sociologico.

2. Ma prima di procedere oltre conviene risolvere la questione preliminare dei rapporti del positivismo, dell'evoluzionismo, del materialismo col socialismo. La questione è tutt'altro che oziosa per il nostro argomento. Noi vediamo invocate le premesse biologiche e positive pro e contro il socialismo, pro e contro l'individualismo: noi vedremo le premesse della scuola positiva invocate per una trasformazione in senso sociale del diritto privato. La questione deve risolversi sul terreno dei principi, distinguendo i diversi indirizzi del positivismo, non confondendoli a scopo partigiano, evitando soprattutto le arbitrarie e comode derivazioni, le artificiose conciliazioni aventi per iscopo di nascondere l'incoerenza sostanziale tra il pensiero e l'azione. Pare a noi si debba distinguere il positivismo nella forma che assunse nell'opera filosofica del Comte, dall'evoluzionismo spenceriano e dal materialismo tedesco. Per quanto sotto l'espressione generica di indirizzo positivo si comprenda spesso tutto quel movimento di idee che si svolse nel secolo XIX sulla base dei risultati delle scienze in opposizione all'indirizzo metafisico e razionale precedente, noi non crediamo che l'indirizzo del Comte, dello Spencer, del Büchner, per accennare a tre più autorevoli rappresentanti, sieno sulla stessa linea: rappresentano tre correnti di pensiero positivo che procedono distinte e parallele; esse diversificano nelle premesse e nelle conclusioni, rispondono ad attitudini mentali diverse, per quanto possano considerarsi come tutte rispondenti in forma diversa alla stessa tendenza e agli stessi bisogni dell'epoca: soprattutto ebbero valore e significato diverso nei rapporti col socialismo. Il positivismo del Comte è psicologico, quello dello Spencer è biologico, quello del Büchner è metafisico.

Il Comte considera l'umanità e la società come unica realtà, l'individuo una astrazione. Egli intese l'evoluzione sociale da un punto di vista psicologico per quanto unilaterale, cioè dal punto

di vista intellettuale. È vero ch'egli escluse la psicologia dal novero delle scienze, ma tale esclusione si riferiva alla psicologia individuale, mentre riconosceva una intelligenza e coscienza collettiva generatrice della vita sociale. Bene osserva il Vanni ⁽⁸⁴⁾ che il tentativo di una spiegazione monistica della vita e della evoluzione sociale ebbe direzione e carattere intellettualista, in quanto considera come preponderante e determinante tutta la evoluzione sociale il fattore intellettuale, ossia lo sviluppo delle credenze, delle idee, delle concezioni che l'uomo si forma della vita e del mondo. La nota legge dei tre stadi segna ad un tempo, secondo il Comte, l'evoluzione dell'intelletto e l'evoluzione sociale. Anche astraendo dalla indubbia influenza esercitata dal Saint-Simon sulla dottrina comtiana, dalla critica aspra ch'egli muove all'individualismo metodico della vecchia speculazione giuridica ⁽⁸⁵⁾, basterebbe a dimostrare la stretta parentela tra le idealità etiche del socialismo e le concezioni del Comte il principio da lui posto che la società è l'unica realtà, e che le istituzioni fatte per l'individuo devono scomparire. Egli vagheggia un governo intellettuale, la necessità di un sistema universale di educazione positiva diretta a sviluppare l'altruismo. Per opera del Comte un nuovo culto viene consacrato, il culto dell'umanità ⁽⁸⁶⁾. Con tutto ciò la dottrina del Comte non influì sulle sorti del socialismo contemporaneo: questo attinse ad altre correnti di pensiero incompatibili colle premesse intellettualistiche del suo sistema. D'altra parte, l'indirizzo positivo da lui iniziato fu assorbito nel movimento di idee che mette capo allo Spencer e che si riassume nell'interpretazione biologica dell'uomo e della società. Di questa concezione il darwinismo fu l'antecedente ideologico. Le leggi della eredità, della lotta per la vita, della selezione naturale, della sopravvivenza dei più forti, che al Darwin servirono a spiegare l'evoluzione superorganica. Ne venne la con-

⁽⁸⁴⁾ Cfr. VANNI, *Lezioni* cit., p. 248.

⁽⁸⁵⁾ Giustamente il FRAGAPANE (*Contrattualismo* cit.) contrappone la veduta sociologica del Comte al contrattualismo del secolo XVIII.

⁽⁸⁶⁾ Anche il MICHEL (*op. cit.*) annovera il Comte tra gli avversari dell'individualismo e lo considera un precursore delle odierne dottrine di solidarietà sociale.

cezione biologica dell'uomo e della società: il fattore intellettuale, che tanta parte aveva nella dottrina del Comte, cede il posto al fattore biologico. Per tal modo era distrutta dalle sue basi la solidarietà umana e sostituita con una cooperazione di forze meccanica, esteriore, fatale. La solidarietà sociale, lungi dall'attingere alle sorgenti sempre vive dell'ideale, veniva ad essere il risultato della lotta, ad essere regolata da criteri di utilità. L'egoismo in tutte le sue forme era riabilitato come condizione di progresso, e coll'egoismo era riabilitata la forza, la violenza, la guerra. L'individuo è considerato dallo Spencer nelle sue qualità biologiche, è isolato dalla società e ad essa contrapposto. D'altra parte, l'organismo sociale viene ad essere concepito come un aggregato di parti coordinate ma indipendenti, che si svolge a vantaggio delle parti e non viceversa. Si gridò all'incoerenza dello Spencer, che trasse dalle premesse biologiche e darwiniane gli argomenti più efficaci per giustificare l'individualismo. Soprattutto si rilevò che le diverse parti di un organismo biologico sono fuse nell'insieme e costituiscono un'unità in cui le parti perdono la loro indipendenza e autonomia. Ma l'accusa e le obiezioni fatte in questa parte al sistema dello Spencer ci sembrano infondate. Se ben si guarda, gli organismi biologici nel senso darwiniano costituiscono altrettante individualità distinte, lottano per affermarsi e sopravvivere, né solidarietà alcuna si stabilisce tra i vari organismi. Per noi l'interpretazione biologica del fatto sociale conduce all'individualismo, anzi costituisce di questo la vera e unica giustificazione. La vita sociale non si comprende sulle basi biologiche: su tali basi essa può originare un aggregato, come lo Spencer afferma, non un vero e proprio organismo unitario. Non vogliamo che da una sociologia biologica si possano trarre argomenti favorevoli alla solidarietà sociale, così come fece il contrattualismo del 18° secolo: ma nei due casi le premesse sono individualistiche in quanto si move dall'uomo astratto e isolato, sia esso razionale o biologico. Nei due casi la solidarietà è frutto di accordo o di cooperazione meccanica: l'unità della vita sociale è artificialmente stabilita e a garantirla o si ricorre come il Rousseau all'assolutismo, oppure all'equilibrio degli interessi come sostenne lo Spencer. La vera solidarietà è quella che nasce dalle affinità spirituali che avvincono gli uomini

in un comune ideale di giustizia sociale ⁽⁸⁷⁾. Epperò noi siamo fermamente convinti che abbiano reso un cattivo servizio alla causa della solidarietà sociale quanti ne cercarono la base scientifica nel darwinismo, così come crediamo sia stato vano ogni [*sic*] sforzo d'ingegno l'aver voluto piegare le leggi darwiniane della evoluzione organica alla spiegazione della vita sociale. La solidarietà sociale non può logicamente svolgersi all'ombra del darwinismo, almeno in quanto questo consacra l'egoismo più sfrenato e tutto subordina all'istinto cieco e tirannico della conservazione della specie.

Il materialismo tedesco non ha alcun rapporto di filiazione logica e storica né col positivismo comtiano né coll'evoluzionismo spenceriano. Anch'esso però risponde alla tendenza generale dell'epoca di ricavare dalle scienze fisiche e naturali i fondamenti della vita morale e sociale. Ciò che a noi preme far rilevare è il carattere antiindividualista del materialismo tedesco, carattere che scaturiva dalle sue stesse premesse filosofiche. L'individuo non ha che una vita fisiologica: tutto in lui è manifestazione dell'energia nervosa: esso è un atomo che acquista valore e significato nel partecipare alla vita della materia infinita. Il materialismo non è che l'hegelianismo tradotto in termini scientifici. È un panteismo naturalistico sostituito al panteismo idealistico. All'idea assoluta dell'Hegel corrisponde la materia universale, assoluta del Büchner; allo Stato hegeliano corrisponde lo Stato essere vivente del Bluntschli, alla società ideale dell'Hegel corrisponde collo Schaeffle la società-organismo. Particolarmente significativa per l'influenza esercitata fu la concezione sociologica dello Schaeffle. La società diventa un vero e proprio organismo, nel quale gli individui perdono la loro autonomia e personalità. Lo Spencer aveva con ogni sforzo notate le differenze tra organismo e società per sfuggire alle conseguenze derivanti alla tesi individualista da una identificazione dei due concetti. Nello Schaeffle invece l'identificazione è completa: la società non si

⁽⁸⁷⁾ Questo non comprende secondo noi Léon BOURGEOIS (*Solidarité*, 2ª ediz., Paris, Colin, 1896 [ma 1897]) il quale cercò il fondamento della solidarietà nel mondo animale, confondendo la solidarietà puramente organica, priva di qualsiasi significato etico, con la solidarietà umana e sociale a base psicologica.

distingue per nulla da un organismo in cui i singoli organi non vivono di vita propria, ma vivono della vita collettiva. Gli individui stanno alla società nello stesso rapporto nel quale gli organi stanno al corpo umano. Nulla più rimane della personalità e dei diritti individuali: ma questi e quella sono assorbiti nella società e per essa nello Stato, il quale dice il Petrone ⁽⁸⁸⁾ dopo di essersi sostituito agli individui come persona, deve sostituirsi agli individui come proprietario, produttore, industriale, commerciante. Il materialismo tedesco, come l'hegelismo di cui fu il contrapposto, legittimava ogni più eccessiva ingerenza da parte della società e dello Stato nel campo del diritto privato. Logicamente anzi non si riusciva a comprendere come potesse sussistere accanto e in contrapposto al diritto sociale un diritto privato che presupponeva una attività e finalità individuale.

3. Il metodo positivo nelle sue applicazioni alla legislazione civile generò l'indirizzo sociologico, che si risolse in un movimento di reazione contro l'individualismo del diritto privato e in un movimento corrispondente di riforma del medesimo in senso sociale. Questo indirizzo sociologico prima e più che altrove, si affermò e si svolse in Italia dopo il 1880 e per molti anni fu l'argomento prediletto di tutti gli studiosi di diritto privato. Delle tre correnti di pensiero positivo, la comtiana, la spenceriana, la materialista, incontrò in Italia favore pressoché universale e incontrastato la corrente spenceriana. Questa più che la dottrina del Comte parve rispondere alle esigenze scientifiche dell'epoca, soprattutto per aver dato ai concetti di società e di sociologia un contenuto determinato biologico. Fu generale per molto tempo in Italia il pregiudizio che identificava l'indirizzo sociologico col l'indirizzo scientifico negli studi giuridici. Il sistema filosofico dello Spencer fornì i due concetti fondamentali e direttivi, cioè il concetto di evoluzione e il criterio sociologico. È vero che l'uno e l'altro concetto avevano servito allo Spencer per giustificare il principio individualista, e nella *Giustizia* egli era arrivato a conclusioni non diverse da quelle a cui era arrivata la scuola del diritto naturale in ordine ai diversi istituti di diritto privato.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. PETRONE, *La filosofia politica contemporanea*, Trani, 1892, p. 31.

Senonché i giuristi italiani fecero di quei due concetti un diverso uso: invocarono il principio della evoluzione contro l'immobilità degli istituti giuridici tradizionali, e opposero il fattore sociologico, che il positivismo in tutte le sue forme aveva accentuato, alla considerazione esclusiva dell'individuo che ispirava i Codici di diritto privato. A giustificare tale trasformazione si sosteneva da molti l'incoerenza dello Spencer nel derivare dalle sue premesse sociologiche argomenti favorevoli all'individualismo; d'altra parte si diffondeva la tendenza all'interpretazione in senso sociale del darwinismo e dopo lo Schaeffle era assorto al grado di dogma il concetto della società-organismo, senza le riserve che lo Spencer aveva avanzato al riguardo. Certo è che la dottrina dell'evoluzione assunse in Italia negli studi giuridici uno spiccato carattere anti-individualistico, che non era nella mente del suo autore e che secondo noi non si conciliava colle premesse biologiche e darwiniane che n'erano il presupposto. Il movimento di riforma del diritto privato sulle basi dell'evoluzione e della sociologia biologica si manifestò dapprima timidamente col Vadalà-Papale, si affermò risolutamente per opera del Cimbali, fu portato alle sue ultime conseguenze dal d'Aguanno. Il Vadalà-Papale in un lavoro pubblicato nel 1881⁽⁸⁹⁾ inizia la trasformazione in senso scientifico ossia in senso sociologico del diritto privato. Spenceriano egli vuole riformato il Codice civile secondo i principi dell'evoluzione: darwinista invoca le leggi dell'evoluzione organica per elevare la condizione della donna⁽⁹⁰⁾; allo spirito individualista del Codice contrappone un senso di umanità ancora incerto e indeterminato. Il Vadalà iniziava un nuovo periodo nella critica e nella riforma del Codice civile, sebbene egli dimostri di non averne perfetta coscienza⁽⁹¹⁾. Prima del 1880 la critica al Codice civile era stata fatta movendo da criteri economici e individualistici: si rilevava soprattutto la contraddizione tra i principi del Codice civile (sui quali non vi era

⁽⁸⁹⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Il codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. VADALÀ, *ibid.*, pp. 58 e seg.

⁽⁹¹⁾ Infatti il Vadalà rievocando la critica fatta al Codice francese da Pelgrino Rossi non rileva il significato di tale critica ch'era in senso individualista.

dissenso) e le esigenze della vita commerciale e industriale. La critica del Vadalà si ispirava invece a due concetti nuovi: anzitutto, alla necessità di rimuovere la base metafisica del diritto privato e di fondarlo sulla scienza ⁽⁹²⁾ ossia, secondo il Vadalà, sui risultati della scuola positiva. In secondo luogo, alla necessità di temperare l'individualismo del Codice col fattore sociologico. Implicita poi era l'affermazione che l'evoluzione del diritto privato doveva svolgersi in senso sociale ⁽⁹³⁾. Quasi contemporaneamente il Cogliolo, in forma più esplicita e meno temperata, vuole la trasformazione del diritto privato in un senso più spiccatamente darwinistico e biologico ⁽⁹⁴⁾. Infatti in un suo discorso-prolusione del 1882 parla di un trasformismo giuridico, di una embriogenia giuridica, della influenza della lotta, della selezione, dell'eredità nel diritto. Nel 1883 assistiamo per opera del Brugi al tentativo di ricondurre la scuola storica alla scuola positiva, nel lodevole intento di far convergere nel nuovo indirizzo scientifico del diritto privato non solo i risultati della scuola positiva, ma ancora le ricerche storiche ⁽⁹⁵⁾. Tale ravvicinamento, di cui dimostrammo la erroneità, è sintomatico in quanto rileva la tendenza dell'indirizzo positivo di farsi centro di una generale riforma del diritto privato. Ma il maggiore e più geniale rappresentante del nuovo indirizzo scientifico-positivo negli studi del diritto privato fu Enrico Cimbali, autore di un'opera sulla nuova fase del diritto civile ⁽⁹⁶⁾. Ciò che nei predecessori è solo accen-

⁽⁹²⁾ È giusto riconoscere che l'esigenza scientifica nel diritto privato era stata rilevata fin dal 1863 da C. F. Gabba nel periodo di preparazione del nostro Codice Civile. Tale esigenza però nel Gabba ha un significato più proprio e più largo e non si identifica all'indirizzo positivo. (Cfr. C. F. GABBA, *Studi di legislazione civile comparata [in servizio della nuova codificazione italiana]*, Milano, 1862.

⁽⁹³⁾ Sugli stessi concetti il VADALÀ ritorna in un lavoro intitolato: *La nuova tendenza del diritto civile in Italia* (in « Rivista di giurisprudenza » di Trani, vol. VIII, 1883, fasc. 8).

⁽⁹⁴⁾ Cfr. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato*, Camerino, tip. Savini, 1882.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. BRUGI, *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea* (« Circolo giuridico », 1883, vol. 14, pp. 151-167). Già abbiamo rilevato la incompatibilità tra la scuola storica e la scuola positiva. L'opinione del Brugi fu criticata dal VANNI nel lavoro altrove citato, *I giuristi della scuola storica ecc.*

⁽⁹⁶⁾ Cfr. E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e*

nato nel Cimbali è ampiamente e sistematicamente trattato. A suo onore devesi rilevare che egli non cadde nelle intemperanze dei darwinisti e dei seguaci, non portò il nuovo indirizzo alle estreme conseguenze, anzi cercò di adattarlo nei limiti del possibile alle esigenze giuridiche. Nel Cimbali il nuovo indirizzo appare completamente determinato ne' suoi principi e nelle sue finalità. Dopo di avere riconosciuto che il diritto civile è il meno suscettivo a lasciarsi dominare dai principi della dottrina evoluzionista, come quello che è un organismo venuto a completa maturità nel periodo metafisico, il Cimbali afferma la necessità di intraprenderne una riforma radicale. Il periodo individualista sotto cui il Codice sorse è definitivamente chiuso: l'individuo non può più considerarsi il centro del diritto privato: la sua attività, il suo interesse deve rientrare nell'attività e nell'interesse collettivo e sociale. Il concetto di società, di associazione deve costituire il fondamento della futura riforma del diritto civile. Bisogna riconoscere che il Cimbali ebbe il senso della trasformazione in senso sociale della produzione e del lavoro e avvertì nettamente il contrasto tra l'ordinamento individualistico degli istituti del codice civile e le nuove forme associative originate dalla grande industria. Egli fece opera ad un tempo negativa di critica, positiva di riforma: rileva i difetti, le lacune del Codice e propone rimedi. Ma pare a noi che pecchi il Cimbali nei principi, nelle premesse teoriche: critiche e rimedi rispondono a principi teorici diversi inconciliabili tra loro. Egli chiama il codice futuro, con espressione infelicissima, *codice privato-sociale*, associando insieme due termini contraddittori. Mentre proclama la necessità di una riforma radicale del Codice civile sulla base del nuovo concetto di società, egli vuole conservare nelle loro

sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente, Torino, Unione tip. edit., 1885.

Il CIMALI rivendica a sé il merito di essere stato il primo in Italia a studiare i problemi del diritto civile col sussidio della teoria evoluzionista (*Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, prolusione nella R. Università di Roma, 25 gennaio 1881) e di averne tentato l'applicazione nell'esame di speciali argomenti (*Del possesso per acquistare i frutti*, Napoli, Marghieri, 1879; *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in « Archivio giuridico », vol. XXIV, 1880, fasc. 2-3).

basi tradizionali l'istituto della proprietà, della libertà contrattuale, dell'eredità. La maggior parte delle critiche e delle riforme non intaccano i princìpi, non vanno oltre la forma degli istituti giuridici, e si riassumono in modificazioni e ritocchi degli istituti esistenti ⁽⁹⁷⁾. Molte delle critiche e delle riforme proposte, rispondono alla antica fase individualista del Codice più che alla nuova ch'egli preannunzia. Così quando il Cimbali riproduce le critiche al Codice fatte dal Rossi e dagli economisti ortodossi egli non rileva il significato individualista di tali critiche e il loro contrasto colle riforme e colle critiche fatte in nome delle nuove idealità umane e sociali da lui invocate. Il Cimbali mostra di non avere un chiaro concetto del Codice quando propone senz'altro la redazione di un nuovo codice privato-sociale. Un Codice prima che di norme è un complesso di princìpi: finché questi non sono maturi e penetrati nella coscienza giuridica generale, finché non sono elaborati e ridotti a sistema unitario e coerente, vana pretesa è proporre la revisione del Codice o la formazione di un nuovo. La Codificazione chiude un lungo periodo di elaborazione giuridica, riassume il passato non anticipa sull'avvenire. Il Cimbali invece propone un Codice quando ancora il nuovo indirizzo era agli inizi, e lo propone in nome di princìpi che erano ben lungi dall'aver accolto attorno a sé il generale consenso, princìpi che secondo molti e secondo lo Spencer stesso che li aveva proposti giustificavano una riforma del diritto privato in un senso ancor più spiccatamente individualista, e lo propone in un'epoca in cui il criterio sociale era contrastato, ad ogni modo in un'epoca in cui il principio individualista se era discusso in teoria conservava nella pratica tutta la sua forza ed efficacia. Tutto ciò devesi rilevare senza tener conto dello strano mostruoso connubio che nel nuovo codice privato-sociale si sarebbe veduto di istituti rispondenti alle idealità della scuola del diritto naturale da un lato, dall'altro ai princìpi biologici del Darwin e dello Spencer. Per noi l'opera del Cimbali ha un valore essenzialmente sintomatico: buone le critiche e le riforme parzialmente considerate: ma mancano di coordinazione logica, non procedono da

⁽⁹⁷⁾ Omettiamo per brevità citazioni e passi dell'opera del Cimbali, a riprova delle nostre osservazioni critiche.

premesse teoriche certe. Mancava al Cimbali, perché mancava all'epoca, la preparazione filosofica per tentare una vera ed efficace riforma radicale del codice civile. Troppo facilmente si dimentica dai nostri giuristi l'aurea massima di Cicerone: « *Penitus ex intima philosophia haurienda est juris disciplina* ». Non vi è dubbio però che la riforma del Codice propugnata dal Cimbali era l'eco confusa di una nuova coscienza giuridica che più non si appagava dell'ideale individualista. Errore originario del Cimbali fu l'aver avuto troppa fiducia nella dottrina della evoluzione e nella sua capacità a risolvere i problemi sociali e giuridici dell'età moderna.

4. Allo stesso movimento di idee appartiene la riforma del diritto privato proposta dal D'Aguanno sui risultati non solo della sociologia biologica ma addirittura dell'antropologia ⁽⁹⁸⁾. Il D'Aguanno vuol tentare nel campo del diritto privato una riforma analoga a quella attuata dal Lombroso nel campo del diritto penale. L'ossessione positivo-biologica supera nel D'Aguanno ogni limite. Trattando della genesi e dell'evoluzione del diritto civile, egli sente il bisogno di rifarsi all'età della pietra. Lo Spencer si era fermato ai selvaggi, il D'Aguanno va oltre e si perde nella preistoria, nella quale crede rintracciare le origini dei diversi istituti di diritto privato. Fino al D'Aguanno si era creduto che il diritto fosse un fatto essenzialmente storico e sociale: ma egli si incarica di darci notizia del diritto nel mondo inorganico e biologico. Ma astraendo da queste esagerazioni implicite nell'indirizzo positivo biologico, che il D'Aguanno mostra di voler seguire fino alle estreme assurde conseguenze, noi vogliamo richiamare l'attenzione su quell'aspetto dell'opera del D'Aguanno che vorrebbe essere originale, cioè sulla applicazione dell'antropologia al diritto privato. Il confronto col diritto penale non regge. Il reato può essere veramente l'espressione di determinate condizioni fisio-psichiche. È fuor di dubbio che le anomalie fisiologiche, come determinano perturbazioni mentali,

⁽⁹⁸⁾ Cfr. G. D'AGUANNO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze [delle scienze] antropologiche e storico-sociali con applicazioni pratiche al codice vigente*, Torino, Bocca, 1890.

così possono predisporre al reato. Spetta all'esame antropologico determinare se e entro quali limiti tali anomalie hanno influito sul reato. Ma nel diritto civile l'esame antropologico diretto a stabilire la capacità, lo stato mentale, i vizi del consenso, il grado di colpa, di responsabilità non può avere tutto quel valore che ad esso il D'Aguanno attribuisce. Il diritto civile move dal presupposto che i soggetti che entrano a costituire il rapporto giuridico sieno sani e normali. L'interdizione serve ad eliminare dal campo del diritto civile gli anormali ⁽⁹⁹⁾. Con questo noi non vogliamo escludere l'eventuale opportunità di una analisi antropologica dal campo del diritto privato. Ciò che vogliamo [negare] risolutamente è che possa giovare a tale scopo l'antropologia quale è intesa dalla scuola positiva, e in particolare dal D'Aguanno. Una antropologia materialistica che disconosce l'origine psicologica del diritto, che nega la libertà e la responsabilità, che implica la negazione della personalità, non può avere importanza di sorta nel campo del diritto privato, dove l'attività volitiva riflessa è il presupposto di tutti i rapporti giuridici. L'antropologia ridotta a una semplice indagine psichiatrica è quanto di più assurdo si possa immaginare in un campo come il diritto privato, che vuol essere l'espressione dell'individualità nelle sue forme più normali e coscienti. Se una ricerca antropologica è ammissibile nel diritto privato essa deve avere carattere psicologico non fisiologico. Ma una ricerca psicologica contrasta con le premesse biologiche e materialiste da cui move il D'Aguanno. Il tentativo pertanto del D'Aguanno, se poteva incon-

⁽⁹⁹⁾ La 12^a questione proposta al II congresso di antropologia criminale tenuto a Lione nel 1890. (Cfr. *Actes du deuxième congrès ecc.*, pp. 113 e seg.) era così concepita: « De l'antropologie au point de vue de ses applications juridiques aux législations et aux questions de droit civil ». Il FIORETTI, relatore [*Sur l'application de l'anthropologie aux législations et aux questions de droit civil*], riconosce che il diritto privato ha per presupposto una certa uguaglianza tra i soggetti che addiventano a rapporti giuridici di diritto privato. « Il giorno — osserva acutamente — in cui una delle parti in causa potesse invocare in suo favore i difetti antropologici del suo avversario, quel giorno segnerebbe l'avvento del più perfetto caos nel mondo sociale ». Anche il GAROFALO (*Criminologia* [*Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, 1885]) è del parere del Fioretti. Così il TARDE, *Les transformations du droit* [*Étude sociologique*], 2^a ediz., Paris, Alcan, 1894, *Introduction*.

trare il favore degli studiosi in quanto tendeva a integrare le ricerche storiche e sociologiche del diritto con una ricerca antropologica, per il significato rigidamente materialista con cui questa era intesa, era praticamente destinata a un sicuro insuccesso ⁽¹⁰⁰⁾. E questo fu ancora aggravato dal fatto che il D'Aguanno, anziché mantenersi in un campo di ricerche obbiettive, volle trarre dalle sue indagini positive il fondamento per una trasformazione in senso sociale del diritto privato. Anche il D'Aguanno col Vadalà e col Cimbali è strenuo difensore di un codice privato-sociale e bisogna riconoscere che egli non fa alcun sforzo per attenuare il contrasto tra le premesse darwiniane individualiste e le conclusioni sociali, e quasi umanitarie a cui arriva. Tale incoerenza, implicita in tutto il movimento di idee che mette capo al Cimbali, appare evidente ed esplicita nell'opera del D'Aguanno. Al quale se si vuole riconoscere un merito, esso fu di aver accentuato i difetti del così detto indirizzo scientifico del diritto privato, e di averne affrettato la decadenza ⁽¹⁰¹⁾. Non era la tendenza implicita nell'indirizzo rappresentato dal Cimbali e seguaci che destava preoccupazioni. Il movimento di trasformazione in senso sociale del diritto privato, se poteva riuscir nuovo in Italia,

⁽¹⁰⁰⁾ Non ci rimuove dalla nostra opinione la prefazione lusinghiera del Chironi all'opera del D'Aguanno, anzi la conferma. Riconosciamo col Chironi che la ricerca storica, sociologica, antropologica si integrano. Ma egli accenna all'esagerazione di quelli che disconoscono le peculiari differenze dell'evoluzione giuridica e identificano lo sviluppo organico collo sviluppo morale.

⁽¹⁰¹⁾ Dopo la morte prematura del Cimbali (1887), l'indirizzo scientifico positivo nel diritto privato fu per qualche anno sostenuto ancora dal D'Aguanno e dal Vadalà. Allo stesso ordine di idee appartengono i lavori del Puglia, e l'opera di C. CAVAGNARI, *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari*, Milano, Dumolard, 1891. Nel 1893 fu fondata anche una rivista in difesa del nuovo indirizzo, « La scienza del diritto privato », sotto la direzione del D'Aguanno e del Tortori a Firenze. Dopo solo tre anni di vita, la rivista cessava nel 1895. Un tentativo di estendere al diritto commerciale l'indirizzo sociologico fu fatto dal PERRONE (*L'idea sociale nel diritto commerciale*, Napoli, Pierro, 1894) e soprattutto dal TORTORI, *Sociologia e diritto commerciale [L'unità del diritto privato e la sua ricostruzione a base sociologica]*, Firenze [ma Torino], Bocca, 1895. Ma tali lavori sono destituiti di qualsiasi valore e serietà scientifica. Con criteri suoi propri, da giurista valoroso come egli è, intendeva lo studio scientifico del diritto privato il Gabba. Vedi la celebrata sua *Prolusione al Corso di diritto civile* (in « Archivio giuridico », vol. 39, 1887) a Pisa.

era stato favorito fuori d'Italia dai più opposti indirizzi di pensiero. Furono le premesse teoriche bio-darwiniane, con le quali si cercava giustificarlo, che distolsero molti dall'aderire a tale movimento di idee, e lasciarono indifferenti o increduli i giuristi più autorevoli (102). Questi intuivano, senza rendersene esatto conto, in quell'epoca di esaltazione biologica, l'errore originario della nuova dottrina tendente ad abbassare il diritto al livello dei prodotti organici, a invocare leggi dell'evoluzione organica a spiegare l'evoluzione giuridica. Quindi anche coloro che consentivano nelle finalità sociali dell'indirizzo inaugurato dal Cimbali non potevano senza gravi riserve, consentire nelle premesse derivate da quella stessa filosofia spenceriana che aveva fornito gli argomenti più efficaci all'individualismo giuridico (103). Epperò il discredito in cui finì per cadere l'indirizzo biologico nelle scienze morali e sociali, doveva estendersi alle dottrine del Cimbali e del D'Aguanno, mentre la tendenza sociale da essi rappresentata

(102) Tra i seguaci dell'indirizzo positivo sorsero a far la critica del cosiddetto indirizzo scientifico del diritto privato il TARDE, il FIORETTI, il GAROFALO sopra ricordati. Tra i giuristi vedemmo il COGLIOLIO e il CHIRONI far le più ampie riserve sulle premesse biologiche applicate al mondo giuridico, mentre il GABBA intende l'indirizzo scientifico nel diritto privato in un senso particolare. Decisamente avversi al nuovo indirizzo furono il POLACCO (*La funzione sociale dell'odierna legislazione civile*, Camerino, Savini, 1885), il FILOMUSI GUELFIS (*La codificazione civile ecc.*, 1887), il SIMONCELLI (*Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile italiano*, Camerino, 1890), il MELUCCI (*[Metodo e] Questioni di diritto civile*, Torino, 1884), il CUTURI (*Delle recenti discussioni sul metodo nello studio del diritto civile italiano*, Bologna, 1887), il NANI (*Il socialismo nel codice civile ecc.* [Torino, Clausen, 1892, estr. dagli «Atti della R. Accademia delle scienze di Torino»]). Tra i romanisti si mostrarono contrari al nuovo indirizzo per la sua ostilità al diritto romano il BRUGI (*I romanisti e le riforme del diritto civile*, in «Scienza del diritto privato», I, 1893, pp. 2-3), il DELOGU (*Codice privato e codice sociale*, in «Antologia giuridica», anno V, 1891), il BRUNETTI (*Il diritto romano e le scienze sociali*, Firenze, Civelli, 1896). All'estero il nuovo indirizzo fu criticato dallo spagnolo VALVERDE Y VALVERDE, *Las modernas direcciones del derecho civil*, Valladolid, tip. Cuesta, 1899.

(103) Non è senza importanza rilevare che nel giugno 1891 lo SPENCER pubblicava la sua opera sulla *Giustizia*, e che nel 1893 questa appariva in veste italiana (Lapi [= *La giustizia*, trad. it. di Sofia Fortini Santarelli, premessovi «Il sistema etico-giuridico di Herbert Spencer» di I. Vanni, ed. Lapi, Città di Castello, 1893]), con una notevole prefazione del Vanni.

incontrò sempre maggior favore a misura che, abbandonata la base biologica, si cercò un fondamento teorico più consentaneo alla natura psicologica e storica del diritto ⁽¹⁰⁴⁾.

5. Sarebbe ingiusto negare ogni significato alla scuola italiana nelle sue applicazioni al diritto privato. Essa va corretta nelle sue premesse più che ne' suoi risultati. Questi contengono molti elementi di vero, e la loro intrinseca verità scaturisce da quella esigenza sociologica che la scuola italiana malgrado il preconetto biologico aveva affermato nel campo del diritto privato. Tale esigenza sociologica si traduceva in un nuovo criterio

⁽¹⁰⁴⁾ Fu un errore secondo noi l'aver confuso il movimento di idee che si svolse intorno al Codice italiano e alla sua scuola col movimento contemporaneo in Germania del Gierke e del Menger. Colpevoli della confusione furono il Nani e il Loria. Il NANI nel ricordato lavoro (*Il socialismo nel codice civile*, 1892) considera a una stregua i lavori del Gierke, del Menger, del Salvioli, del Gianturco, del Cimbali, ecc., e li critica come espressione del socialismo nel diritto privato. Tale denominazione, se può valere pel Menger, è impropria applicata al Gierke e alla scuola italiana. Rileveremo meglio a suo luogo la necessità di distinguere tra tendenza sociale e tendenza socialista nel diritto privato. Per ora basti affermare che tanto il Gierke quanto gli scrittori ricordati italiani sostenendo la necessità di trasformare in senso sociale il diritto privato non intendono né poco né tanto di aderire ai principi socialisti. Analoga confusione fece il Loria chiamando col nome di socialismo giuridico l'indirizzo rappresentato dal D'Aguianno e seguaci. (Cfr. LORIA, *Socialismo giuridico*, in «Scienza del diritto privato», I, 1893, fasc. IX, p. 519). Replicando nel periodico da lui diretto (*[Ancora] sul socialismo giuridico del prof. Loria*, 1893, fasc. I, p. 641), il D'Aguianno ha cura di mettere in evidenza le differenze tra il movimento di idee a cui egli apparteneva e il movimento socialista. La risposta però del D'Aguianno non è esauriente. Più efficacemente poteva rispondere che favorire la trasformazione in senso sociale del diritto privato non significa fare del socialismo, il quale vuole tale trasformazione soprattutto nell'interesse delle classi lavoratrici. Il movimento generale di idee nel secolo XIX per parte della scuola storica, hegeliana, positiva, fu di una reazione contro l'individualismo giuridico del secolo XVIII. Da questo movimento generale di idee si svolse il socialismo come specie dal genere. Neppure si può confondere la critica del Gierke con quella del Cimbali e seguaci. Il Gierke moveva nella sua critica da premesse storiche e non biologiche, donde l'efficacia maggiore dell'opera sua e la sterilità invece pratica della dottrina italiana. Evidentemente il Nani, nel mettere insieme questi diversi indirizzi di pensiero, tenne presente il risultato comune a cui miravano, la tendenza che esprimevano e che egli combatteva sotto tutte le sue forme. Ma forse doveva, per maggiore esattezza, rilevare l'origine ideologica diversa di queste varie correnti di pensiero.

di interpretazione, secondo cui gli istituti di diritto privato vanno interpretati in funzione della vita sociale. Questo canone di interpretazione, che lo Spencer per non venir meno alle premesse biologiche e individualiste del suo sistema aveva nella *Giustizia* trascurato (105), è con insistenza proclamato dagli scrittori italiani, sebbene non sempre ne facessero retto uso. Il criterio sociologico integrava opportunamente il criterio storico nello studio del diritto privato. La scuola storica che aveva ricostruito storicamente il diritto e lo Stato non aveva compreso l'importanza dell'ente società e del fattore sociale. La scuola positiva fin dal suo primo affermarsi nelle scienze morali mirava alla ricostruzione della società. La società non è più l'ente astratto, ipotetico, razionale della scuola del diritto naturale, ma si trasforma in un essere vivente di cui si cercano le origini, le leggi di sviluppo. Né si deve dimenticare che le ricerche della scuola positiva, in quanto mirano a ricostruire i fatti giuridici nel loro aspetto sociologico, hanno un vero e proprio valore oggettivo, che può paragonarsi al valore oggettivo dei materiali pazientemente raccolti dalla scuola storica. Le conclusioni generiche della scuola italiana, anche se vere, furono premature perché non precedute da questa ricerca sociologica d'indole oggettiva. Nessuna opera originale tendente a ricostruire istituti del diritto privato da un punto di vista sociologico vide la luce in Italia nel periodo in cui più vivaci erano le discussioni sull'applicazione del metodo sociologico al diritto privato. Opere di tal genere in ordine a istituti di diritto privato non mancarono all'estero, come fanno fede i lavori del Maine che hanno un valore non solo storico ma sociologico (106), i lavori del Letourneau (107), del Tarde (108), del

(105) Di ciò fu rimproverato dall'Anzilotti e dal Vanni nei lavori altrove citati.

(106) L'opera principale del MAINE (*Ancien droit* [cit.]), contiene dei veri e propri studi d'indole sociologica sulla proprietà, diritto successorio, famiglia, ecc.

(107) Del LETOURNEAU sono noti i lavori sulla evoluzione della proprietà, famiglia, ecc. [*L'évolution du mariage et de la famille*, Paris, 1888; *L'évolution de la propriété*, Paris, 1889; *La condition de la femme dans les diverses races et civilisations*, Paris, 1903].

(108) Vedi del TARDE, *Les transformations* ecc.; i capi III-V sono dedicati allo studio sociologico delle diverse parti del diritto privato.

La Grasserie ⁽¹⁰⁹⁾, dello Spencer stesso nella *Sociologia descrittiva*, del Laveleye, di cui è nota la ricostruzione storico-sociologica della proprietà, del Morgan, [e del] Bachofen sulla famiglia ecc. ⁽¹¹⁰⁾. Da questo copioso materiale storico-sociologico, di cui troviamo scarsi e insufficienti accenni nelle opere dei giuristi italiani ricordati, questi avrebbero potuto derivare gli elementi per una conoscenza scientifica del diritto privato, la quale avrebbe lor permesso di assorgere a una generalizzazione filosofica capace di fornire i criteri per una eventuale riforma del diritto privato. E se, malgrado l'insufficiente preparazione storico-sociologica, malgrado l'interpretazione biologica, essi arrivarono a conclusioni che rispondono nel loro insieme e nelle linee generali a quella che può oramai considerarsi la prevalente tendenza del nostro diritto privato, ciò è dovuto più a una intuizione generale non rara a riscontrarsi nei nostri studiosi che non a una vera e propria concezione filosofica positiva rispondente alle esigenze della vita giuridica. Oramai dovrebbe essere posto fuori di discussione che gli elementi che preparano la conoscenza scientifica del nostro diritto privato sono l'elemento storico, l'elemento psicologico, l'elemento sociologico. La ricerca così detta organica dev'essere esclusa perché incompatibile colla natura del diritto, che è un fatto essenzialmente umano e sociale. La direzione del pensiero più moderno nell'ultimo decennio mirò soprattutto a sostituire il fattore psicologico al fattore biologico nella interpretazione della vita morale e giuridica nelle sue manifestazioni storiche e sociologiche. Venne meno il pregiudizio secondo cui l'adozione dei metodi propri delle scienze fisiche e biologiche era condizione alla costituzione scientifica delle scienze giuridiche. Un fatto umano e sociale per eccellenza, quale è il diritto, non poteva intendersi e giustificarsi alla stregua di criteri biologici. La pretesa di volere nelle scienze giuridiche veder riflesso il mondo fisico colle sue leggi era pretesa irrazionale, come quella che ten-

⁽¹⁰⁹⁾ R. DE LA GRASSERIE, *Les principes sociologiques du droit civil*, Paris, Giard, 1906.

⁽¹¹⁰⁾ Omettiamo per brevità la bibliografia dei lavori di carattere sociologico sui singoli istituti di diritto privato. Basta del resto consultare l'« *Année sociologique* », pubblicata dal Durkheim senza interruzione dal 1898.

deva a far rientrare una classe di scienze più complesse nell'ambito di scienze relativamente più semplici. Tale aberrazione si spiega tenendo conto di quella che fu la tendenza spiccata della filosofia nella seconda metà del secolo XIX, la tendenza cioè al monismo naturalistico che si risolveva nel tendere a una sintesi filosofica sulla base del principio materiale, elevato a principio unificatore del sapere. La conseguenza fu una degradazione delle scienze giuridiche. E tale degradazione doveva rilevarsi nelle forme più spiccate in quelle parti della vita giuridica che, come il diritto privato, rispondono a una coscienza storica e psicologica più complessa e progredita. Altrove rilevammo che dall'indirizzo positivo-biologico si svolsero due opposte concezioni della vita sociale ugualmente contrarie al progresso del diritto in generale, del diritto privato in particolare. Da un lato vediamo col Darwin e collo Spencer propugnato l'individualismo senza freno, vediamo esaltato l'egoismo, la lotta, vediamo identificato il diritto colla forza, scambiato l'arbitrio colla libertà. Dall'altro lato collo Schaeffle vediamo affermata la concezione materialista della società-organismo, la quale implica nelle sue ultime conseguenze l'assorbimento assoluto dell'individuo nel tutto, il disconoscimento dell'attività cosciente e riflessa della persona nella formazione del diritto. Nei giuristi italiani ricordati le due correnti biologiche del pensiero positivo sono insieme confuse: ciò spiega l'idea di un codice privato-sociale che vorrebbe garantiti da un lato gli interessi della individualità, dall'altro quelli della società: unione secondo noi ibrida e condannata alla sterilità, perché la base dell'accordo tra l'elemento individuale e sociale è cercata nel mondo biologico, che offre lo spettacolo da un lato della violenza senza freno, dall'altro della soggezione assoluta. Ora il mondo sociale e quindi giuridico non ammette né l'individualismo spenceriano né la concezione opposta. In esso si esplicano energie che il mondo fisico non conosce e il mondo biologico conosce entro limiti assai ristretti: tali energie sono le psicologiche, specie nelle forme più elevate dell'intelligenza e della volontà. Toccava, come dicemmo, all'indirizzo psicologico cercare su nuove basi l'accordo tra individuo e società, accordo che i giuristi italiani avevano invano cercato nel positivismo biologico. Bisogna riconoscere che il Comte aveva dato modo di evitare l'errore in cui

caddero i seguaci di Spencer e di Schaeffle. Il Comte comprese che la società risulta da un *consensus* di energie non materiali ma spirituali, e fu assai più nel vero dando della vita sociale una interpretazione intellettualista. Si comprende allora come il nostro Vanni, che essendo positivista ebbe come pochi il senso delle esigenze ideali del diritto, cercò di riabilitare il Comte di fronte allo Spencer e ai materialisti tedeschi. Egli dimostrò coll'esempio che positivismo non implica materialismo e che il vero spirito positivo consiste non nel mutilare l'umana natura abbassandola al livello degli organismi inferiori, ma nello studiarla e abbracciarla nella sua integrità, ne' suoi caratteri specifici. Il Vanni fu, col Fracapane, dei pochi in Italia che intuì l'importanza dell'odierne ricerche psicologiche, dell'indirizzo nuovo e positivo che la psicologia individuale e collettiva assunse soprattutto in Germania per opera del Wundt. La tirannia del tempo non ci permette di riassumere i risultati di questo movimento psicologico nelle sue applicazioni alla vita giuridica ⁽¹¹¹⁾. Questo ci basti per ora affermare: che la psicologia scientifica moderna offre, dei fatti storici e sociologici che interessano il diritto privato, una nuova e più esauriente interpretazione. Soprattutto essa offre il modo di risolvere il problema dei rapporti tra individuo e società, problema come ognuno vede decisivo per le sorti future del diritto privato. La crisi odierna del diritto privato dipende dalla difficoltà di conciliare l'elemento individuale e sociale nei diversi istituti che lo costituiscono. Se è vero che tutte le correnti del pensiero filosofico del secolo XIX, dallo storicismo all'hegelianismo al materialismo, insorgono contro lo spirito soverchiamente individualista che la nostra legislazione civile ereditò dalla scuola del diritto naturale e razionale, d'altro canto nessun giurista e filosofo del diritto prende sul serio le profezie di coloro che predicano la fine del diritto privato e il suo assorbimento nel diritto sociale. Il progresso giuridico consiste non nel rinnegare le conquiste dell'individualismo, ma nel conciliarle colle esigenze sociali. Ora questa conciliazione che l'indirizzo positivo biologico

(111) G. SOLARI, *L'indirizzo psicologico nelle scienze giuridiche*, prolusione al corso di filosofia del diritto nella R. Università di Torino, Torino, Bocca, 1905.

non riuscì a dare, è oggi tentata con maggior fortuna, con maggior rispetto della natura dell'uomo e del diritto dall'indirizzo psicologico, che molti, ignari dello spirito scientifico che lo informa, dei risultati positivi conseguiti, confondono coll'idealismo e lo combattono come un ritorno a correnti di pensiero superate.

CAPO III

LE DOTTRINE SOCIALISTE E IL DIRITTO PRIVATO

GENERALITÀ.

Noi crediamo di avere sufficientemente dimostrato come la tendenza sociale nelle scienze giuridiche scaturiva dalle più svariate direzioni del pensiero filosofico moderno. Storicismo, hegelianismo, positivismo rappresentano la reazione contro l'ideologia dei tre secoli precedenti, ideologia pervasa da uno spirito critico, anti-sociale, rivoluzionario che preparò l'avvenire distruggendo il passato, risolvendo la compagine sociale ne' suoi elementi, riuscendo alla esaltazione dell'individuo a danno delle esigenze della vita collettiva. Il secolo XIX in tutte le sue alte manifestazioni, intese a ricostruire quel concetto che l'individualismo rivoluzionario aveva distrutto, a ristabilire l'equilibrio tra individuo e società, a ravvalorare quei sentimenti di solidarietà umana che erano stati sacrificati nel periodo di maggior reazione contro il passato, quando si credeva che il vincolo sociale costituiva un pericolo alla libertà dell'individuo, alla libera esplicazione della sua personalità. Senonché questa tendenza a ricostruire il concetto di società, a metter in evidenza le esigenze della vita collettiva di fronte alle intemperanze dell'individualismo, uscendo dallo stato di tendenza generica, indeterminata doveva originare le dottrine socialistiche, il cui carattere specifico consiste nel piegare l'una o l'altra delle ricordate direzioni ideologiche allo scopo preciso della rigenerazione economica intellettuale, morale delle classi lavoratrici. La tendenza sociale implicita nelle dottrine uscite dalla scuola storica, hegeliana, positiva prende corpo, si concreta nelle dottrine socialistiche, e finisce per identificarsi con le aspirazioni delle classi lavoratrici. Non può negarsi che tale connubio avesse un fondamento di vero. Per un concorso

complicato di cause la reazione ideologica contro la scuola del diritto naturale doveva tradursi nei fatti nella reazione del proletariato contro la borghesia. Nel secolo XVIII e nel periodo rivoluzionario il popolo costituisce una massa amorfa, pronta a divenire strumento di rivoluzione e di oppressione, inconscia di sé, de' suoi destini. Su questa massa i principi liberali della *Dichiarazione* passarono incompresi, lasciandola indifferente: più che gli ideali dell'uguaglianza e della libertà riescono a scuoterla, a trasportarla a feroci eccessi gli stimoli della miseria, della degenerazione non più contenuti dai freni della legge e dell'autorità. Eppure questa massa dopo di avere validamente cooperato alla rigenerazione politica della borghesia, ne divenne strumento necessario di rigenerazione economica. Fu appunto sotto l'influenza e per effetto delle nuove forme di vita economica che tale massa acquistò coscienza di classe. E tale coscienza si manifestò fino dal suo primo affermarsi con forme e contenuto e finalità che contrastavano con le idealità della Rivoluzione. I diritti dell'uomo proclamati nella *Dichiarazione* non potevano avere che un valore formale, per uomini che lottavano per l'esistenza. Assai più poté su di essi la solidarietà nel dolore, nella miseria, nella oppressione. Guidate da un istinto sicuro di difesa e di conservazione le classi operaie intuirono che la loro rigenerazione non poteva che dipendere da un'azione solidale e collettiva. Questo ideale di solidarietà nutrito alla scuola comune del lavoro e della miseria ben più che i diritti dell'uomo ebbe per effetto di scuotere le masse operaie dalla loro inerzia, di disciplinarle, di organizzarle a' fini della loro emancipazione. Contro la borghesia intellettualmente superiore ma che chiudeva in seno i germi della dissoluzione morale, dominata com'era dalla febbre del guadagno e del potere, contro la borghesia che esaltava la scienza in quanto questa colle sue applicazioni centuplicava la potenzialità degli strumenti del lavoro ch'erano in suo potere, contro la borghesia che sfruttava a' suoi fini egoisti gli ideali della Rivoluzione, che eresse a sistema etico l'utilitarismo, che invocava la lotta biologica e giustificazione della concorrenza economica, contro questa borghesia la massa operaia forte solo del numero, priva di diritti e nell'impossibilità di farli valere o di approfittarne, era portata a far suoi quegli ideali di solidarietà che la borghesia dispregiava,

a crearsi una concezione etico-giuridica da contrapporre agli ideali di virtù e di giustizia borghese. Contro la forza del denaro e del sapere che non erano in suo potere il proletariato assorto a dignità di classe oppose l'unica forza di cui poteva disporre, la forza morale che scaturiva dall'ideale della solidarietà umana. L'idealità etica della fratellanza, della solidarietà vennero in ogni tempo in soccorso dei deboli, dei diseredati, degli oppressi. Era inevitabile che a sostegno di questo sentimento etico di solidarietà umana e quindi nell'interesse specifico delle classi lavoratrici fossero invocate quelle correnti di pensiero che erano maggiormente in contrasto con le idealità della Rivoluzione borghese. Ora le dottrine socialistiche sorte nel secolo XIX rappresentano appunto l'anello di congiunzione tra le correnti del pensiero filosofico in quanto affermavano contro l'individuo le finalità della vita collettiva e la nuova coscienza etica e giuridica che si formava in seno alle classi lavoratrici in lotta per la loro emancipazione. Le dottrine socialistiche si presentano infatti costantemente sotto un duplice aspetto: sotto l'aspetto teorico esse cercano ricollegarsi con le diverse correnti di pensiero filosofico che si succedettero nel secolo XIX: sotto l'aspetto pratico esse mirano a piegare i principi filosofici alle idealità specifiche del proletariato. Discordi nei principi teoretici concordano nella finalità pratica. Tutte le correnti ideologiche del secolo XIX affluirono alla grande causa della rigenerazione proletaria, simile a immenso fiume che si nutre delle acque più diverse e lontane. Sotto la pressione dei fatti e delle esigenze pratiche le diverse correnti di pensiero socialista tendono a correggersi, a conciliarsi, a unificarsi. Solo in questa forma unificata, e corretta tendente a coordinare le pretese teoriche colle esigenze pratiche il pensiero socialista potrà procedere alla risoluzione della questione operaia senza intemperanze, senza odiosi esclusivismi. Gli interessi di classe allora solo sono legittimi quando cercano coordinarsi agli interessi di tutte le classi. L'azione pratica e riformatrice del socialismo è in ragione diretta della compenetrazione della questione operaia nella più ampia questione sociale. La comparsa del socialismo giuridico, la penetrazione del socialismo nel diritto privato, cioè in quel campo fino ad jeri chiuso ad ogni influenza esterna, che costituì per un secolo il santuario delle

idealità borghesi resistendo alle critiche più aspre, conservandosi inalterato ne' suoi principi di mezzo alle agitazioni, alle trasformazioni economiche e politiche, rappresenta per noi la prova più manifesta che il socialismo modificando i metodi di lotta, temperando le sue pretese teoriche ha guadagnato a sé la coscienza generale, è penetrato negli strati più profondi della società sorta all'ombra delle idealità della grande Rivoluzione, modificandola in quegli istituti che ne sono la più genuina espressione. Ma la riforma del diritto privato per riuscire veramente efficace, per non creare nuove condizioni di privilegio non deve svolgersi in senso socialista cioè nel senso di fare l'esclusivo interesse delle classi operaie, ma nel senso sociale, cioè colla coscienza di fare un vero e proprio interesse di tutta la società. Noi esamineremo le diverse correnti del pensiero socialista soprattutto in ordine all'influenza da esse esercitata nel diritto privato. Tale studio ha per noi un profondo significato. La maggiore o minore influenza che le diverse dottrine socialistiche esercitarono sul diritto privato è l'indice per noi più sicuro della loro maturità e della loro efficacia riformatrice. Si aggiunga che finché il socialismo si limitava a negare l'esistenza dei diritti individuali, e quindi la ragion d'essere del diritto privato, faceva opera vana, poiché disinteressandosi di esso e tutto aspettando da una ipotetica rivoluzione precludeva senza volerlo la via a qualsiasi riforma del medesimo. Non si possono impunemente rinnegare secoli di lotta per la conquista delle libertà individuali consacrate nei Codici. Il pensiero socialista si ritrasse da questo errore e anziché contraporre individuo a società oramai tende a conciliarli sul terreno del diritto privato. A misura che il socialismo diventa giuridico esso più non parla di abolire la proprietà, l'eredità, la famiglia, ma di trasformare questi istituti e di piegarli alle nuove idealità sociali. In tale intento esso può contare sulla efficace cooperazione di quanti dal Savigny in poi lavorarono a trasformare in senso sociale il diritto privato. Epperò la questione sociale nel diritto privato trovasi nel suo vero campo: coordinandosi alle tradizioni migliori del nostro pensiero giuridico essa può avviarsi a una pratica soluzione. Di qui vedremo la ragion d'essere e l'importanza del socialismo giuridico, che può considerarsi la manifestazione più moderna del pensiero socialista.

A) SOCIALISMO RAZIONALE E DIRITTO PRIVATO.

1. Caratteri, metodi, finalità del socialismo razionale. — 2. I nuovi diritti innati e loro carattere. — 3. Nuova concezione dello Stato e della società. — 4. Socialismo razionale e diritto privato (proprietà, successioni, famiglia, obbligazioni). — 5. Verità ed errori del socialismo razionale.

1. L'espressione di socialismo razionale è del Sombart ⁽¹⁾. Tale espressione a noi sembra preferibile a quella di socialismo utopistico che fu usata dall'Engels in contrapposizione a quella di socialismo scientifico applicata per designare il socialismo marxista ⁽²⁾. Noi crediamo che i concetti di utopia e di scienza sieno impropri applicati al socialismo. Anche il socialismo marxista ha il suo lato soggettivo e utopistico, mentre non mancano nel socialismo francese elementi positivi che entrano a costituire la coscienza socialista moderna. Col nome di socialismo razionale noi intendiamo col Sombart tutte quelle dottrine socialistiche che si svolsero in Francia nella prima metà del secolo e che trovarono la loro espressione storica nella rivoluzione del 1848. Più che le particolari vicende storiche di questa direzione del pensiero socialista, a noi interessa rilevarne i caratteri generali, i metodi, il fondamento teorico. Ora a noi pare poter affermare che il socialismo razionale non è che la continuazione del pensiero metafisico e sociale del secolo XVIII, di cui riproduce i metodi aprioristici, l'amore alle costruzioni razionali, la mancanza di senso storico, il preconcetto di trasformare il mondo colla sola forza della ragione, la fede nel progresso e nella bontà degli uomini. L'ordine naturale rilevato dalla ragione ritorna a rappresentare l'archetipo su cui foggiare le istituzioni sociali, e tale ordine naturale è sinonimo di armonia, di equilibrio, di perfezione, di fratellanza, e solidarietà umana. Ritorna infatti col

(1) SOMBART, *Sozialismus und Soziale Bewegung*, 5ª ediz., Fischer, 1905, pp. 29-46.

(2) ENGELS, *Il socialismo scientifico contro E[ugenio] Dühring*, trad. it. sulla 5ª ediz. tedesca di S. Puritz, Sandron, 1901.

socialismo razionale il concetto di diritti naturali innati, che le leggi devono rispettare e garantire da eventuali violazioni. L'ordine naturale è nuovamente opposto all'ordine costituito e come quello è fonte di felicità, questo è la causa di ogni male e deve condannarsi come contrario alla ragione. Ora si tratta di vedere quale fu il nuovo ordine naturale che i socialisti razionali opposero all'ideale dei giusnaturalisti. Per riassumere in breve il nostro concetto diremo che il nuovo ideale è essenzialmente sociale mentre l'ideale della filosofia giuridica politica del XVIII secolo fu soprattutto individualista. Sorge coi socialisti razionali una nuova concezione dell'uomo e della società rispondente alla nuova condizione di cose creata dalla trasformazione sociale, ed economica che seguì la grande Rivoluzione. Da Rousseau a Saint-Simon le condizioni sociali si erano profondamente modificate. Nel secolo XVIII il problema fondamentale dell'epoca era soprattutto giuridico e politico. La scuola del diritto naturale aveva idealizzato le aspirazioni della borghesia in lotta contro il passato, contro il privilegio, contro il dispotismo. Si trattava di rivedere il contratto sociale, di preparare un nuovo patto inteso a regolare i rapporti tra sudditi e sovrano secondo le aspirazioni della borghesia idealizzate e razionalizzate. Soprattutto si imponeva la necessità di garantire l'individuo, la sua personalità, i suoi naturali diritti dalle violazioni del potere sovrano. Le idealità sociali e umanitarie del Rousseau e dei Convenzionali non deviarono il movimento rivoluzionario da quella che era l'aspirazione suprema dell'epoca, la libertà individuale. Senonché la società nuova uscita dalla Rivoluzione non realizzava che parzialmente e imperfettamente le idealità dei giusnaturalisti. L'affermazione dei diritti dell'uomo lungi dal costituire rimedio ai mali sociali, lungi dall'instaurare l'ordine, l'armonia, aveva in realtà accentuato il dissidio tra quelle idealità e le condizioni di fatto rendendo più amaro il disinganno. Nuove lotte si andavano delinendo: la scienza colle sue scoperte e applicazioni aveva originato una nuova rivoluzione nel campo economico, nei sistemi di produzione. L'oppressione risorgeva sotto altra forma: le violazioni della libertà, e della personalità apparivano non più sotto la forma politica ma economica. Non era più la borghesia in lotta con il feudalismo per la conquista delle libertà civili e politiche:

la borghesia vittoriosa forte de' suoi privilegi, sfruttando a suo vantaggio le conquiste della Rivoluzione e della scienza si era resa a sua volta oppressiva del proletariato, che era ripagato della sua cooperazione all'opera rivoluzionaria, colla miseria, con le lunghe ore di lavoro, con salari irrisori. L'uguaglianza dello stato di natura non poteva trovare nei fatti che seguirono la Rivoluzione più aperta smentita. Di fronte ai nuovi mali, generati dalla trasformazione industriale, la ragione riprende la sua missione critica nell'interesse delle classi lavoratrici, che rappresentano nel nuovo periodo storico i deboli, gli oppressi, i sofferenti. E quanto maggiori i mali altrettanto più forte si levò la critica, e più arditi si idearono i piani di ricostruzione sociale. I metodi di ricostruzione erano sempre quelli, solo l'edificio si presentava in forme nuove rispondenti alle aspirazioni di solidarietà che erompevano dal seno della classe operaia. Non può negarsi che le dottrine socialiste razionali intuirono il problema destinato a divenire il problema dominante del secolo, e vagamente intuirono la soluzione. In tali dottrine troviamo in modo esplicito affermato che la questione economica deve oramai prevalere sulla questione politica: la concorrenza industriale è indicata come fonte di dissidi sociali: è rilevato il conflitto tra capitale e lavoro, e con esso è rilevata la necessità di riparare alle disuguaglianze di fatto per rendere effettive e non illusorie per la gran massa lavoratrice le conquiste della Rivoluzione. Ma posto il problema se ne cercò la soluzione secondo i metodi aprioristici: sopra i dati offerti dalle nuove condizioni industriali e dai progressi delle scienze si cercò costruire razionalmente un tipo di società in cui fossero garantiti i diritti naturali dell'uomo all'esistenza, alla libertà, all'eguaglianza, al prodotto integrale del lavoro. La nota dominante di tali sistemi è la cooperazione, e la solidarietà. Nell'aver accentuato tale carattere sopra lo spirito individualista dell'età precedente sta la loro originalità. Il lavoro diviso e associato era una esigenza della grande industria: ma la cooperazione economica doveva svolgersi sulla base del sentimento di simpatia e solidarietà di tutte le classi sociali ugualmente interessate alla produzione e alla ripartizione dei prodotti del lavoro comune. Per questo lato gli scrittori socialisti dell'epoca vibravano all'unisono colla coscienza proletaria ch'era tutta pe-

netrata da sentimenti di umanità, di fratellanza, di mutua assistenza. E con quali mezzi si sperava l'attuazione dei nuovi sistemi di riforma sociale? Qui si rivela tutta la ingenuità degli scrittori socialisti. Essi si considerano al di sopra e all'infuori di ogni antagonismo di classe. Essi desiderano migliorare le condizioni materiali per tutti i membri della società non esclusi i privilegiati. Non cessano dal fare appello alla società tutta intera senza distinzione di classi, rivolgendosi a preferenza alla classe dominante, facendo assegnamento sul buon cuore, sullo spirito di generosità che doveva animarla in favore delle classi inferiori. Essi respingono ogni azione politica e soprattutto ogni azione rivoluzionaria; non favoriscono l'organizzazione operaia: tendono al loro scopo con mezzi pacifici, sfruttando per la causa della rigenerazione proletaria il fattore etico e religioso (S. Simon): molto sperano dalla forza dell'esempio, dalla diffusione del sapere, dalla propaganda diretta a convertire i ricchi, dalla esperienza dei loro disegni di ricostruzione sociale fatta in piccole proporzioni (Owen) ⁽³⁾. L'idea di Rousseau che l'uomo è buono per natura, che la società lo rende malvagio, che basta modificare il sistema sociale per attuare il regno della giustizia e dell'amore costituisce il presupposto delle dottrine socialiste francesi della prima metà del secolo XIX. Lo spirito di Rousseau invaso da sentimenti di umanità e di eguaglianza rivive nell'opere dei socialisti francesi. Ma con quale effetto sulle classi dirigenti e soprattutto sul proletariato ch'era il maggior interessato? La risposta non è dubbia: con effetto pressoché nullo. I vari tentativi fatti per attuare le nuove idealità socialiste furono tutti coronati da insuccesso. Il più clamoroso fu quello che seguì la rivoluzione di febbraio del 1848 in Francia. Dopo le giornate di febbraio i socialisti erano padroni della situazione. Blanc era l'anima della nuova rivoluzione, e l'organizzazione del lavoro secondo gli ideali socialisti era attuata. Nell'intenzione di Blanc il 1848 doveva operare nell'ordine economico la stessa rivoluzione

⁽³⁾ MARX, *Manifeste du parti communiste*. Trad. Laura Lafargue. Pubblicato in appendice all'opera di LABRIOLA Antonio, *Essais sur la conception matérialiste de l'histoire*, Paris, Giard, 1902. Nel *Manifesto* il Marx in brevi tratti caratterizza il socialismo francese. Da esso attinse il SOMBART, *op. cit.*, pp. 29 e seg.

che l'89 aveva operato nell'ordine politico. Già preparava una nuova Dichiarazione dei diritti in senso economico, e si iniziava la riforma della legislazione in senso sociale. Ma l'insuccesso che coronò questo sforzo supremo dimostra come le nuove dottrine non avessero profonde radici nella coscienza generale. Egli è che l'epoca de' sistemi razionali, dei diritti naturali era definitivamente chiusa. Le classi dirigenti erano troppo legate ai loro interessi materiali per commuoversi alle fantastiche definizioni del nuovo ordine sociale vagheggiato dai socialisti. Esse erano oramai indifferenti alle idealità sociali e erano mature per accogliere la nuova filosofia materialista che sulla base delle leggi fisiche e biologiche riabilitava la morale dell'egoismo e i loro privilegi. D'altro canto il proletariato, se consentiva nella critica, e nelle finalità lontane delle dottrine socialiste, intuì istintivamente l'inanità dei mezzi proposti per attuarle. L'insuccesso del 1848 tolse ogni illusione al riguardo. La forza delle cose poté più che le teorie dei filosofi. Come le classi dominanti nella difesa dei loro interessi, così le classi lavoratrici divennero pratiche e utilitarie nella scelta dei metodi di lotta. Alla forza dell'organizzazione operaia, alla lotta di classe esse chiesero quello che invano avevano sperato dalla generosità delle classi dirigenti. Ma non fu vana l'opera dei socialisti francesi: essi destarono in seno alla massa operaia la fiamma dell'ideale, la speranza di un miglior avvenire. E a misura che nella lotta per la loro rigenerazione le masse operaie sentono di avvicinarsi alla meta, esse vedono tradursi nei fatti quell'ideale di giustizia e di solidarietà umana la cui concezione costituì la ragion d'essere del socialismo razionale.

2. Particolarmente interessante è l'influenza che il socialismo razionale esercitò nel campo del diritto pubblico e privato. Tale influenza si esplica sotto tre forme: nella formulazione di nuovi diritti dell'uomo: nella nuova concezione dello Stato: nella trasformazione degli istituti di diritto privato. Fu notato che la metafisica del diritto naturale rivive nel nuovo socialismo razionale, e rivive secondo il Vanni non solo nei metodi aprioristici, ma soprattutto nella dottrina per entrambi fondamentale dei diritti innati, dei diritti primitivi, inalienabili, imprescritti-

bili, che l'uomo possiede per il solo fatto di essere uomo, indipendentemente da qualunque riconoscimento storico, sociale, politico. Tale innesto dell'ideale socialista sul vecchio tronco dell'individualismo giuridico fu rilevato come una contraddizione del socialismo contemporaneo il quale move, osserva il Vanni, da premesse essenzialmente individualistiche per riuscire poi a risultati di affatto opposta natura ⁽⁴⁾. Ora a noi non pare del tutto fondata la grave affermazione del Vanni. Con lui consentiamo quando afferma che il concetto di un diritto di natura innato risorge nel socialismo razionale: ma risorge secondo noi modificato, adattato alla nuova concezione di giustizia sociale. Nelle nuove dottrine che si succedettero dal Saint-Simon al Blanc l'individuo non è più concepito contrapposto alla società, forte de' diritti inerenti alla sua personalità: esso più non ci appare chiuso in se stesso, geloso custode de' suoi diritti ch'egli cerca far valere contro la società. La libertà appare all'individuo del secolo XVIII l'unico ideale da raggiungere: essa è la fonte di ogni diritto, il diritto originario da cui tutti gli altri derivano (Kant). Esso vede nello Stato un pericolo alla libertà, epperò ne vuol ridotte al minimo le funzioni. Di qui la necessità di un contratto che segni i limiti dei poteri dello Stato nei rapporti coll'individuo. La concezione contrattualista più non riappare nelle dottrine del socialismo razionale o quanto meno non ne costituisce il fondamento. Si proclamano nuovi diritti innati ma questi, più che all'individuo in se stesso e nella sua personalità considerato, spettano all'individuo sociale in quanto è destinato a conoscere con altri uomini nel raggiungimento di finalità comuni. Sono diritti che l'uomo non deriva direttamente dalla sua personalità, ma pretende dalla società in cui vive: più che dall'uomo essi traggono origine da un determinato ordine di rapporti economici e sociali. Non è più l'individuo che basta a se stesso, soddisfatto della sua libertà che respinge come un pericolo l'in-

(4) VANNI, *La funzione pratica della filosofia del diritto considerata in sé e in rapporto al socialismo contemporaneo*, Bologna, Zanichelli, 1894, pp. 35 e seg. Tale connessione tra il socialismo e la dottrina del diritto naturale fu notata anche dallo SCHEEL, *Socialismus und Kommunismus*, § 3 e soprattutto dal DIETZEL, *Individualismus* nell'*Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Jena, 1892.

tervento dello Stato, ma è l'individuo che invoca l'aiuto dello Stato, e cerca nella cooperazione sociale un mezzo per garantire la propria libertà e personalità. Tali diritti si chiamano il diritto al lavoro, all'esistenza, al prodotto integrale del lavoro. Col socialismo razionale l'individuo si riconcilia colla società, e da questa unione traggono il loro fondamento i nuovi diritti. Questi rappresentano i desiderati della classe lavoratrice trionfante della rivoluzione del 1848, cioè di quella classe che doveva avere maggior fiducia nell'assistenza sociale che non nella forza della propria libertà. La classe lavoratrice che non era in grado di approfittare della libertà invoca i diritti che hanno per base la solidarietà umana. Il nuovo codice di natura rispetta quindi le idealità sociali del proletariato; epperò non riscontriamo in esso quello spirito individualista che si rivela invece spiccato nella Dichiarazione dei diritti proclamata nel 1789.

3. Dal socialismo razionale scaturiva una nuova concezione dello Stato e della società. È giusto riconoscere che prima del Comte, Saint-Simon e la sua scuola ebbero chiara coscienza del concetto di società concepita come una unità vivente, capace di sviluppo e di finalità sue proprie distinte dagli individui componenti e dallo Stato. L'affermazione di questo nuovo concetto intermedio tra lo Stato e l'individuo ebbe per effetto di originare nel campo del diritto i nuovi problemi d'indole sociale e di far passare in seconda linea le questioni puramente politiche. A richiamare l'attenzione sul concetto di società e sui problemi relativi concorsero soprattutto le nuove condizioni industriali. Queste infatti colla divisione di classi creano i primi conflitti tra capitale e lavoro, conflitti dai quali è soprattutto caratterizzata e rilevata la vita sociale. Il Saint-Simon ebbe chiara l'idea della differenza tra rivoluzione politica e rivoluzione sociale affermando che quest'ultima non dipende dalla forma di governo o dai poteri politici ma dalle condizioni economiche. Alla mente di Saint-Simon e de' suoi seguaci la società usciva polverizzata dalla Rivoluzione, ossia risolta ne' suoi elementi. L'attività degli individui si svolgeva sciolta da ogni freno morale sotto l'unica guida dell'interesse egoistico: la produzione si presentava in forme anarchiche: gli individui e le classi sociali divisi da rivalità e da odi

profondi. Di fronte a questo stato di cose disordinato e irrazionale si imponeva il problema della riorganizzazione sociale. È questo esclamava Saint-Simon il compito del secolo XIX. Organizzazione è la espressione favorita nelle opere dei socialisti razionali, ed essi amano contrapporla all'individualismo o atomismo sociale. Variano secondo i sistemi i mezzi escogitati per raggiungere lo scopo: gli uni fanno affidamento sui sentimenti di amore e di fratellanza umana (Saint-Simon) altri invocano la scienza, altri lo Stato (Blanc) o la giustizia (Proudhon). Tutti vedono la necessità di regolare la produzione sopra basi più umane e razionali. Il Blanc istituisce gli *ateliers* sociali sovvenzionati dallo Stato, il Fourier immagina il *Falansterio* destinato a instaurare nella produzione l'ordine, l'associazione e coordinazione degli sforzi, l'equa ripartizione dei prodotti. Come chiaramente si vede l'idea di ricostituire la società mediante l'associazione e il regolamento razionale della produzione è l'idea predominante delle nuove dottrine. Ciò che merita di essere rilevato è la parte secondaria fatta allo Stato nei sistemi usciti dal socialismo razionale. Se si eccettua il Blanc tutti gli altri sistemi combattono l'intervento dello Stato: alcuni ne propongono addirittura l'abolizione (Proudhon, Fourier). Tutto si attende dalla organizzazione sociale della produzione, poco o nulla dallo Stato. Saint-Simon fino dal 1816 definiva la politica scienza della produzione e prediceva la completa sua riduzione all'economia. Si ha qui in germe, osserva l'Engels, l'idea che i rapporti economici sono la base della costituzione politica e che il regime politico deve trasformarsi nella amministrazione e direzione dei processi di produzione, il che equivale alla teoria della abolizione dello Stato ⁽⁵⁾. Lo Stato non esiste nel sistema di Fourier. Anche il Proudhon non vuol saperne né di Stato né di autorità: l'organizzazione industriale dev'essere economica non politica.

L'avversione che il Fourier e il Proudhon manifestano verso lo Stato e ogni potere costituito, e d'altra parte la fiducia che essi dimostrano nella volontà dell'uomo indusse tra gli altri il Michel ad ascriverli tra gli individualisti e i precursori del pen-

⁽⁵⁾ ENGELS, *Il socialismo scientifico* [cit.], Sandron, [Palermo], 1901, p. 272.

siero anarchico ⁽⁶⁾. Noi contro il Michel siamo con quelli che pongono il Fourier e il Proudhon tra i rappresentanti del pensiero socialista razionale. Essi sono individualisti in politica non in ordine al problema dell'epoca ch'era soprattutto sociale. I problemi politici non li interessano, anzi sono disposti a riconoscere che lo Stato è un male che bisogna combattere fino ad abolirlo. Ma nell'ordine economico, a togliere il dualismo tra capitale e lavoro riconoscono la necessità di limitare la libertà, di assorbire l'individuo in una organizzazione economica. Quasi si direbbe che essi mirano a sciogliere gli individui da ogni vincolo giuridico e politico per meglio disciplinarlo in un organismo economico. Del resto l'avversione all'azione politica è carattere proprio del socialismo razionale, per cui esso si distingue dalle concezioni sociali del XVIII secolo che, ignorando i dualismi di classe e solo ponendo mente al contrasto tra individuo e Stato mirarono ad assorbire col Rousseau e la sua scuola quello in questo pur movendo dalle premesse individualiste dell'epoca. Il Fourier ed il Proudhon anche ammettendo col Michel che fossero per principi più che individualisti, anarchici, a risolvere i dissidi economici arrivarono a conclusioni di carattere socialista.

4. Il socialismo razionale per l'importanza data ai rapporti economici era naturalmente portato sul terreno del diritto privato. Il Codice del 1804 assumeva alle menti dei socialisti francesi uno speciale significato: esso rappresentava l'organizzazione della proprietà nell'interesse della borghesia: esso legittimava co' suoi principi l'anarchia economica, consacrava il privilegio dei proprietari, la servitù dei non proprietari. Il carattere assoluto e inviolabile della proprietà infatti creava al proprietario una posizione di privilegio e di monopolio soprattutto in ordine ai mezzi di produzione: d'altra parte il principio della libertà contrattuale originava il salariato e poneva l'operaio alla mercè del capitalista e del proprietario dei mezzi di lavoro. I socialisti francesi attaccando il Codice del 1804 attaccavano tutto un sistema di principi che costituivano il principale ostacolo alla rigenerazione delle classi lavoratrici: esse videro la necessità di riformare

⁽⁶⁾ MICHEL, *L'idée de l'Etat* [cit.], Paris, Hachette, 1896, Libro III, capo IV.

gli istituti di diritto privato sulla base della solidarietà sociale e nell'interesse delle classi che dal Codice erano state escluse e che trovavano in esso la causa della loro miseria e servitù economica.

La trasformazione che il diritto privato subiva per opera del socialismo razionale era la trasformazione in senso sociale di quei diritti che i giusnaturalisti avevano concepito come l'espressione dell'individualità. L'origine sociale dei diritti privati era apertamente affermata. Il presupposto dei medesimi non è più l'individuo o l'uomo di natura, ma la società di natura. I diritti di cui l'uomo gode sono subordinati alle esigenze della vita collettiva, la quale non è più come nel XVIII secolo una istituzione contrattuale e artificiale, ma è concepita come naturale essa stessa. E se si parla ancora di diritti di natura, questi non devono intendersi indipendenti dalla società ma a questa coordinati. Ciò premesso noi possiamo facilmente comprendere la critica del socialismo francese al diritto privato e l'indole e il significato delle riforme proposte.

Fu anzitutto contro l'istituto della proprietà quale era regolato nel Codice del 1804 che si appuntarono le critiche dei socialisti francesi. Bisogna loro riconoscere il merito di averne compreso tutta l'importanza sociale. Nel 1851 Augusto Comte felicitava i proletari di aver compreso che la proprietà loro interessava assai più del potere propriamente detto (7). Ma assai prima di lui Saint-Simon che gli fu maestro affermava che la legge che costituisce i poteri e la forma di governo non è così importante e decisiva per il benessere delle nazioni come quella che costituisce la proprietà e ne regola l'esercizio (8). Le critiche alla proprietà sono frequenti nel secolo XVIII. Il Meslier, il Morelly, il Mably attaccarono vigorosamente la proprietà, ed è nota l'invettiva rettorica del Rousseau contenuta nel suo *Discours sur l'inégalité* (1754) contro colui che primo impose il rispetto alla proprietà. Ma tali critiche erano dettate da considerazioni etiche: la proprietà individuale in questi scrittori era considerata

(7) COMTE, *Système de politique positive*, 1851, I, p. 151.

(8) Vedasi l'*Exposition de la doctrine Saint-Simonienne* (1828-1830) nelle *Oeuvres*, vol. 41° (1822). Cfr. anche FOURNIÈRE, *Les théories socialistes au XIX siècle, de Babeuf à Proudhon*, Paris, Alcan, 1904, capo IV.

fonte di iniquità, di immoralità, di corruzione. Ma le loro critiche e le loro proposte di riforma non prevalsero contro la concezione opposta dei giusnaturalisti accettata dal Kant, secondo cui la proprietà è di diritto naturale, spetta all'uomo come tale, è assoluta, inviolabile. Questa fu la teoria accolta nel Codice. La conseguenza logica che da tal teoria scaturiva (conseguenza del resto che gli scrittori di diritto naturale e soprattutto il Fichte trassero) era che tutti dovevano godere della proprietà, considerata come condizione di libertà. Ma anche questo sogno tramontò coll'avvento dell'industrialismo, il quale creava una nuova forma di proprietà, la proprietà capitalista che si estendeva agli strumenti di produzione e implicava la esclusione della gran massa dei lavoratori dal godimento della proprietà, condannandoli alla condizione di salariati. La nuova forma di proprietà creava ai capitalisti una situazione di privilegio che loro permetteva di sfruttare il lavoro dell'operaio e trarne un profitto ingiusto. Il Saint-Simon ebbe perfetta coscienza della nuova condizione di cose creata dalla grande industria e da essa più che dalla influenza delle dottrine sociali del XVIII secolo, come alcuni sostennero, trasse motivo di critica dell'ordinamento della proprietà consacrato nel Codice Civile. L'idea predominante nella dottrina di Saint-Simon è che la proprietà non è un diritto di natura, ma è un diritto sociale. La proprietà non ha nulla di assoluto: essa si fonda sull'utilità comune e col variare di questa mutano le forme della proprietà. La concezione della proprietà secondo Saint-Simon appariva ad un tempo diversa da quella sostenuta dal Rousseau e da quella accolta dai giuristi. A differenza del Rousseau che faceva dello Stato l'arbitro della proprietà individuale e il regolatore supremo secondo il criterio del pubblico interesse, Saint-Simon insiste sul carattere naturale e sociale della medesima all'infuori di qualsiasi considerazione di ordine politico. D'altra parte contro i sostenitori del Codice sosteneva la relatività del diritto di proprietà, e il diritto della società di modificarla nel proprio interesse.

Il fatto nuovo che i socialisti francesi rilevarono in ordine alla proprietà e che i critici del XVIII secolo solo vagamente intuirono fu la proprietà acquistata senza lavoro, sfruttando il lavoro altrui. L'organizzazione della proprietà nel XVIII secolo, la

quale era soprattutto fondiaria, non permise di rilevare questo fatto che divenne invece evidente nella grande industria e nei rapporti tra capitalisti e operai che essa generava. La critica di Saint-Simon [muove] dalla constatazione del reddito industriale senza lavoro, e per ciò solo veniva a scuotere l'idea cara ai giusnaturalisti che si erano illusi di giustificare la proprietà dando ad essa per fondamento il lavoro. In *Enfantin* e nel *Bazard*, continuatori della dottrina di Saint-Simon, si accentua l'antagonismo tra chi lavora e chi vive del lavoro altrui: la rendita fondiaria e il profitto del capitale sono equiparati nell'origine e nei risultati: entrambi i redditi costituiscono una imposta che gli operai pagano ai proprietari oziosi dei fondi e dei capitali. Anche il Proudhon il classico demolitore della proprietà privata consacrata nei codici move nella sua critica dal principio fondamentale dei saint-simoniani secondo cui ogni reddito senza lavoro, sia esso conseguito sotto forma di rendita fondiaria o di profitto del capitale, è un furto perpetrato a danno delle classi operaie⁽⁹⁾. Soprattutto il Proudhon si dà cura di distruggere i tradizionali argomenti addotti a sostegno della proprietà, l'occupazione, il diritto naturale, la legge e soprattutto il lavoro, e fa servire alla sua tesi gli argomenti etici degli scrittori francesi del 18° secolo. Ma alla demolizione della proprietà doveva tener dietro la ricostruzione, e questa si riassume nel concetto della proprietà comune della terra e degli strumenti produttivi. L'idea di una comunione di beni non era nuova: ma essa non era nel socialismo francese una vaga astrazione, ma aspirazione lontana; essa trovava nelle forme collettive in cui si svolgeva la produzione industriale un qualche fondamento. L'antagonismo di classe sorgeva soprattutto non dal nuovo regime industriale, ma dal fatto del monopolio dei mezzi di produzione, e dell'ingiusta ripartizione dei prodotti. L'utopia più che nella finalità stava nei rimedi proposti per attuare il passaggio dalla proprietà privata

(9) Sono noti del Proudhon gli scritti in cui tratta la questione della proprietà: « *Qu'est ce que la propriété* », 1840: *Lettre a Mr. Blanqui sur la propriété* [1841]; *Avertissements aux propriétaires ou lettre à Considérant [rédacteur de « La Phalange » sur une Défense de la propriété, Paris]*, 1840. Il concetto che la proprietà è un furto si ritrova nel BRISSOT, *Sur la propriété et sur le vol*, 1780, e in Babeuf.

alla proprietà collettiva. Più che nelle forze vive del proletariato, nella sua organizzazione di classe, nella sua azione politica il socialismo razionale e prima di tutti il Saint-Simon e la sua scuola ebbe fiducia in una radicale trasformazione dell'istituto dell'eredità.

L'eredità nel pensiero di Saint-Simon e de' suoi seguaci (Bazard, Infantin, Rodrigues) rappresentava il diritto alla ricchezza e all'ozio consacrato fin dalla nascita ⁽¹⁰⁾. Essa perpetuava quello stato di ingiustizia e di privilegio ch'essi combattevano nell'interesse dei diseredati. Ma a proclamare apertamente l'abolizione del diritto ereditario essi furono indotti dalla considerazione pratica ch'esso era il mezzo più semplice per attuare il nuovo codice sociale fondato sulla solidarietà e sulla eguaglianza di fatto. Sotto questo aspetto Saint-Simon e i suoi seguaci si distinguono da quanti prima di loro sostennero la riforma radicale del diritto successorio in omaggio a un ideale di uguaglianza astratta. Il Bernstein non è completamente nel vero quando riconnette la proposta dell'abolizione ereditaria del Saint-Simon con le riforme successive del periodo rivoluzionario ⁽¹¹⁾. Queste non miravano all'abolizione dell'eredità ma bensì a farla servire all'uguaglianza fra gli eredi. I Convenzionali si levarono soprattutto contro la successione testamentaria che perpetuava l'arbitrio nella evoluzione ereditaria, ma non intesero abolire la successione legittima che doveva aver luogo secondo i criteri di uguaglianza fra i coeredi, che il legislatore stesso poneva. In Saint-Simon l'abolizione ereditaria costituiva il complemento pratico del suo sistema di idee, e non si può negare che anche per questo aspetto egli precorreva dottrine e riforme posteriori. Dato il carattere sociale e collettivo della produzione, dato il vincolo di solidarietà che insieme stringe non solo i membri di una famiglia ma tutti i componenti della società, la successione ereditaria perdeva ogni ra-

⁽¹⁰⁾ Cfr. BUONARROTI, *Conspiration pour l'égalité [dite de Babeuf, suivie du procès auquel elle donna lieu et des pièces justificatives]*, vol. II [Bruxelles] (1828), p. 305.

⁽¹¹⁾ Cfr. del Bernstein la prefazione al compendio tedesco del lavoro del RIGNANO, *Un socialisme en harmonie avec la doctrine économique libérale* (Paris, Giard, 1904), pubblicato sotto il titolo *Los von der Erbschaft*, Berlin, Wigand, 1905.

gion d'essere, costituiva uno strappo al concetto di solidarietà, creava disuguaglianze artificiali, costituiva un ostacolo a qualsiasi riforma tendente a regolare su nuove basi l'istituto della proprietà. D'altro canto i lavoratori per lo più privi di proprietà non avevano interesse di sorta a conservare l'istituto dell'eredità, mentre la sua abolizione colpiva soprattutto le classi proprietarie e capitaliste obbligandole a restituire alla società il mal tolto.

Alla trasformazione della famiglia non diedero speciale importanza i socialisti francesi. Ancora non aveva l'industrialismo raggiunto tal grado di sviluppo da metter in rilievo la sua azione corrosiva sull'organizzazione della famiglia. Su questa più che le influenze economiche avevano ancora maggior potere le considerazioni morali e la forza della tradizione. Ad ogni modo negli scarsi accenni che nelle opere del socialismo razionale si incontrano in ordine ad eventuali riforme della società famigliare l'idea prevalente è che il matrimonio deve svolgersi sulla base della più ampia libertà e della più assoluta uguaglianza dei coniugi all'infuori di qualsiasi vincolo legale o religioso. Nella libertà del sentimento e del dovere si cercò la base del matrimonio. Ciò premesso in generale possiamo affermare che la teoria del libero amore col conseguente obbligo da parte della società e dello Stato di provvedere all'allevamento e al mantenimento della prole non si riscontra nelle dottrine del socialismo razionale. Essa è una teoria essenzialmente anarchica, e teoricamente contrasta collo spirito della dottrina socialista ⁽¹²⁾. In Saint-Simon nulla abbiamo che possa far credere ch'egli miri ad una trasformazione radicale dei rapporti sessuali. Anche tra i suoi seguaci prevalse fino alla uscita di Bazard, l'idea del matrimonio monogamico e indissolubile del cristianesimo ⁽¹³⁾. Solo più tardi En-

⁽¹²⁾ Il MENGER afferma (*Lo Stato socialista*, Bocca, 1905, p. 165 nota) che solo il Godwin e l'Owen, benché vogliano mantenere il matrimonio, si avvicinano, col grande rilassamento del vincolo coniugale che propugnano, al libero amore (Vedi citazioni). Tra i socialisti posteriori solo il BEBEL (*Die Frau und der Sozialismus*, 1883) sostenne il libero amore: ma non fu seguito su questa via dai più autorevoli rappresentanti del pensiero socialista tedesco (Rodbertus, Marx, Lassalle, Engels, Kautsky, ecc.).

⁽¹³⁾ Cfr. la *Notice historique* nelle *Oeuvres complètes* citate, vol. VI, 1866, p. 43.

fantin espresse l'idea di un matrimonio collettivo fra i membri della comunità Saint-Simonista sotto l'alta direzione dei capi della comunità. Ma simili proposte di Enfantin furono vivamente contrastate e provocarono scissioni ⁽¹⁴⁾ che determinarono la rovina del movimento saint-simonista. Dobbiamo al Fourier la critica più acuta e vivace del matrimonio e dei rapporti sessuali quali erano regolati nel costume e nella legislazione civile. Ma quanto è profondo e geniale nella critica altrettanto è paradossale nelle riforme proposte. Egli a dire del Menger propone per la società nuova una combinazione della poligamia col libero amore. Le sue riforme in materia sessuale non furono prese sul serio neppure dai discepoli e ammiratori del suo sistema di organizzazione economica. Egli stesso del resto ne rimandava l'attuazione ad un avvenire così lontano da far credere a una rinuncia delle sue idee di riforma. Come si può da questi brevi cenni desumere il socialismo razionale fu in ordine alla costituzione familiare prudente e conservatore: certo assai meno utopistico di molti appartenenti al cosiddetto socialismo scientifico, Bebel non escluso.

A una sostanziale trasformazione arrivarono invece i socialisti francesi in materia di obbligazioni e di contratti. I principi direttivi in questa parte del diritto privato erano stati per parte dei giusnaturalisti e dei giuristi del Codice il principio della perfetta uguaglianza delle parti, e il principio della libertà contrattuale. Contro questi due principi si levò la critica socialista e si levò sotto l'influenza del nuovo sistema industriale che di quei due principi costituiva la più aperta violazione. Il regime industriale creava tra padroni e operai condizioni di fatto così diverse ch'era una crudele ironia parlare di uguaglianza tra le parti. D'altra parte il consenso dell'operaio alle condizioni di lavoro, lungi dall'esser libero nel senso voluto dal legislatore si svolgeva in condizioni di assoluta necessità, quando cioè l'operaio disoccupato premuto dal bisogno doveva accettare senza discutere le condizioni di lavoro stabilite dall'industriale. I socialisti francesi, primo fra tutti Saint-Simon ebbero chiara la visione di questo

(14) Cfr. MENGER, *op. cit.*, p. 167 nota.

dissidio, della iniquità intrinseca al contratto di lavoro industriale che consacrava la servitù sotto le sembianze della libertà, sotto le forme della più assoluta legalità. Essi non proposero riforme esplicite di questa parte della legislazione civile, bensì mirarono con piani di organizzazione sociale del lavoro a rendere impossibile la disuguaglianza sociale. Aboliti i rapporti di classe, organizzata la proprietà sopra nuove basi, assorbito l'individuo e la sua volontà nella personalità del tutto, trasformate le obbligazioni private in obbligazioni collettive la sfera del contratto veniva a restringersi al punto da perdere ogni importanza. In ordine alla organizzazione sociale del lavoro noi abbiamo due forme distinte del pensiero socialista razionale. In una prima forma (Saint-Simon, Blanc) l'organizzazione sociale del lavoro è concepita per opera dello Stato. Questo, distolto dalle sue funzioni politiche, diventa il supremo regolatore dell'economia pubblica. La produzione si svolge mediante una serie di organi amministrativi e gerarchici secondo un piano prestabilito in cui nessuna parte è fatta all'iniziativa privata ⁽¹⁵⁾. Data l'organizzazione pubblica del lavoro sociale il diritto privato contrattuale non ha più ragion d'essere. Il contratto di lavoro è regolato dallo Stato: tutti i rapporti economici privati sono soppressi in conseguenza della soppressione della libertà contrattuale. Ma in una seconda forma il pensiero socialista razionale tende all'organizzazione sociale del lavoro all'infuori dello Stato sulla base di associazioni volontarie. Rappresentante di questo sistema è il Fourier ⁽¹⁶⁾. I soggetti del diritto non sono più gli individui ma le associazioni che si formano sulle basi di una libera intesa fra individui senza intervento dello Stato. I rapporti della vita privata si svolgono in tali associazioni collettivamente sulla base della libertà. Vien meno quindi il fondamento e la ragion d'essere del diritto contrattuale.

⁽¹⁵⁾ L'espressione *organisation du travail* si trova per la prima volta nella *Exposition* ecc. e si diffuse col noto lavoro di BLANC, *Organisation du travail* (1840). Il Blanc fu l'anima della rivoluzione del 1848.

⁽¹⁶⁾ Cfr. FOURIER, *Le nouveau monde industriel [et sociétaire, ou Invention du procédé d'industrie attrayante et naturelle distribuée en séries passionnées]* (1829) [Paris, 1829-1830], p. 119 nelle *Oeuvres*, vol. VI (1848), p. 200.

5. Abbiamo cercato di riassumere il pensiero del socialismo razionale soprattutto in ordine al diritto privato. Gli scrittori mettendo in evidenza i particolari utopistici del medesimo, si precludono la via a intenderne lo spirito e il profondo significato. È facile far la critica del socialismo razionale come di tutti i sistemi usciti dalla scuola razionale, ma meno facile è rilevare le ragioni psicologiche e storiche che fanno di esso una manifestazione caratteristica della coscienza sociale e giuridica del secolo XIX. Il socialismo razionale non ha legami colle utopie sociali del passato: esso astrae dal presente e precorre l'avvenire. Il socialismo razionale move da una intuizione sostanzialmente vera dei problemi sorti in seno alla civiltà industriale moderna. Il nuovo orientamento delle classi sociali, conseguenza del regime industriale, la lotta tra capitale e lavoro, la vita sociale distinta dalla vita politica, il fatto economico dominante nei rapporti sociali, questi e altri concetti che sono a noi famigliari sono implicitamente e talvolta esplicitamente dichiarati nel cosiddetto socialismo utopistico. Non solo i socialisti francesi non meritano il nome di utopisti per ciò che riguarda la constatazione del reale; essi meritano ancor meno tale denominazione nella critica delle istituzioni giuridiche sorte dalla Rivoluzione e consacrate nei codici. Nessuno con maggior efficacia di essi esercitò la critica contro gli istituti di diritto privato quali erano regolati dal codice napoleonico. Ricordiamo la critica fatta dai Saint-Simonisti dell'eredità, dal Proudhon della proprietà, dal Fourier della famiglia, e in favore dell'emancipazione della donna. Il metodo razionale da essi seguito era il più indicato per la critica. Esso aveva già fatto le sue prove nella demolizione degli istituti di diritto feudale per la causa della libertà umana: esso continuò la sua funzione storica demolitrice in ordine ai principi giuridici della Rivoluzione per la causa della solidarietà umana. Alla demolizione succede la ricostruzione: in questa parte il socialismo razionale risente le conseguenze del metodo seguito. Colla logica sola e coll'astrazione non si trasformano le istituzioni umane. Per questo lato i socialisti francesi nulla appresero dagli orrori della Rivoluzione. Essi erano pur sempre imbevuti di quel razionalismo rivoluzionario, di cui avevano dato funesto esempio i Convenzionali, e che fu in ogni tempo l'avversario più temibile

di ogni progresso graduale e pacifico. Pure anche nella parte positiva del socialismo razionale spesso si rivelano intuizioni geniali sulle grandi leggi del divenire sociale e in forma strana e paradossale si intravedono le soluzioni vere dei problemi sociali. Vedremo come il socialismo giuridico dei tempi nostri riproduca in ordine alle riforme del diritto privato molte idee che balenarono alla mente dei socialisti francesi. Né può dirsi oggi esaurita l'opera del socialismo razionale. Nelle forme più recenti del pensiero socialista e soprattutto nel cosiddetto socialismo giuridico, il socialismo razionale ne' suoi metodi e ne' suoi ideali rivive e prende la rivincita sul marxismo che per opera dell'Engels pur concorse a screditarlo. L'idealità giuridica che erompe da tutte le dottrine del socialismo razionale pare oggi necessaria reazione contro il materialismo e il determinismo marxista. Esso ha ridestato quella fede nella ragione, nell'ideale, nell'attività umana che il marxismo aveva sacrificato alle inesorabili leggi dell'economia e della storia. Noi siamo fermamente convinti che sulle sorti del diritto privato, sulla sua trasformazione in senso socialista molto più influirono le critiche e le dottrine giuridiche dei socialisti francesi, che non la critica e la dottrina economica marxista, che subordinava il diritto e le riforme giuridiche alle leggi e alle trasformazioni economiche.

B) SOCIALISMO MATERIALISTA E DIRITTO PRIVATO.

1. Hegel, Feuerbach, Marx. Genesi filosofica del marxismo. — 2. La dottrina del materialismo storico e la necessità dialettica del socialismo. — 3. Conseguenze per la concezione del diritto e dello Stato. — 4. Influenza del marxismo sul diritto privato. — 5. Degenerazione economica del marxismo: Loria. — 6. Degenerazione biologica del marxismo e diritto privato.

1. L'Engels nell'*Anti-Dühring* ⁽¹⁷⁾ vuol dimostrare in che modo si costituì il socialismo scientifico, da lui identificato col marxismo. Il pensiero di Engels può così riassumersi: il socialismo scientifico non è che l'interpretazione materialista fatta dal Marx del pensiero dialettico e idealista dell'Hegel. A chiarire il pensiero dell'Engels conviene ricordare la differenza tra lo studio metafisico o analitico dei fatti, della natura e dello spirito e lo studio dialettico, dinamico o sintetico dei medesimi. Il metodo metafisico prevalso in filosofia da Cartesio a Hegel consisté nel considerare i fatti analiticamente, staticamente, come se esistessero separati gli uni dagli altri all'infuori dei rapporti reciproci, dei nessi che li legano in un tutto sintetico. Il metodo dialettico inaugurato dall'Hegel considera le cose e le idee nella loro connessione, nel loro dinamismo, nel loro originarsi, nel loro svilupparsi, nel loro perire. Il progresso nelle scienze naturali si ebbe quando la natura non fu più studiata con metodo metafisico, ma fu studiata geneticamente ossia dialetticamente per usare l'espressione hegeliana. Darwin fissando le fasi dell'evoluzione organica diede il colpo di grazia alla concezione metafisica della natura. Prima di lui l'Hegel da un punto di vista ideale aveva concepito il mondo della natura, della storia, dello spirito come un processo, come un eterno divenire ⁽¹⁸⁾. Ora se ben si guarda il metodo dialettico aveva un significato profondamente

⁽¹⁷⁾ Cfr. ENGELS, [*Herrn Eugen*] *Dühring's Umwälzung der Wissenschaft* [dritte, durchgesehene, und vermehrte Auflage, Stuttgart, Verlag von I. H. W. Dietz], 3^a ediz., Stuttgart, 1894. Di esse esiste una traduzione italiana di S. Puritz (Sandron, 1901).

⁽¹⁸⁾ ENGELS, *Anti-Dühring* [cit.], § 1.

rivoluzionario. Per esso infatti non esistono gli stati ideali perfetti immaginati dai metafisici, ogni fase storica è necessaria ma caduca, e quindi illegittima, irrazionale di fronte alle forme nuove della realtà. La filosofia hegeliana scalzava tutte le concezioni tendenti a raggiungere una verità finale e assoluta e condizioni di vita sociale assolute e immutabili. Nulla esiste di sacro, di inviolabile: la realtà in tutte le sue forme si confonde col processo non interrotto del divenire e del perire. Se nonché l'Hegel non trasse tutte le conseguenze del suo sistema. Nella strana pretesa di arrivare all'assoluto, egli si metteva in contraddizione con se stesso, coll'esigenza dialettica della sua dottrina. D'altro canto egli era un idealista: come tale diede realtà alle idee e le fece preesistenti non si sa come al mondo medesimo. La dottrina hegeliana doveva in seguito modificarsi nel suo carattere idealista, nella sua tendenza a immobilizzarsi nell'assoluto. La reazione contro l'idealismo dialettico di Hegel si svolse in Germania dopo il 1840 e fu in senso materialista. Si ebbe un materialismo che perpetuava lo spirito hegeliano pel suo carattere dialettico e, come tale, si distingueva radicalmente dal materialismo metafisico e meccanico del secolo XVIII. Feuerbach fu l'anello di congiunzione tra Hegel e Marx. La trasformazione in senso materialista ch'esso fece subire alla filosofia hegeliana rese possibile la concezione materialista della storia affermata da Marx. E infatti nella sua *Essenza del cristianesimo* (1841) e nei *Principii della filosofia dell'avvenire* (1843) il Feuerbach affermava che l'idea assoluta di Hegel è una astrazione fantastica, che il mondo materiale percettibile coi sensi è la sola cosa reale, che la nostra coscienza e il nostro pensiero sono il prodotto della materia, che gli dei sono il riflesso fantastico della nostra essenza. Ecco Hegel capovolto: la materia sostituisce l'idea: essa non è più come per Hegel un prodotto dello spirito, ma questo è il più alto prodotto della materia. La conseguenza ultima di tale premessa era che tutta la storia non può avere altra spiegazione all'infuori della materialistica. Chi vuol aver ragione dei fatti umani e sociali deve studiare i bisogni del corpo umano. E invero il Feuerbach arrivava ad affermare che «l'uomo è né più né meno di ciò che mangia». Ora se la spiegazione dell'operare umano non può esser data che dai bisogni dello stomaco, la spiegazione dei fatti sto-

rici non può scaturire che dai bisogni economici. Tale conclusione trasse appunto il Marx il cui materialismo storico discendeva logicamente dal materialismo del Feuerbach ⁽¹⁹⁾.

Il materialismo del Feuerbach si presenta in forma e significato nuovo nel Marx. Il debole del materialismo di ogni tempo, non escluso quello del Feuerbach, era di essere metafisico, cioè di considerare la realtà in se stessa, indipendentemente dal soggetto che la pensa, e colla sua attività la produce. Ora la verità non consiste né nella materia pura né nell'idea pura, ma nel loro rapporto, nella loro azione reciproca. La realtà esterna non è come sostengono i materialisti un *dato* ma un *prodotto*: rispetto ad essa la mente umana non resta passiva, ma concorre a formarla, e diventa per ciò, come dice Marx, *attività sensitiva umana* cioè *praxis* ⁽²⁰⁾. Il materialismo del Feuerbach come il materialismo del secolo XVIII è quindi metafisico, astratto, non vede il rapporto inscindibile tra oggetto e soggetto. La *praxis* del Marx ricorda il concetto del Vico secondo cui il criterio del vero è il fatto. E Marx infatti sostiene che il soggetto produce l'oggetto, e questo in sé riflette l'attività del soggetto. Il Marx corregge il materialismo del Feuerbach col processo dialettico dell'Hegel. In Hegel le idee divengono, si fanno in virtù dell'oggetto. Di qui il carattere dialettico del suo sistema. Analogamente Marx sostiene che la materia diventa e si forma in virtù della *praxis*, cioè dell'attività originaria del soggetto. Ecco perché il Marx chiama il suo materialismo dialettico, e ha cura di distinguerlo dal materialismo metafisico del Feuerbach. Da questa premessa il Marx traeva conseguenze particolarmente interessanti [per] lo studio dell'uomo e della pietà [= società?]. I materialisti del XVIII secolo (Helvétius, d'Holbach) sostenevano che gli uomini sono il prodotto dell'ambiente fisico e sociale (*Umstände*), dell'educazione e variano col variare dell'ambiente e dell'educazione ⁽²¹⁾. Con tale affermazione essi non riconoscono all'uomo

⁽¹⁹⁾ Cfr. ENGELS, *L[udwig] Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie*, 2 Ausl., Stuttgart, 1895. In appendice vi sono undici frammenti inediti del Marx su Feuerbach, tradotti e commentati dal GENTILE, *La filosofia di Marx*, Pisa, Spoerri, 1899, pp. 55 e seg.

⁽²⁰⁾ Cfr. Marx, framm. I, in GENTILE, *op. cit.*, p. 58.

⁽²¹⁾ *Ibid.*, p. 59 (fram. III).

la capacità di agire sull'ambiente e modificarlo. Anche sotto questo aspetto il Marx corregge il materialismo metafisico. Vi è secondo lui un rapporto di azione e reazione tra uomo e ambiente fisico e sociale. L'educatore (ambiente) viene a essere a sua volta educato (dall'uomo). Vi è coincidenza tra il variare dell'ambiente sociale e il variare dell'attività umana (*praxis*). L'attività della *praxis* è la vera attività originaria, è l'energia capace di produrre e modificare l'ambiente, e questo varia col variare di quella. Si intravede in questa concezione del Marx il rapporto dialettico tesi, antitesi, sintesi, proprio della filosofia idealista, applicato al mondo della realtà esterna. La correzione del materialismo metafisico consiste quindi in una applicazione alla materia di ciò che Hegel aveva esattamente scoperto in ordine allo spirito. Il Marx non fa se non sostituire al pensiero la materia, ma a questa attribuisce una attività che sembrava privilegio dello spirito. Ancora e sempre in conseguenza dello stesso principio della *praxis*, il Marx condanna il naturalismo che vuol spiegare l'uomo come un essere organico e astrae dallo spirito, o come dice il Marx dalla storia, dalla società (22). Con ciò non si ammettono che gli individui, e l'origine della società viene attribuita al contratto. Riducendo l'uomo al puro individuo naturale la società o è negata o è dichiarata contrattuale. Ora se non si può concepire la realtà senza la *praxis*, cioè senza l'attività del soggetto, la società (oggetto) non può intendersi senza l'individuo (*praxis*) e viceversa. L'individuo fa la società che reagisce sull'individuo facendolo sociale. Il Marx vede tra individuo e società lo stesso rapporto di azione e reazione che aveva stabilito tra l'ambiente e l'uomo, tra la materia e lo spirito. La *praxis* fa la realtà esterna, l'ambiente, la società: d'altra parte la società, l'ambiente, la realtà fanno l'individuo soggetto della *praxis*. Ora, bene osserva il Gentile (23), questa *praxis* per cui l'individuo fuori della società e della storia è un astratto, implica la necessità della società non solo, ma anche della storia, anzi del corso storico. Di qui la genesi filosofica del materialismo storico. Abbiamo cercato sulla scorta del Gentile di riassumere il pensiero del Marx con-

(22) *Ibid.*, fram. VI, pp. 76 e seg.

(23) Cfr. GENTILE, *op. cit.*, p. 81.

tenuto in quei pochi frammenti dimenticati o non compresi dai seguaci di Marx che lavorarono a pervertire più che a svolgere il pensiero profondo per quanto oscuro del maestro. A noi basti rilevare l'insistenza con cui Marx cerca di non confondere il suo materialismo storico e dialettico né col vecchio materialismo metafisico degli enciclopedisti, né col nuovo naturalistico e biologico che doveva affermarsi in Germania col Büchner e col Moleschott e penetrare collo Schaeffle nelle scienze giuridiche e sociali. Egli condanna il primo che non vedeva che l'individuo staccato dall'insieme, e rappresentava il punto di vista individualista della società borghese (*framm. X*), condannava il secondo perché rinnegava l'attività cosciente dell'uomo, assorbiva l'individuo e la sua personalità nella materia, non vedeva che l'umanità socializzata ⁽²⁴⁾. Neppure Marx può considerarsi un positivista: per noi esso è sempre un hegeliano, formatosi tra hegeliani e sollecitato sempre di riattaccare le sue dottrine a quelle di Hegel. Vi è nel materialismo del Marx un fondo di idealità che sarebbe inesplicabile ove non si rannodasse la sua dottrina all'idealismo hegeliano. Ed è questo elemento ideale che infonde spirito rivoluzionario nel movimento socialista che si generò dal marxismo. La riforma sociale non è possibile senza ideali, senza la fiducia dell'uomo in se stesso e nelle proprie forze. Ora questo elemento ideale e individuale il marxismo traeva dalla filosofia hegeliana che di esso costituisce l'antecedente non solo storico ma logico.

2. Risultato del connubio tra il metodo dialettico e il materialismo di Feuerbach è la dottrina del materialismo storico. Il carattere scientifico del socialismo marxista non gli deriva dalla sua dipendenza dalle scienze fisiche e naturali. Il marxismo ha origine filosofica, non scientifica, e le sue vicende sono affatto indipendenti da quel movimento materialista che si svolgeva

⁽²⁴⁾ È notevole il fatto che il LANGE nella sua classica opera, *l'Histoire du matérialisme* [cit.], non si occupa del materialismo storico. Ciò osserva il CROCE, *Matérialisme historique [et économie marxiste]*, Paris, Giard, 1904, p. 11, si comprende pensando che il Lange non poteva confondere il materialismo metafisico di cui si occupava col materialismo storico che non ha con esso alcuna relazione intrinseca e che non è che una semplice *façon de parler*.

contemporaneamente in Germania sotto l'influenza degli studi fisici e biologici. Il mondo fisico e naturale era all'infuori della speculazione marxista come esso era all'infuori del pensiero di Hegel. Le speculazioni di Marx hanno per oggetto la storia e la società umana. Ma mentre Hegel aveva nella storia cercato l'evolversi dell'idea, riuscendo per tal via a una storia ideale, di cui la storia reale era un riflesso, il Marx move dalla storia reale e la interpreta non al lume dell'idea ma nelle sue condizioni di esistenza materiali ed economiche. Egli studia materialisticamente la storia. Con questo il Marx non intende di considerare la storia il prolungamento della natura e delle sue leggi: anzi ammettendo come vedemmo il volontarismo nei fatti storici esclude il determinismo fisico materialista, nonché l'estensione alla storia dei processi del mondo biologico. Ora nell'interpretazione materialistica della storia il Marx cerca la base nuova e positiva del movimento socialista. Il socialismo veniva a scaturire dalla storia come una necessità fatale. Comprendere la storia significava rendersi conto della fatalità storica del socialismo. La necessità propria delle cose, la necessità immanente nella storia non ha affatto i caratteri del fatalismo e del determinismo ⁽²⁵⁾. Non bisogna dimenticare che per Marx sono gli uomini stessi che fanno la storia. Senonché l'attività umana produttrice della storia si svolge secondo un processo dialettico necessario. Come il Marx seguendo il suo canone di interpretazione della storia riuscisse alla affermazione necessaria del socialismo fu dimostrato dall'Engels nell'*Anti-Dühring* (1878) ⁽²⁶⁾. Marx move dal presup-

⁽²⁵⁾ Cfr. CHIAPPELLI, *Le premesse filosofiche del socialismo*, (« Atti [della] Reale Accademia di Scienze morali e politiche in Napoli », vol. 28, 1897). ID., *Filosofia e socialismo*, in « Nuova Antologia », 15 luglio 1896. Sulle origini hegeliane del marxismo più non si discute. Cfr. WOLTMANN, *Das [= Der] historische materialismus [Darstellung und Kritik der Marxistischen Weltanschauung]*, Düsseldorf, 1900, parte I, e capo I della parte II. Cfr. PICAUVET, *Le matérialisme historique [et son évolution]* (in « Revue philosophique de la France et de l'étranger », 1905, Nov.). La stessa opinione è condivisa da A. LABRIOLA, *Essais sur la conception matérialiste de l'histoire*, Paris, Giard, 1902 (II saggio). Vedi CROCE, *op. cit.*, saggio I. Vedi STAMMLER, *Wirtschaft und Recht [nach der materialistischen geschichtsanfassung]*, Leipzig, 1896, p. 37.

⁽²⁶⁾ Cfr. ENGELS, *Anti-Dühring* (trad. it. Puritz), parte III, par. 2, pp. 281 e seg. Il primo scritto del Marx in cui si trova interamente contenuto, colle sue

posto che i sistemi di produzione e di scambio dei prodotti mentre costituiscono la base reale e materiale della vita sociale determinano il vario atteggiarsi degli ordini e delle classi sociali. Sulla base dei rapporti economici si svolgono determinate forme di vita sociale, giuridica, politica che il Marx chiama superstrutture. Queste traggono il loro significato e la loro ragion d'essere dalle forze economiche e si trasformano col trasformarsi di queste. Ma non sempre i rapporti economici e la superstruttura ideologica si svolgono paralleli: spesso le istituzioni politiche, la legislazione ritardano sulle forme economiche, donde le crisi e i contrasti sociali. Le vicende delle classi sociali sono legate alle vicende delle forme economiche. Quelle classi finiscono per prevalere e diventare dominanti, le quali meglio si adattano alle nuove forme economiche. Lo svolgersi e l'affermarsi della produzione capitalista nelle forme della manifattura e dei commerci portò al potere la borghesia la quale infranse l'ordinamento feudale rispondente a forme economiche superate, e sulle sue ruine inaugurò la costituzione sociale borghese, il regno della libera concorrenza, del libero domicilio, l'uguaglianza dei diritti tra i possessori delle merci, il proprio dominio. Se nonché la produzione capitalista nel trasformarsi sotto l'influenza del vapore e delle macchine da manifatturiera in grande industria non fece che accentuare il suo carattere collettivo. Il prodotto più non appariva l'opera dell'individuo, più non portava in sé riflessa l'impronta della personalità del lavoratore, ma era il risultato di una serie numerosa di operazioni compiute da tutta una collettività di uomini che si raccoglieva nelle fabbriche. Allora apparve in tutta la sua evidenza la contraddizione tra la forma sociale della produzione e l'appropriazione individuale degli strumenti di lavoro e dei prodotti. Il conflitto tra produzione sociale

formule più significanti, il materialismo storico è la prefazione della *Zur Kritik der politischen Oekonomie*, [Berlino], 1859. Oramai però risulta da numerosi testi di Marx e di Engels che l'elaborazione nel loro pensiero del materialismo storico è molto anteriore. Quando Marx e Engels si incontrarono a Parigi nel 1844, quando si ritrovarono a Bruxelles nel 1845 essi hanno già espressa l'idea del materialismo storico. Soprattutto si rivela nell'*Anti-Proudhon* (1847) e nel *Manifesto* (1847). Nel *Capitale* (1867, I vol.) e a muovere dal 1859 il materialismo storico è per Marx ne' suoi studi un filo conduttore, un metodo di studio costituito.

e appropriazione individuale si palesava come conflitto tra proletariato e borghesia, poiché venute meno le condizioni di vita alla piccola produzione individuale e all'industria domestica, i lavoratori privi degli strumenti di lavoro si videro costretti a trasformarsi in salariati, abbandonando sé e la propria esistenza ai capitalisti. Di qui una fonte di lotte tra le due classi così vicine e necessarie nella produzione, così lontane e divise di interessi e di sentimenti. Né la pace poteva regnare nel campo dei produttori: di questi ognuno produceva per sé, ognuno vedeva nel produttore della stessa merce un avversario da superare e da abbattere. Di qui una nuova causa di conflitti derivante dall'anarchia della produzione, fondata sulla concorrenza spietata e che contrastava con l'organizzazione rigidamente collettiva della produzione nelle singole fabbriche. Ogni progresso scientifico, ogni perfezionamento nel macchinario anziché esser fonte di felicità e concordia sociale non faceva che accentuare i mali del sistema, aumentare il numero dei salariati, consacrarne la schiavitù. Alla moltiplicata ricchezza degli uni faceva doloroso contrasto l'aumentata miseria degli altri. La miseria e la infelicità dei salariati, ossia dei più, sembrava la condizione necessaria della ricchezza e felicità di un numero relativamente ristretto di produttori privilegiati. Senonché il regime della concorrenza creava delle vittime tra i produttori stessi. La concorrenza favoriva il disordine della produzione portava alla sovrapproduzione, all'aumento del capitale fisso e circolante, creava condizioni di esistenza dure per gli stessi produttori, molti dei quali soccombevano vittime del regime industriale. Allora si vede affermarsi la tendenza nei produttori a coalizzarsi per la difesa dei comuni interessi minacciati dalle conseguenze di una concorrenza sfrenata. Questa tendenza a concentrare i capitali e la produzione nelle mani di organismi economici sempre più potenti e da ultimo nello Stato, trasformato per l'occasione in produttore e capitalista nell'interesse delle classi dominanti di cui è l'esponente, è il riconoscimento più eloquente del carattere sociale delle forze produttive. A questa fase dell'evoluzione industriale al proletariato organizzato e cosciente della sua missione sociale riuscirà facile impadronirsi dei pubblici poteri e trasformare le forze produttive, oramai sfuggite alle mani della borghesia, in

proprietà sociale. Con ciò l'equilibrio tra le forme economiche e la superstruttura sociale verrà ristabilito. Scomparse le classi, lo Stato non avrà più ragione d'essere. La società si confonderà collo Stato e lo sostituirà. Si inizierà allora la civiltà socialista. In queste vicende di due classi che si contrastano e finiscono per armonizzare in una forma superiore di vita sociale è facile intravedere il ritmo hegeliano dell'essere, non essere, divenire (tesi, antitesi, sintesi). Il socialismo è il risultato necessario del processo dialettico della storia interpretata economicamente. La dottrina del materialismo storico presume di spiegare col fatto possibile (intendi *praxis*) della soddisfazione dei bisogni, e quindi per i reali rapporti economici, a cui l'individuo addiuvine vivendo in società, tutta quanta la storia, fin nelle sue più alte e nobili ideologie, e quindi dimostrare la formazione della coscienza teorica ed etica del socialismo contemporaneo. I rapporti economici che costituiscono l'*infrastruttura* della vita sociale sono essi stessi il prodotto di una attività psicologica, per quanto istintiva e inferiore, la tendenza alla soddisfazione dei bisogni. Epperò quando Engels parla di una esigenza scientifica del socialismo, egli non vuol intendere che esso ha una base positiva nelle scienze fisiche, naturali, come i più intendono con una interpretazione grossolana del materialismo storico: egli vuole significare una necessità dialettica, il cui valore è discutibile come discutibili sono le costruzioni dialettiche del pensiero umano.

3. È facile ricostruire sul fondamento della dottrina del materialismo storico la concezione politica e giuridica del Marx. Diciamo ricostruire perché veramente la teoria del diritto e dello Stato è implicita nel marxismo più che esplicita. Il Marx era portato dalle premesse del suo sistema a non dare soverchia importanza al diritto e allo Stato. Egli del resto parlò sempre con sovrano disprezzo dei giuristi e degli uomini di Stato, e tale disprezzo fu sempre condiviso dai marxisti. Lo Stato e il diritto sono l'espressione di interessi di classe; come tali sono destinati a perire o a trasformarsi radicalmente coll'avvento del proletariato al potere. Solo le riforme economiche contano e hanno un effettivo significato: le riforme politiche e giuridiche hanno un valore accessorio. È nostro parere che il marxismo non esercitò

influenza di sorta sul progresso degli studi politici e giuridici: anzi fu dalle sue premesse economiche portato per molto tempo a ostacolare il prezioso contributo che dai giuristi poteva derivare alla risoluzione delle questioni sociali. Era naturale che i giuristi per reazione inclinassero a non dare soverchia importanza al pensiero socialista e lavorassero a conservare le tradizioni giuridiche più che a modificarle secondo lo spirito dei tempi.

L'Engels che passa per il genuino interprete del pensiero del maestro, accenna nell'*Anti-Dühring* ai caratteri e al significato dello Stato borghese e alla sorte che lo attende in una società socialista. La società attuale e le passate, osserva l'Engels (27), svolgendosi in un perenne antagonismo di classi hanno reso necessario lo Stato, cioè il potere organizzato della classe che in dati momenti ha goduto della facoltà dello sfruttamento universale per garantire le proprie condizioni esteriori di produzione. Oggi come nel passato lo Stato rappresenta una minoranza organizzata nella difesa dei propri interessi economici. Ma coll'avvento del proletariato al potere, quando eliminato ogni antagonismo di classe lo Stato più non avrà per compito di tenere soggetta classe sociale alcuna, lo Stato non ha più ragion d'essere e dovrà dichiararsi da se stesso superfluo. Quando lo Stato assume la rappresentanza di tutta la società cessa di essere Stato, e la sua ingerenza nei rapporti sociali diviene inutile e si elimina da se stessa. Al governo politico delle persone sottentra l'amministrazione sociale delle cose e la direzione dei processi della produzione. È facile rilevare in questa concezione marxista dello Stato l'influenza delle dottrine del socialismo razionale soprattutto del Fourier e del Proudhon: non ha quindi neppure il pregio della originalità. Che lo Stato in uno stadio ulteriore di evoluzione sociale deve perdere le sue funzioni politiche e acquistare una funzione di carattere economico è idea che ricorre persistente in quei sistemi socialisti che l'Engels rinnegava come utopistici. Potrà alcuno dire che tale concetto era una semplice affermazione teorica nei socialisti francesi, mentre in Marx è un fatto che scaturisce necessariamente dall'intimo seno dell'evoluzione sociale. Ma che i fatti da cui trae il Marx le sue affermazioni risultino

(27) Cfr. ENGELS, *Anti Dühring* (trad. cit.), p. 295 e seg.

conformi alla vera evoluzione della società e dello Stato giustamente fu revocato in dubbio. Non dimentichiamo che il Marx più che alla scuola dei fatti aveva formato la sua educazione intellettuale alla scuola di Hegel: egli cerca nella storia la riprova della legge dialettica hegeliana. Ma astraendo da ciò noi crediamo radicalmente erronea la tesi del Marx in quanto preannunzia la scomparsa dello Stato. Evidentemente egli confonde le trasformazioni che lo Stato subisce nel suo contenuto, e nelle sue finalità colla funzione che lo Stato è destinato a compiere in ogni tempo, in qualunque stadio di evoluzione sociale. Si può consentire col Marx quando afferma che storicamente lo Stato è l'esponente degli interessi delle classi dominanti. Non dicono diverso ma più esattamente i giuristi quando affermano che lo Stato è l'espressione dei sentimenti, delle idee, delle aspirazioni delle classi che sono arrivate a formarsi una coscienza politica. Lo Stato evolvendosi si socializza, tende a riflettere e a rappresentare gli interessi di tutte le classi, ossia di tutta la società. Si deve anche riconoscere che tale evoluzione si svolge in mezzo ai contrasti, alle lotte tra quelli che sono al potere e tendono a conservarlo nel loro interesse e quelli che sono esclusi e tendono [a] impadronirsene. Ma noi ci ribelliamo ad ammettere uno stato di cose in cui lo Stato sarà superfluo, e sarà nelle sue funzioni sostituito dalla società. Ciò è contraddetto dai fatti e dalla ragione. Nella realtà nulla vediamo che possa autorizzare una simile affermazione; anzi possiamo constatare l'importanza sempre maggiore che lo Stato assume, l'estendersi delle sue funzioni, la tendenza non a scomparire ma a farsi il rappresentante della società stessa, mantenendosi da questa distinto. Da un punto di vista razionale si può osservare che i concetti di società e Stato non si distruggono ma si richiamano. Lo Stato rappresenta l'unificazione degli sforzi collettivi in vista di uno scopo comune. L'interesse comune a cui lo Stato intende potrà storicamente identificarsi coll'interesse personale del principe, o coll'interesse di una classe, o coll'interesse di tutta la società: tale trasformazione nel contenuto, negli scopi non implica la distruzione della funzione: sempre si renderanno necessari organi tendenti a unificare le volontà, a dirigerle verso quello che sarà considerato l'interesse comune. L'errore di Marx fu di far derivare lo Stato dai

puri rapporti economici o meglio dal fatto psicologico della soddisfazione dei bisogni. Su basi psicologiche e di fatto così ristrette lo Stato non può certo svolgersi ed è naturalmente destinato a perire il giorno in cui la produzione socializzata richiederà solo organi di direzione e di distribuzione dei prodotti. Ma quando si riconosca nella società una personalità che non solo ha dei bisogni economici da soddisfare, ma delle aspirazioni, delle finalità ideali da raggiungere, che richiedono unità di intenti e di azione, la necessità dello Stato si impone. Evidentemente il Marx volle far balenare alle masse in lotta contro lo Stato e il diritto esistente una condizione di vita sociale in cui per le mutate condizioni economiche sarebbe venuta meno la necessità dello Stato e del diritto, considerati come mezzi di oppressione di classe. Ma con ciò il Marx cedeva agli istinti rivoluzionari delle masse, usciva dalla realtà, sacrificava le stesse esigenze dialettiche del suo sistema. Come Hegel rinnegò l'eterno divenire del mondo ideale arrestandosi allo Stato da lui identificato coll'assoluto, così il Marx sacrificava l'eterno divenire della storia e quindi dello Stato e del diritto, acquetandosi nel concetto di società, novello assoluto in cui si risolvono tutte le contraddizioni e tutti i contrasti sociali. E collo Stato il Marx sacrifica il concetto del diritto da lui considerato come l'espressione della volontà delle classi dominanti al potere. Del fatto che il diritto storicamente consacrò nelle sue norme l'arbitrio del sovrano o gli interessi delle classi al potere non si può concludere alla sua negazione quando l'oppressione di classe sarà resa impossibile dalle mutate condizioni economiche. La conclusione non regge perché la funzione di garanzia che il diritto è chiamato a compiere nella vita sociale è indipendente dalle forme che tale funzione assunse nella storia. Appunto perché nel passato il diritto garantì soprattutto gli interessi di classi, noi dobbiamo concludere che esso continuerà a compiere nell'avvenire la sua funzione di garanzia nell'interesse di tutte le classi sociali, di tutta la collettività.

4. Nel suo lavoro sul Feuerbach l'Engels afferma che come lo Stato e il diritto pubblico così il diritto privato, che sanziona essenzialmente sotto date condizioni i rapporti economici normali esistenti tra gli individui, è determinato da rapporti econo-

mici. La forma egli dice del diritto privato può variare, può essere come in Inghilterra feudale, oppure come nei paesi di Europa romana, ma le norme che lo costituiscono esprimono in forma giuridica le condizioni economiche di esistenza della società. Il Codice civile francese, venuto dopo una grande rivoluzione borghese ed elaborato sulla base del diritto romano, costituisce il codice classico della società borghese ⁽²⁸⁾. E il Marx aveva analogamente affermato che il diritto privato attuale è il diritto borghese che sanziona rapporti giuridici nell'interesse esclusivo della borghesia. Tali affermazioni non sono che la logica conseguenza dell'applicazione della dottrina del materialismo storico al diritto privato. Ora il punto di vista da cui il Marx e l'Engels si pongono può sostanzialmente accogliersi. In un periodo in cui le idealità borghesi sembravano identificarsi colle idealità della società stessa, in un periodo in cui le aspirazioni del proletariato, non ancora costituito in classe, non richiamavano a sé l'attenzione, il Codice Civile non poteva a meno che in sé riflettere i rapporti economici che sorgevano soprattutto in seno della borghesia. Si può anche consentire col Marx che coll'estendersi dell'economia a salariati, la base ristretta e borghese del Codice doveva rilevarsi [= rivelarsi?] e la sua conservazione immutata doveva farlo apparire come ingiusto e trasformarlo in strumento di oppressione verso le classi che n'erano escluse o che erano nella impossibilità di fatto di farlo valere. A noi pare che da tali premesse il Marx e l'Engels dovevano essere portati a elaborare un nuovo diritto privato più in armonia colle esigenze e le aspirazioni del proletariato, tanto più ch'essi, ripetendo un errore che rimproveravano agli avversari, identificavano l'interesse del proletariato con quello della società intera. Orbene noi non troviamo quasi nelle opere di Marx e di Engels accenni ad una eventuale riforma del diritto privato. Dovendo qui trattare dell'influenza esercitata dal marxismo sul diritto privato dobbiamo riconoscere che se non manca la critica degli odierni istituti di diritto privato dal punto di vista economico e giuridico, manca un qualsiasi

⁽²⁸⁾ Cfr. ENGELS, *L. Feuerbach* [cit.], 2^a ediz., 1895. Tradotto negli *Scritti* di Marx, Mongini, Roma.

accenno alle forme giuridiche nuove che devono rivestire gli istituti di diritto privato nella nuova società socialista.

Fu soprattutto l'istituto della proprietà industriale che fu oggetto degli studi del Marx. Esso lo studia essenzialmente da un punto di vista storico ed economico. Storicamente la proprietà capitalista succede alla proprietà feudale. La Rivoluzione francese segna il momento storico di questo passaggio. Le teorie del diritto naturale, riprodotte nei Codici non fecero che erigere in leggi eterne della ragione e della natura le esigenze delle nuove forme di produzione, le quali rendevano necessario nell'interesse dei detentori di capitali e degli strumenti di lavoro la consacrazione della proprietà individuale nelle sue forme più assolute. Nel *Capitale* il Marx fa l'analisi della proprietà capitalista e ne mette in evidenza il suo carattere intrinsecamente ingiusto e odioso. La critica economica di questa forma di proprietà implicava la critica delle norme giuridiche che la consacravano. Il risultato di questa analisi, condotta con quella acutezza sottile che il Marx rimproverava ai giuristi, fu che l'appropriazione individuale del suolo e dei capitali da parte della borghesia implicava l'asservimento del terzo fattore della produzione, cioè del lavoro e del proletariato che lo personificava. La proprietà privata sancita dai Codici si fonda sullo sfruttamento del lavoro altrui, cioè sul lavoro dell'operaio non pagato. L'operaio non ha l'intero valore del suo lavoro: vi è un plus-valore non pagato a vantaggio del capitalista. Di qui l'iniquità della proprietà industriale. Perché cessi questo iniquo sfruttamento occorre che al sistema della proprietà privata dei capitali e degli strumenti del lavoro sia sostituita l'appropriazione collettiva dei medesimi con una organizzazione sociale del lavoro e una ripartizione sociale del reddito in ragione del lavoro di ciascuno. Con ciò non si vuole l'abolizione della proprietà ma l'abolizione di quella speciale forma di proprietà, che è la proprietà del suolo e del capitale: la proprietà rimane ma limitata ai redditi e ai risparmi del lavoro.

La critica economica e giuridica del diritto di proprietà implicava quella dell'istituto dell'eredità. L'ingiustizia dell'uno implicava quella dell'altro, e uguale sorte li attendono. Abolito il diritto di proprietà in ordine al suolo e ai capitali è implicita-

mente abolito il diritto di eredità: al più esso come la proprietà può continuare ad esistere limitato agli oggetti personali, e ai risparmi del lavoro. Di essi come si ha la disposizione in vita così si può avere la disposizione in causa di morte. Molti si meravigliano che il Marx non abbia reclamato in primo luogo l'abolizione del diritto di eredità, e non ne abbia mai fatto oggetto di studio e di critica speciale. Ciò contrastava con l'importanza che i Saint-Simoniani, il Lassalle e altri socialisti annettevano all'abolizione del diritto ereditario come mezzo per preparare l'avvento del socialismo. Particolarmente significativa fu la discussione assai vivace tra Bakunin e Marx al Congresso dell'*Internazionale* tenuto a Basilea nel 1869 in ordine all'abolizione del diritto ereditario. Per l'influenza sempre grande delle dottrine dei socialisti francesi la tesi per l'abolizione sostenuta dal Bakunin prevalse, ma la sua fu una vittoria di Pirro, dice il Bernstein ⁽²⁹⁾, il Marx fu il vero vincitore di quella giornata. Portata la questione dinanzi al *Consiglio Generale*, questo sopra relazione preparata da Marx riconobbe falsa in teoria e reazionaria nella pratica (sono le parole del Marx) la formola: abolizione del diritto ereditario. La ragione di tale affermazione è evidente data la teoria catastrofica del Marx, la quale implicava che l'avvento del socialismo non era condizionato a riforme giuridiche, ma all'evoluzione completa del capitalismo. Bisognava favorire l'accumulazione capitalista non ritardarla con riforme del genere di quelle proposte dal Bakunin. Si comprende allora l'avversione per l'opera dei giuristi e per le riforme giuridiche: queste rappresentano un abile mezzo per ritardare la catastrofe finale, costituiscono un palliativo dannoso per la causa operaia, hanno tutti i caratteri di un inganno teso al proletariato, quindi devono essere condannate come reazionarie. E invero l'abolizione del diritto ereditario più non figura da quell'epoca nell'ordine del giorno dei congressi operai.

Per ciò che riguarda l'istituto della famiglia il Marx non avanzò mai né critiche né proposte. Esiste però un libro in cui la questione della famiglia è trattata dal punto di vista delle teorie

⁽²⁹⁾ Cfr. Bernstein, Prefazione alla traduzione tedesca del RIGNANO, *Los von Erbschaft*, Berlin, Wigaud, 1905, p. VIII.

marxiste. Tale libro si intitola: *L'origine della famiglia, della proprietà privata, dello Stato*, ed è opera dell'Engels il quale nella prefazione alla prima edizione (1884) dichiara che egli intese con questo lavoro dar esecuzione a un legato del Marx ⁽³⁰⁾. Questi si era proposto di esaminare le ricerche sulla famiglia del Morgan (*Ancient Society*, 1877) alla luce del materialismo storico e aveva preparato commenti critici che servirono poi all'Engels per la redazione del lavoro sopra ricordato ⁽³¹⁾. In questo lavoro l'Engels consente col Morgan nel considerare la vita sessuale come un fattore di produzione (il fattore della riproduzione della specie) e nello stabilire una equivalenza tra l'ordinamento familiare e il sistema di produzione. Ancora in quest'epoca troviamo deduzioni sulla futura forma della famiglia che ricordano le idee espresse al riguardo dal Fourier e dall'Hegel. L'Engels riscontra nel matrimonio proletario uno stadio di monogamia più elevato che non quello in cui trovasi il matrimonio borghese. Mancano nel matrimonio proletario insieme alla proprietà l'impulso e i mezzi ad un predominio maschile e l'uguaglianza economica dei sessi fa sì che di regola l'amore sessuale presieda veramente alla loro unione. Passati i mezzi di produzione in proprietà comune della società, diventati oggetto di industria pubblica i lavori che prima appartenevano all'economia domestica, convertita in pubblico servizio l'assistenza ed educazione dei figli, diverrebbe generale questa eguaglianza di fatto dei sessi, rendendo parimenti possibili le unioni sessuali fondate esclusivamente sull'amore sessuale. Nonostante questa libertà sessuale l'Engels crede che si conserverà non per obbligo legale o per ragioni economiche ma per sentimento spontaneo il matrimonio monogamico. Il connubio fondato sull'amore sessuale è di sua natura connubio individuale. Nonostante la libertà di contratto sia stata dai Codici borghesi riconosciuta anche pel matrimonio, questo, dice l'Engels ⁽³²⁾, continuò a rimanere matrimonio di

⁽³⁰⁾ Cfr. ENGELS, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, [Im Anschluss an Lewis H. Morgans Forschungen], 1884, 6^a ediz. ted., Stuttgart, 1896. Esiste trad. it. di P. Martignetti, Milano, 1901.

⁽³¹⁾ Vedi le critiche dal punto di vista storico che il Croce fa a questo lavoro dell'ENGELS in *Matérialisme* [cit.], p. 142.

⁽³²⁾ Cfr. ENGELS, *Origine ecc.*, pp. 104-105.

classe, per quanto entro la classe fu concesso agli interessati un certo grado di libertà di scelta. La completa effettiva libertà di matrimonio non potrà aver luogo se non quando saranno tolte di mezzo tutte le preoccupazioni economiche che ancor dominano così potentemente la scelta degli sposi nella classe borghese. Solo allora rimarrà unico motivo la mutua simpatia. Senonché, conclude l'Engels, quello che noi possiamo congetturare sull'ordinamento dei rapporti sessuali, che seguirà il tramonto della produzione capitalistica è soprattutto d'indole negativa e si limita principalmente a ciò che sarà eliminato. Ma nulla si può dire di positivo sulla organizzazione familiare della futura società socialista (33). Le conclusioni a cui Engels perviene sono modeste e prudenti. Nutre fede in una unione libera monogamica non più turbata da considerazioni economiche, ma nulla di certo osa affermare e non entra in particolari. Egli è costretto a riconoscere l'influenza del costume, e crede che la società futura creerà a se stessa una organizzazione familiare adatta. Il silenzio prudente dell'Engels e soprattutto del Marx per ciò che riguarda la trasformazione della vita domestica è tanto più lodevole di fronte alle intemperanze dei seguaci del libero amore. Il Bebel sostenendolo non può certo considerarsi interprete del pensiero del Marx e dell'Engels (34). La tesi del libero amore più che socialista è anarchica e individualista: essa tende a dissolvere il vincolo familiare, ciò che non era nell'intenzione né del Marx né dell'Engels.

Passando al diritto contrattuale noi dobbiamo riconoscere col Sorel l'acume giuridico del Marx nel rilevare il vizio intrinseco del contratto di lavoro stipulato nelle forme e secondo i principi del Codice. È veramente mirabile il metodo rigidamente logico e forense che il Marx segue per dimostrare tutta l'iniquità che si cela nel contratto di lavoro stipulato nei termini segnati dal Codice Civile del 1804. E veramente per la sua importanza l'argomento meritava tutta l'attenzione del Marx. Nel contratto

(33) *Ibid.*, p. 107.

(34) Cfr. BEBEL, *Die Frau* [cit.], 1883. È eloquente il silenzio di Engels su questo lavoro che incontrò tanto successo, e tanto screditò la morale del socialismo.

di lavoro noi troviamo riprodotto in piccole proporzioni tutto il tragico contrasto tra due classi sociali: esso è il campo della loro contesa e costituisce il momento in cui l'industriale, forte delle norme giuridiche, avvince a sé l'operaio e lo trasforma in salariato. La questione sociale esce fuori dalle clausole di questo contratto. Di esso il Marx si compiace descrivere i più minuti particolari. Trasformato per l'occasione in giurista egli mette a nudo tutte le insidie che nel contratto di lavoro si celano a danno del lavoratore, e che la legge riconosce e sancisce ⁽³⁵⁾. Il Marx definisce con precisione la condizione giuridica del contratto per cui nella società capitalista si opera la vendita della forza di lavoro: il compratore e il venditore sono « persone giuridicamente eguali »: il venditore è libero e deve rimanere libero, perciò, [di] non alienare la sua forza se non per un tempo molto limitato. Egli non possiede strumenti da lavoro, né cerca rivendicarli, tanto tale mancanza, dovuta a una lunga evoluzione storica, ha acquistato il carattere di un fatto costituito di cui nessuno più si preoccupa. Per il capitalista poi il mercato del lavoro, dice il Marx, non è che un ramo particolare del mercato delle merci. Su questo mercato egli trova il lavoratore doppiamente libero: libero in quanto può disporre a suo piacere della forza di lavoro come di merce sua, libero poi in quanto non ha altre merci da vendere, cioè è completamente sprovvisto delle cose necessarie alla realizzazione della sua potenza di lavoro ⁽³⁶⁾. Nella fabbrica il Marx ci fa assistere al processo giuridico che accompagna il processo di produzione. Agli occhi del capitalista vi è « consumo della forza di lavoro, della merce che egli ha comprato, ma che egli non potrebbe consumare senza aggiungervi mezzi di produzione. Il processo del lavoro è una operazione fra cose che egli ha comprato e quindi gli appartengono. Il prodotto di questa operazione gli appartiene nel modo stesso che il prodotto della fermentazione nella sua cantina » ⁽³⁷⁾. Il capitalista ha avuto

⁽³⁵⁾ Cfr. [...] sulle qualità giuridiche dell'ingegno del Marx richiamò l'attenzione il SOREL, *Le idee giuridiche del marxismo*, in *Saggi di critica del marxismo*, Sandron, [Palermo], 1903, pp. 189 e seg.

⁽³⁶⁾ Cfr. MARX, *Il Capitale*, trad. it. in *Bibl. dell'economista*, vol. IX, terza serie, c. VI.

⁽³⁷⁾ Cfr. MARX, *ibid.*, capo VI, p. 121.

un profitto, ma tutte le operazioni si svolsero giuridicamente. Il contratto, dice il Marx, è stato fatto secondo i principi liberali, rispettando i diritti dell'uomo e del cittadino: la libertà, l'uguaglianza, la proprietà trovano qui la loro giusta applicazione; ciascuno ha agito secondo il suo egoismo, secondo i suoi interessi ⁽³⁸⁾. La legge degli scambi è stata rigorosamente osservata: equivalente per equivalente. Sul mercato il capitalista ha comprato ciascuna merce al suo giusto valore. Tutto avviene nel (modo) [*sic*] migliore dei mondi possibili ⁽³⁹⁾. Come si vede il Marx nel trattare del contratto di lavoro tra padrone e operaio si poneva sopra un campo strettamente giuridico, e lo giudicava alla luce di quelle teorie del diritto naturale che avevano presieduto alla formazione del Codice. Ma gli autori del Codice e i filosofi del diritto naturale non avevano preveduto che i loro principi, buoni per una economia piccolo-borghese, applicati nelle speciali condizioni create dalla grande industria, dovevano consacrare non la libertà ma la servitù del lavoratore. Dal giorno in cui gli strumenti di lavoro presero tale sviluppo da rendere impossibile la vita alle piccole industrie e ai lavoratori liberi, questi premuti dalle necessità della esistenza, non poterono più rimanere un solo istante oziosi. Si era supposto che i contraenti operando isolatamente fossero completamente liberi mentre il lavoratore appunto perché è libero venditore della sua forza di lavoro, deve soccombere senza alcuna possibile resistenza. Si scopre che egli non è affatto un agente libero, che è costretto a vendere la sua forza di lavoro. Il macchinismo, dice il Marx, scompiglia talmente il rapporto giuridico tra il compratore e il venditore della forza di lavoro, che tutta la transazione perde anche l'apparenza di un contratto tra persone libere. Il contrasto tra il diritto e il fatto non poteva essere più stridente. Come l'operaio può sfuggire alle strettoie dei principi giuridici della Rivoluzione che legittimavano la sua servitù? Marx non vede che una via. Gli operai devono unirsi e lottare contro quei principi di libertà e di uguaglianza contrattuale che si risolvevano nel loro danno. « Per difendersi bisogna che gli operai non formino più che una testa

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 136.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p. 128.

e un cuore che con un grande sforzo collettivo, con una pressione di classe essi innalzino una barriera insormontabile, che loro impedisca di vendere al capitale con un libero contratto se stessi e la loro progenitura, fino alla schiavitù e alla morte». Il conflitto tra capitalisti e operai coalizzati diventa così inevitabile. Ed è veramente interessante rilevare gli sforzi del Marx per cercare nel diritto esistente un fondamento alle rivendicazioni operaie. Il discorso che egli fa dire agli operai in lotta coi padroni per la conquista della giornata normale di lavoro presenta tutti i caratteri della dialettica giuridica messa a profitto della causa operaia ⁽⁴⁰⁾. Il lavoratore si colloca sul terreno del diritto borghese: parifica il suo corpo a una macchina, la sua forza di lavoro a una merce. Perché il contratto sia giusto bisogna che per mezzo del suo salario quotidiano l'operaio reintegri la sua forza per poterla da capo vendere il domani. Ora è nell'interesse dell'operaio non permettere lo sfruttamento della sua forza di lavoro. «La mia forza di lavoro è l'unico mezzo che io ho per vivere, dice l'operaio, la macchina che la produce deve essere curata, sfruttata normalmente e mantenuta regolarmente sul prodotto ottenuto». Anche il capitalista tratta la forza di lavoro come una merce prodotta dal corpo del lavoratore, ma non vuol preoccuparsi del processo con cui la merce si produce, e crede suo diritto servirsi di ciò che ha pagato senza limiti di tempo. Si ha qui diritto contro diritto: entrambi hanno l'appoggio della legge che regola lo scambio delle merci. Fra due diritti eguali chi decide? La forza, conclude Marx. A misura che gli operai organizzati acquistano coscienza di sé, il conflitto si acuisce, e ne traducono l'oggetto in termini giuridici. Non si è compreso, dice il Sorel, il vero senso di quei passaggi dove Marx prende gusto a paragonare i capitalisti ai briganti, agli amministratori infedeli, ai proprietari che usurpano l'altrui confine. Non si è visto in queste espressioni che formole letterarie: bisogna invece vedervi rivendicazioni giuridiche fatte in nome della classe operaia ⁽⁴¹⁾. Il Marx vuole assorgere ai principi giuridici della lotta. In questa contesa giuridica l'operaio non figura come in-

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, p. 143.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 175.

dividuo ma come classe: egli non invoca i diritti dell'uomo e del cittadino che per lui nella qualità di operaio sono lettera morta, e lasciano il lavoratore isolato senza diritti effettivi. L'operaio pretende un trattamento giuridico speciale, rispondente alla speciale funzione che egli compie nella produzione. Il conflitto tra le due parti contendenti si attenua mediante le leggi sociali, che sono leggi di transazione, e rappresentano il parziale riconoscimento del giusto diritto dell'operaio. Veramente lo Stato interviene nell'interesse sociale, non di classe: ma qualunque sia il titolo giuridico del suo intervento, per esso la lotta si fa meno aspra e si svolge in forme più civili. Dalla breve esposizione fatta del pensiero del Marx in ordine al diritto contrattuale quale era regolato dal Codice civile, risulta l'importanza ch'egli vi annetteva per legittimare la lotta di classe e le rivendicazioni operaie. Non si può negare l'abilità del Marx nel ritorcere i principi del Codice contro i capitalisti che l'invocavano a difesa delle loro pretese: ma si deve anche riconoscere il carattere puramente logico e formale dell'argomentazione del Marx che moveva dal presupposto, a nostro credere insostenibile, di identificare a una merce la forza di lavoro, l'operaio a una macchina. Del contratto di lavoro egli non vede che i caratteri esteriori e formali, ne trascurò evidentemente a scopo polemico il contenuto specifico. Non si può consentire col Marx quando scrive che dal punto di vista del diritto non si scorge tra il contratto del lavoro e ogni altro genere di contratto altra differenza che quella contenuta nelle formole giuridicamente equivalenti: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* ⁽⁴²⁾. Queste assimilazioni hanno un semplice valore formale e non rispondono al contenuto variabile dei diversi contratti. Non bisogna quindi lasciarsi trarre in inganno dalle dissertazioni giuridiche del Marx. Esse possono servire al proletariato come mezzo di lotta per combattere l'avversario colle sue stesse armi. Ma non possono considerarsi come espressione della nuova coscienza giuridica del proletariato destinata a preparare il nuovo ordine di vita sociale vagheggiato dal Marx. Di ciò mostra di esser convinto lo stesso Marx nel for-

(42) Cfr. SOREL, *op. cit.*, pp. 202-204.

mulare la legge che presiede alla trasformazione del diritto ⁽⁴³⁾. Quando una classe diventa rivoluzionaria essa tende a identificare se stessa con tutta la società, e costituisce il diritto sulla base del suo modo di appropriazione. Il proletariato vittorioso imporrà un sistema giuridico conforme al suo modo particolare di praticare e di comprendere l'appropriazione. Ora di questa nuova coscienza giuridica, di questo nuovo diritto rispondente alla futura forma di organizzazione sociale il Marx prudentemente tace.

Lo studio fatto ci apre la via ad alcune considerazioni generali sull'influenza esercitata dal Marx in ordine al diritto privato. È nostro convincimento che l'opera del Marx in ordine al diritto privato non solo fu negativa, ma ne contrastò la riforma e la trasformazione in senso sociale. Delle trasformazioni della proprietà industriale il Marx tratta da un punto di vista economico ma non giuridico. Delle possibili riforme giuridiche attuali o future dei vari istituti di diritto privato invano noi cercheremmo accenni nell'opera sua. E neppure si può parlare di una influenza indiretta perché lo spirito e il significato della sua dottrina erano profondamente avversi a qualsiasi trasformazione del diritto positivo vigente. Egli aveva fiducia non tanto nella volontà degli uomini quanto nella forza degli avvenimenti. Questi avrebbero condotto alla catastrofe finale, la quale avrebbe dischiuso la via al socialismo. Il proletariato doveva aver fiducia solo nella lotta e valersi delle armi che il Codice borghese gli forniva. Riformare il diritto privato significava attenuare la lotta, fare il gioco degli avversari, togliere alla causa operaia armi di combattimento, ritardare la risoluzione finale. Il pessimismo indusse il Marx ad augurare il peggio per conseguire il bene. Egli voleva che la borghesia percorresse intera la sua parabola, che il proletariato fosse sottoposto a uno sfruttamento ancora più inumano: erano queste le condizioni per l'avvento più rapido e certo del socialismo. Dopo ciò si comprende come il marxismo dovesse svolgersi all'infuori di tutto il movimento giuridico dell'epoca. Le riforme giuridiche parvero al Marx misera cosa di fronte alla grandiosità della lotta impegnata tra operai e capitalisti, lotta che doveva

⁽⁴³⁾ Cfr. MARX, *ibid.*, p. 300.

fatalmente risolversi nel trionfo della causa operaia. Epperò sdegnò di portare il suo contributo a quelle correnti di idee che dal principio del secolo lavoravano a una radicale trasformazione del diritto privato. D'altra parte i giuristi mostravano disinteressarsi di un movimento di idee che preannunziava la fine del diritto, che cercava nella lotta la soluzione di problemi che solo potevano trovare naturale soluzione nei campi fecondi e pacifici del diritto. Alla mente dei giuristi abituata a tradurre i fatti economici in veste giuridica, doveva sembrare strana pretesa quella di trasformare la vita sociale all'infuori del diritto e contro di esso. Ciò spiega la loro indifferenza di fronte al marxismo di cui intuirono l'insanabile debolezza. Contro di esso dimostrarono che le idealità socialiste si attuano solo nella misura in cui esse si traducono in formole giuridiche (44).

5. Vedemmo l'influenza non solo negativa ma deleteria che il marxismo esercitò sul diritto privato. Esso tendeva a gettare il discredito sul diritto in generale, sul diritto privato in particolare, a distogliere la classe operaia organizzata dall'interessarsi alle riforme giuridiche. La letteratura marxista non ci offre nessun lavoro notevole tendente ad adattare alle idealità del proletariato gli istituti del diritto privato. Il pregiudizio marxista si perpetuava nei seguaci e degenerava in una vera e propria idolatria del fattore economico a danno degli altri fattori dell'evoluzione sociale. La parte della dottrina marxista che più prestava il fianco alle esagerazioni dei neofiti del socialismo era la teoria del materialismo storico, se pure trattasi di teoria e non di un semplice canone di interpretazione della storia, come vorrebbe il Croce (45). Era questa la parte della dottrina del Marx più facile ad essere intesa e fraintesa. Per opera soprattutto del Loria la dottrina del materialismo storico assume uno spiccato carattere materialista non più nel senso storico ma nel senso naturalista, carattere che non era nella mente dell'autore. Essa appare nel Loria completamente avulsa da quel terreno filosofico

(44) Cfr. MARX, *Critique de la philosophie du droit de Hegel*, trad. franc. in « Devenir social », sept. 1895, p. 511.

(45) Cfr. CROCE, *Materialisme ecc.*, [Paris.], Giard, 1901, saggio I.

nel quale era sorta, e da cui traeva il suo significato specifico ⁽⁴⁶⁾. Vedemmo infatti che in Marx il fatto economico era l'equivalente della *praxis*, cioè di un fatto psichico elementare. Per Marx il fatto economico non è il frutto del caso, di una necessità meccanica, ma è il risultato dell'attività psicologica dell'uomo. Lo stesso lavoro, che è concetto fondamentale dell'economia marxista, è un fatto spirituale, è pur sempre un prodotto dell'uomo. Il problema della storia è ancora dunque in sé un problema psicologico nel marxismo ⁽⁴⁷⁾. Ciò del resto si comprende pensando che il socialismo tedesco si svolgeva sotto l'influenza di una duplice corrente di pensiero, la corrente hegeliana e la corrente storica. Marx si propone di completare e correggere Hegel: non l'idea genera la storia, ma quella è la traduzione delle condizioni materiali, che non cessano perciò di essere storiche e psicologiche. L'opera del Loria è tutta intesa a materializzare nel senso proprio della parola il Marx e la sua dottrina. Il suo credo filosofico, sebbene non lo dichiara apertamente, è il materialismo e l'evoluzionismo. Lo sfondo idealista, da cui si stacca la dottrina del materialismo storico del Marx, e che ne costituisce l'elemento animatore, va perduto nel Loria la cui dottrina ha per sostrato un materialismo semplicista e volgare. Per lui il solo uomo che esiste è l'*homo oeconomicus*, ed è per lui l'uomo egoista per eccellenza. Tutte le altre manifestazioni dello spirito sono strumenti di cui si serve l'*homo oeconomicus*. Il mondo così vario dei sentimenti e delle rappresentazioni diventa in lui un semplice riflesso degli interessi economici. In ogni tempo le classi dominanti hanno bisogno di *istituzioni connettive*, come egli le chiama, per tener soggetti i lavoratori. Tra queste istituzioni connettive troviamo lo Stato, il diritto, la morale, la religione, perfino la scienza e l'arte. Tra la classe dei dominanti e degli sfruttati si interpongono quelli che il Loria chiama *lavoratori improduttivi*, di cui si vale la classe dei proprietari e capitalisti a suoi fini di sfruttamento economico. Tra questi lavoratori improduttivi troviamo, per il diritto, i giuristi e i magistrati. Quando i lavoratori

⁽⁴⁶⁾ Cfr. LORIA, *Le basi economiche della costituzione sociale*, 3ª ediz., [Torino], Bocca, 1902.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. CHIAPPELLI, *Le premesse ecc.* [cit. *supra*, n. 25].

improduttivi, non soddisfatti nelle loro pretese di guadagno, passano nel campo degli sfruttati, avvengono le crisi storiche, e di crisi in crisi si arriva alla *forma-limite* in cui si stabilirà il libero gioco degli egoismi. Avremo allora, dice il Croce in un esame critico delle teorie storiche del Loria ⁽⁴⁸⁾, l'incarnazione completa non solo dell'*homo oeconomicus* ma della *societas oeconomica*. Trattando in modo particolare del diritto il Loria afferma ch'esso è il mezzo materiale di cui si valgono i capitalisti per garantire il pacifico sfruttamento dei lavoratori. Il diritto è la sanzione accordata dalla società ai rapporti economici ed è il riflesso necessario dei medesimi. Il diritto lungi dall'essere il prodotto della astratta ragione (Kant) o il risultato della coscienza nazionale (Savigny) o emanazione della razza (Post), è la produzione necessaria dei rapporti economici. E ogni qualvolta il diritto non si adatta alle trasformazioni economiche sorge un movimento di riforma tendente a ristabilire la corrispondenza. Nell'opera del Loria è fatta larga parte agli istituti del diritto privato. Essi sono studiati da un punto di vista storico allo scopo preciso di far rilevare le influenze dei rapporti economici sull'assetto giuridico della famiglia, della proprietà, del diritto ereditario, del diritto regolante i rapporti fra i proprietari, del diritto regolante i rapporti fra proprietari e non proprietari. Le variazioni dei rapporti economici portano in tempo più o meno lontano, con o senza contrasti, a una trasformazione analoga negli istituti del diritto privato. Il movimento attuale di riforma del Codice privato per il Loria ha essenzialmente il significato di un contrasto tra le due forme di proprietà, la fondiaria e la capitalista, i cui interessi sono opposti e inconciliabili. La legislazione civile formatasi in un'epoca in cui prevalevano gli interessi della proprietà fondiaria mal si adatta alle nuove condizioni industriali; donde il movimento di revisione e di riforma del codice civile e commerciale. Astrazione fatta dal valore dei fatti storici citati dal Loria a sostegno della sua tesi a noi pare che questa sia intimamente errata. La genesi degli istituti di diritto privato è ben più complessa di quello che al Loria non sembri, e quello che a lui sembra un fattore originario, l'economico, è esso stesso

(48) Cfr. CROCE, *Matérialisme* [cit.], saggio II, p. 50.

un fatto derivato. Il suo materialismo gli impediva di valutare al suo giusto valore i motivi psicologici che stanno a fondamento del diritto. I rapporti economici sono essi stessi l'espressione esterna di bisogni e di tendenze individuali e collettive di natura psicologica. Di fronte ai risultati della psicologia moderna la tesi del Loria è insostenibile: le conseguenze poi che ne derivavano per le fonti del diritto privato erano deleterie, poiché essa metteva il diritto privato e le riforme relative alla mercè degli economisti, come se tutta la vita sociale si svolgesse intorno al fatto economico e non vi fossero altre tendenze da soddisfare e garantire mediante il diritto. Eppoi se è fatale che gli istituti del diritto privato devon riflettere le condizioni economiche, l'opera dei giuristi e dei legislatori intesa a migliorare le sorti dei lavoratori diventa inutile, dannosa. A questa conseguenza il Loria arriva (49). Per lui la volontà umana è mossa da motivi economici, ossia egoistici, utilitari. L'Hobbes movendo dalle stesse premesse fu logicamente portato a esaltare l'assolutismo: il socialismo del Loria non può su tali basi che essere una coercizione degli egoismi, un nuovo genere di assolutismo. Fondare il nuovo ordine sociale sull'egoismo, sopra una base rigidamente materialista, e nello stesso tempo inneggiare alla solidarietà umana, a noi sembra la contraddizione in cui cade il Loria. Le sue conclusioni non procedono dalle premesse, ma ne sono la negazione. Noi crediamo all'incompatibilità tra la morale dell'egoismo e l'ideale socialista. Almeno il Marx riparò nella pratica al materialismo, relativo del resto, della dottrina: egli infuse nell'azione socialista un soffio di idealità che derivava dall'hegelianismo. E ciò poté egli fare tanto più facilmente in quanto considerava la storia opera dell'uomo e della sua attività inventiva e produttiva. Ma il Loria si precluse anche questa via poiché nella sua dottrina l'uomo e l'attività umana hanno un valore limitato e strettamente dipendente dai rapporti economici: per lui la causa

(49) Cfr. LORIA, *Le basi ecc.*, parte II. Infatti il Loria condannò il movimento di riforma del diritto civile iniziato dal Cimbali ecc., perché astraveva dal fattore economico. (Cfr. LORIA, *Socialismo giuridico*, in « *Scienza del diritto privato* », I, 1893). Per lo stesso motivo criticò lo Stammler (pp. 161 e seg.) e la legislazione sociale.

della storia è nella natura stessa, « la storia umana, dice, è un fenomeno della natura » e « come base dell'evoluzione sociale domina, regina sconosciuta, la terra » (50).

6. Nell'opera del Loria noi vediamo implicita la tendenza a dare alla dottrina socialista un fondamento biologico naturalista. E la tendenza si accentua e diventa esplicita con gli sforzi fatti per alleare il socialismo con la cosiddetta scienza positiva, intendendo con questa inesatta denominazione il darwinismo e l'evoluzionismo naturalistico. Vi fu un momento in cui si credette che il socialismo non potesse chiamarsi scientifico se non derivando le sue premesse dai risultati delle scienze fisiche e naturali. Già vedemmo come il Marx non si sia per nulla preoccupato di coordinare le sue dottrine coll'indirizzo positivo. Natura e storia erano per lui due campi distinti. Materializzare la storia significava per lui ricondurla al fatto economico, al fatto psicologico elementare della sensazione e del bisogno. A lui non balenò mai l'idea di asservire l'uomo e la società alla biologia e alla natura. Ma ciò che egli non fece, fecero per lui gli zelanti seguaci educati alla scuola positiva, indotti dal desiderio di una unità di scienza male intesa e peggio architettata. Ciò che è più curioso constatare è che l'unico indirizzo positivo che avrebbe potuto fornire una giustificazione teorica alla dottrina socialista, cioè il materialismo tedesco, non fu invocato, e si preferì l'unione ibrida e mostruosa del Marx con Darwin e collo Spencer, cioè con gli indirizzi di pensiero ch'erano più lontani dallo spirito della dottrina marxista. Bene osserva il Lange (51) che il materialismo di Moleschott e Büchner discende logicamente dall'hegelianismo e ne subisce l'influenza. Nessun altro indirizzo filosofico era riuscito a nascondere il dualismo tra natura e spirito meglio dell'Hegel colla sua teoria dell'identità del pensiero e dell'essere, del reale e dell'ideale. Ogni spirito di vero hegeliano, dice il Lange, era stato educato a passare senza arrendersi vi-

(50) Cfr. LORIA, *Analisi della proprietà capitalistica*, Bocca, [Torino], 1889, II, pp. 455 e seg.

(51) Cfr. LANGE, *Histoire du matérialisme [et critique de son importance à notre époque]*, vol. II, pp. 118 e seg.

cino al punto in cui idealismo e materialismo si separano. Teoricamente non si può escludere che dalla concezione materialistica dell'universo e della vita possa derivare una giustificazione del socialismo, o quanto meno la condanna dell'individualismo. Il materialismo infatti abbassava l'uomo, ne distruggeva l'individualità, la coscienza, e l'uomo distrutto come individualità risorge come elemento della collettività alle cui finalità serve. Lo Schaeffle infatti assorbe l'individuo nella società concepita come un organismo biologico. Ma, come dissi, più che a far servire il materialismo tedesco alla causa del socialismo, l'attenzione dei socialisti si rivolse al Darwin e allo Spencer, certo per reazione all'individualismo liberale ed economico che in essi cercava la sua giustificazione. È nota la polemica tra Haeckel e Virchow che originò dalla frase pronunciata da Virchow al Congresso dei naturalisti di Monaco del 1877. « Il darwinismo, esclamò Virchow, conduce direttamente al socialismo ». I darwinisti tedeschi, Schmidt e Haeckel protestarono e in una serie di scritti sostennero invece che la teoria darwiniana è in aperto assoluto contrasto col socialismo ⁽⁵²⁾. La polemica secondo noi si fonda sull'equivoco derivante dal confondere l'aspetto scientifico e filosofico del darwinismo. Il darwinismo come indagine scientifica tende a determinare i fattori biologici dell'evoluzione organica: tra questi fattori non figurano i fattori psichici, e solo per ciò il darwinismo non avrebbe dovuto invocarsi a interpretare i fatti della vita sociale. Ma si era nell'epoca in cui si voleva dare alle scienze morali base scientifica e positiva e parve il darwinismo servisse all'uopo. L'esempio venne dallo Spencer, il quale ebbe se non altro il merito di comprendere che l'interpretazione biologica della vita sociale non poteva essere che individualista. In ciò si accordava al Darwin il quale fin dal 1873 aveva affermato che la dottrina della selezione non dà appiglio al socialismo ma piuttosto al principio della concorrenza economica e qualificò la sua dottrina come liberale o radicale nel senso cioè di individualista. Ciò intesero del resto i padri del cosiddetto socialismo

⁽⁵²⁾ La polemica non è ancor chiusa come può vedersi dal lavoro recente del RUPPIN, *Darwinismus und Sozialwissenschaft*, Fischer, Jena, 1903, a cui rimandiamo per la bibliografia.

scientifico, Marx, Engels, Malon, Lafargue, ecc., i quali escludono o non si mostrarono consci del nesso tra socialismo e darwinismo. Ma come allora si può giustificare o quanto meno spiegare l'espressione del Virchow? Egli è che il darwinismo in quanto originava una nuova concezione della vita e del mondo, in quanto abbassava l'uomo al livello degli esseri organici, ne disconosceva il primato nell'universo, lo subordinava alle leggi fisiche e naturali, acquistava un valore e significato filosofico o più propriamente materialistico. Sopra avvertimmo che dal materialismo teorico veniva esaltata la collettività e abbassata l'individualità. Il darwinismo passando dall'Inghilterra in Germania si alleò col materialismo allora in fiore, accentuò il suo aspetto filosofico: esso forniva nuovi efficaci argomenti al monismo materialista. Il Virchow nel combattere il darwinismo vedeva in esso l'alleato del materialismo e quindi in un certo senso del socialismo. L'Haeckel invece vedeva nel Darwin lo scienziato, il naturalista che aveva studiato ne' suoi fattori l'evoluzione delle specie organiche: da tali leggi non potevano derivarsi per la vita sociale che conseguenze individualiste come lo Spencer aveva fatto. Da questa polemica trasse origine quello che noi chiamiamo il socialismo biologico o darwinismo sociale, col quale nome si vogliono riassumere gli sforzi fatti per conciliare il socialismo colle premesse darwiniane e biologiche. Ed è degno di nota che questa speciale forma di socialismo si svolse soprattutto in Italia e quivi trova i [*sic*] più noti rappresentanti il Colaiani e il Ferri. L'opera sul socialismo del Colaiani (53) è intesa a giustificare il socialismo sulla base della concezione biologica della società. A suo merito devesi riconoscere che egli avvertì l'incompatibilità tra il marxismo e la concezione biologica del socialismo; e non fa nessun tentativo per derivare la sua concezione biologica del socialismo da quella economica del Marx. Il Colaiani si riattacca al materialismo tedesco e particolarmente al Lange e allo Schaeffle nell'ammettere un legame genetico tra la biologia e la sociologia, per quanto non si possano identificare (54). Tale presupposto

(53) Cfr. COLAIANNI, *Il socialismo*, Sandron, [Palermo], 1^a ediz., 1884, 2^a ediz. 1898.

(54) È facile rilevare l'influenza che esercitò sul pensiero del Colaiani il LANGE, che scrisse un notevole lavoro: *Die Arbeiterfrage [in ihrer Bedeutung für*

secondo lui non intacca per nulla la base del socialismo ma la rende più salda. Il Colaianni è tra quelli che movendo dal concetto di società-organismo conclude alla necessità del socialismo. « Se la società, egli dice, è un organismo scaturisce logica ed evidente la condanna dell'organizzazione sociale presente: un organismo analogo a quello biologico si avrà quando ad ogni elemento sarà dato in proporzione del proprio lavoro » (55). Ma una volta ammessa come principio la derivazione biologica del socialismo, si imponeva il problema di conciliare il socialismo con le leggi darwiniane che sembravano ad esso contraddire. E il Colaianni affronta il problema e lo risolve nel senso che il darwinismo non contraddice scientificamente il socialismo, ma è necessario adattarlo alle esigenze specifiche delle società umane. Ad ogni modo la tesi del Colaianni, per quanto fondata sul presupposto erroneo della società-organismo, ha il merito di non aver confuso l'indirizzo marxista con l'indirizzo positivo. Ma che dire del Ferri il quale si propone di dimostrare che malgrado le proteste di Darwin, di Spencer e dei loro seguaci, il socialismo marxista non è che il complemento pratico e fecondo nella vita sociale di quella rivoluzione scientifica moderna che rimonta a Bacone e all'introduzione del metodo sperimentale e afferma con una audacia pari alla assoluta ignoranza di tutto il pensiero filosofico moderno che il Marx è sulla direttiva di Spencer e di Darwin? (56). Malgrado la evidente erroneità della tesi, l'idea che il socialismo marxista sia in rapporto di parentela col darwinismo e coll'evoluzionismo si diffonde e fu accolta con favore in Italia dove il livello della coltura filosofica è assai scarso, e il socialismo penetrò in veste biologica. Oggidì la tesi del Ferri dopo le critiche e i lavori del Kautsky, del David, del Labriola, del Gentile, è dai dotti generalmente abbandonata (57). Ma non solo cadde in

Gegenwart und Zukunft], Winterthur Ziegler, 1ª ediz. 1870? [= 1865], 5ª ediz. 1894.

(55) Cfr. COLAIANNI, *op. cit.*, capo II.

(56) Cfr. FERRI, *Socialisme et science positive* [Darwin, Spencer, Marx], Paris, Giard, 1897 [= 1896].

(57) Cfr. KAUTSKY, nella « Neue Zeit », XIII, vol. I, pp. 709-716; A. LABRIOLA, *Socialisme et philosophie* [Lettres à Georges Sorel], Paris, Giard, 1899, pp. 1, 122-123; GENTILE, *La filosofia di Marx* ecc., p. 19.

discredito la trinità *Darwin-Spencer-Marx*, come la chiama ironicamente il Labriola, ma lo stesso darwinismo sociale e politico, anche nella forma temperata del Colaianni, ha perduto nell'opinione dei dotti del suo valore ⁽⁵⁸⁾. Le sue sorti erano legate alla concezione biologica della società, e tale concezione non regge oramai di fronte alla importanza sempre maggiore data al fattore della coscienza nella produzione dei fenomeni sociali. Ormai appare evidente che lotta per l'esistenza e selezione naturale, principi direttivi di tutto il darwinismo, se si trasportassero dal mondo naturale, preumano, che è il loro proprio, al mondo umano storico condurrebbero a ben altro perfezionamento sociale che i socialisti non vogliono ⁽⁵⁹⁾. Il Labriola insiste sulla veduta profonda del Vico, ripetuta dal Feuerbach e dal Marx, che la storia è fattura umana, e sdegna ogni alleanza con la scienza delle trasformazioni animali incoscienti e fatali di tutta la natura inferiore. L'uomo non si muove nella natura ma in un mondo ch'egli si è creato, modificando la natura esterna e facendola servire ai suoi fini ⁽⁶⁰⁾. Ma astraendo dalla figliazione teorica del socialismo dal materialismo biologico e sollevandoci a un ordine di considerazioni più elevato, noi crediamo dannosa alle sorti del socialismo la sua alleanza col materialismo sia esso economico, o naturalistico o biologico per ragioni non tanto teoriche quanto pratiche. Il materialismo teorico interpretato dalle classi industriali e dal popolo doveva favorire il materialismo della vita. E infatti noi vediamo sotto l'influenza di esso riabilitato l'egoismo, vediamo gli interessi economici acquistare una importanza eccessiva ed esclusiva. Bene osserva il Lange che la concezione materialistica della vita e dell'universo rispondeva agli interessi delle classi dominanti industriali, meno si adattava a interpre-

⁽⁵⁸⁾ Cfr. A. LABRIOLA, *Essais ecc.*, p. 124, a proposito del darwinismo politico e sociale dice ch'esso « a envahi, comme une épidémie, depuis de longues années, l'esprit de plus d'un penseur, et plus encore des avocats ecc. ».

⁽⁵⁹⁾ Cfr. GENTILE, *La filosofia ecc.*, p. 20 e nota.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. LABRIOLA, *Essais ecc.*, pp. 131 e seg.; ID., *Socialisme ecc.*, p. 128. Vedi anche CHIAPPELLI, *Darwinismo e sociologia*, in « Nuova Antologia », 15 febbraio 1895. Il Loria, seguace di Marx, fu naturalmente contrario al darwinismo sociale e al socialismo biologico.

tare i sentimenti e le aspirazioni delle classi lavoratrici ⁽⁶¹⁾. La morale dell'egoismo, per quanto raffinato e illuminato, può invocarsi a sostegno del privilegio, non certo della solidarietà necessaria a una classe che lotta per la sua emancipazione. La subordinazione dell'uomo e della società alla natura fisica, all'azione inesorabile delle leggi naturali generava l'indifferentismo etico, abituava a far dipendere le trasformazioni sociali dall'azione di cause naturali, anziché dal concorso attivo e cosciente dell'uomo. Lo stesso Colaianni ⁽⁶²⁾ è costretto a ricordare che per quanto il darwinismo possa non contraddire scientificamente il socialismo, non può dirsi che l'abbia realmente favorito. Per quanti sforzi si faccia per elevare il darwinismo, per dimostrare che la lotta per l'esistenza e la selezione naturale nelle società umane devono svolgersi sulle basi della simpatia, non si comprende come si possa parlare di socialismo che implica sacrificio, solidarietà, cooperazione quando rimane necessaria allo sviluppo umano la concorrenza. Se le masse possono essere indifferenti alla genesi filosofica del socialismo, possono risentire grave danno da una propaganda etica che tende ad abbassare l'uomo al livello dei bruti, che si rivolge sistematicamente allo stomaco, agli appetiti inferiori anziché alla mente e ai bisogni più elevati dello Spirito. Fortunatamente i rappresentanti del socialismo deviarono nell'azione e propaganda pratica dalle premesse materialiste: essi sfruttarono l'idealismo che stava pur sempre al fondo del movimento socialista, non sdegnarono gli argomenti aventi un semplice valore razionale, smentirono nella pratica il materialismo della dottrina.

Né solo nel campo etico fu dannosa l'alleanza del materialismo col socialismo ma anche e soprattutto nel campo giuridico. Il socialismo biologico fu infecondo in ordine agli studi e alle riforme di diritto privato. Altrove noi abbiamo rilevato la sterilità intrinseca di quel movimento che per opera del Cimbali penetrò nel diritto privato, tendente a trasformare sulla scorta del darwinismo e della dottrina della evoluzione il diritto pri-

⁽⁶¹⁾ Cfr. LANGE, *Histoire du matérialisme*, [cit. *supra*, n. 51] vol. II, parte 4^a, capo III.

⁽⁶²⁾ Cfr. COLAIANNI, [*Socialismo e sociologia criminale*. I:] *Il socialismo*, 2^a ediz., p. 11 nota.

vato in senso sociale. Veramente il Loria parlando di questo movimento usa l'espressione di socialismo giuridico. Noi già abbiamo condannato tale espressione, non essendo nell'intenzione dei rappresentanti di questo indirizzo far servire il diritto privato agli scopi specifici del proletariato ⁽⁶³⁾. Ad ogni modo le stesse considerazioni che abbiamo messo avanti per dimostrare la sterilità intrinseca di un simile movimento di riforma, a maggior ragione dovrebbero valere per ogni tentativo diretto a trasformare in senso socialista il diritto privato movendo da premesse biologiche. Del resto tale tentativo mancò: il cosiddetto socialismo giuridico, rappresentato in Italia dal Salvioli, dal Gianturco, dal Vivante, ebbe altre origini e altri caratteri.

⁽⁶³⁾ Cfr. LORIA, *Socialismo giuridico*, citato e risposta del d'Aguanno che ha cura di rilevare la differenza che distingue l'opera del Cimbali ecc. da quella del socialismo (in « Scienza del diritto privato », 1893, fasc. 11).

C) SOCIALISMO DI STATO, LEGISLAZIONE SOCIALE E DIRITTO PRIVATO.

1. Il socialismo ne' suoi rapporti col diritto. — 2. Socialismo di Stato e socialismo rivoluzionario. — 3. Sul significato della legislazione sociale secondo il marxismo. — 4. Origine storica e fondamento teorico della legislazione sociale. — 5. Legislazione sociale e suoi rapporti col diritto pubblico e col diritto privato. — 6. Influenza della legislazione sociale sul diritto privato.

1. Il socialismo come dottrina trasse la sua giustificazione teorica dai principi più diversi: accanto al socialismo razionale noi vedemmo il socialismo a base economica, il socialismo a base naturalistica, il socialismo a base biologica. Tutte queste diverse dottrine si svolsero intorno a quella che era la questione per eccellenza dell'epoca, la questione cioè della rigenerazione del lavoro.

Movendo dai più diversi principi tutte trassero argomenti per destare nelle masse operaie la coscienza dei loro diritti, tutte mirarono a tracciare al proletariato la via da seguire per raggiungere la meta, tutte furono concordi nel ritrarre le grandi linee della nuova organizzazione sociale. Oramai la questione principale veniva ad essere quella relativa ai mezzi per attuare le finalità del movimento operaio. In ciò secondo noi sta il lato debole delle dottrine socialiste. Il mezzo concordemente consigliato e parzialmente attuato fu la violenza e la lotta. Fu opinione dei più autorevoli rappresentanti dei diversi indirizzi del pensiero socialista che il passaggio della organizzazione sociale esistente alla organizzazione sociale futura non potesse attuarsi se non mediante una rivoluzione, se non passando per un periodo di lotte e di contrasti violenti e sanguinosi. Lo spirito rivoluzionario costituiva l'essenza della dottrina dei socialisti francesi, i quali erano educati ai principi e ai metodi della Rivoluzione francese. Del resto lo stesso carattere utopistico delle loro dottrine rendeva necessaria una rivoluzione per attuarle. È vero che Saint-Simon si illuse di potere solo in forza della propaganda e del progresso del sapere indurre le classi industriali ad acco-

gliere il suo sistema di ricostituzione sociale: ma giustamente parve questa una utopia maggiore della dottrina: lo spirito e le tendenze rivoluzionarie presero il sopravvento e generarono le sanguinose giornate del febbraio del 1848, che parvero instaurare il nuovo regime del lavoro. L'insuccesso che ne seguì fu soprattutto l'insuccesso dei metodi seguiti nell'attuazione dell'ideale socialista. Il movimento socialista che mette capo al Marx fu da un lato più pratico nella scelta dei mezzi, dall'altro lato non meno utopista. Marx vide bene che all'attuazione del socialismo era condizione imprescindibile l'organizzazione della classe operaia. Nell'aver favorito e disciplinato il naturale movimento di organizzazione operaia che scaturisce dalla stessa organizzazione industriale capitalista, la quale aveva generato il concentramento dei lavoratori nelle fabbriche, nell'aver orientato il movimento operaio verso l'ideale socialista, sta il merito del marxismo e il suo lato veramente fecondo. Ma d'altra parte nell'aver concepito la società divisa in classi necessariamente contrastanti, nell'aver fatto dipendere dalla lotta continua persistente il trionfo della causa operaia, nel non aver escluso i mezzi violenti sta secondo noi il lato debole del marxismo, di cui oggi comincerà a sentire le conseguenze.

Il grido da Marx rivolto ai lavoratori di tutto il mondo di unirsi fu raccolto: i lavoratori strinsero le file ma le strinsero per combattere, per imporre anche colla violenza il loro diritto. Non aveva detto il Marx nel *Capitale* che vi è una antinomia insuperabile tra capitalisti e operai, che ognuno è portato fatalmente [a far trionfare] il suo diritto ..., che tra due diritti uguali non può decidere che la forza (*Gewalt*) ⁽⁶⁴⁾? Il Marx veniva pertanto a escludere a priori una qualsiasi soluzione pacifica della questione sociale: egli faceva della lotta di classe la leva potente del socialismo, ne faceva dipendere l'attuazione da una catastrofe finale. Solo dalla dissoluzione della civiltà industriale capitalista si poteva sperare di realizzare le idealità socialiste. Ora noi non neghiamo l'opportunità transitoria del metodo preposto dal Marx. Esso era proposto in un'epoca in cui le masse operaie erano agli inizi della loro organizzazione, in un'epoca in cui per

⁽⁶⁴⁾ MARX, *Capitale*, ed. it., p. 179.

l'influenza di Saint-Simon da molti si sperava nella generosità nell'umanità delle classi dominanti, in un'epoca di dispotismo politico in cui consigliare i mezzi legali dopo l'insuccesso del 1848 sarebbe parsa un'amara ironia. Il richiamo di Marx all'organizzazione per la lotta doveva produrre un salutare effetto sulle masse operaie, ridestandone le energie assopite, le speranze deluse; doveva soprattutto eccitare in esse lo spirito di abnegazione, di solidarietà, che nella lotta si ritempra. Errore fu e grave, a parer nostro, persistere in questo metodo in condizioni politiche e storiche mutate, imperniare il movimento operaio sulla lotta di classe, far da essa discendere le sorti dell'emancipazione operaia. Né l'azione politica consigliata dal Marx poteva riparare alle conseguenze del principio. La partecipazione alla vita pubblica significava per i socialisti la penetrazione della lotta di classe nei Parlamenti e nelle amministrazioni pubbliche: essa non implicava cooperazione o intesa con altri partiti per la risoluzione del problema sociale. Questo doveva risolversi colle sole forze del proletariato organizzato, col metodo esclusivo della lotta di classe, all'infuori della legge all'infuori dei poteri costituiti, all'infuori di ogni altra classe sociale, direi quasi all'infuori della storia. Non era questa una utopia? Non era isolarsi dalla realtà e fare il gioco degli avversari? I socialisti sdegnarono l'aiuto prezioso che alla loro causa poteva venire dal diritto. E ciò era naturale una volta accolte le premesse marxiste. Lotta di classe e diritto sono termini inconciliabili, come sono termini inconciliabili guerra e pace. L'una implicava la risoluzione violenta della questione sociale, l'altra la risoluzione pacifica. Il diritto doveva presentarsi [come] il terreno neutro nel quale gli interessi più opposti potevano armonizzare. Nel concetto di diritto è implicato il concetto di squilibrio, di proporzione, di garanzia. Se il diritto esistente non sfuggiva all'accusa dei socialisti di essere l'espressione degli interessi borghesi, ciò era dovuto al fatto non imputabile al mal volere degli uomini ma alle condizioni storiche che alla sua formazione le classi lavoratrici non avevano partecipato. La conseguenza a cui il Marx era arrivato di servirsi del diritto esistente come mezzo di lotta, ma di rinnegare il diritto in quanto mirava alla rigenerazione operaia, sembra a noi erronea. Dal fatto che il diritto serve agli interessi di classe non

può dedursi ch'esso non possa giovare agli interessi specifici della classe operaia. A questa non è preclusa la via di partecipare alla formazione del diritto e alla riforma del medesimo nel proprio interesse. Né può aver valore il pericolo affacciato dal Marx che la classe operaia può sul terreno giuridico esser abilmente circondata e ingannata. Evitare tale pericolo dipende dal grado della sua organizzazione, dal grado della sua coscienza giuridica. Il diritto se non vuol essere inefficace deve vivere e svolgersi sotto l'azione continua degli interessati. Far fidanza sulla lotta, anche se questa riesce talora a strappare all'avversario concessioni, è far fidanza sopra un'azione negativa, che non può portare a notevoli risultati, specie se questi sono lontani, e della natura di quelli che il socialismo si propone.

Ciò che a noi preme rilevare è che il socialismo come dottrina e come partito si svolse all'infuori del diritto, e l'influenza su questo esercitata fu quasi solo negativa. Finché si mantenne strettamente legato ai postulati del marxismo e sperò nella lotta o nella rivoluzione fu un movimento ideologico e politico anti-giuridico.

Malgrado questo ostracismo ingiustificato, giuristi e uomini di Stato mostrarono come gli interessi di classe loro non impedivano di preoccuparsi della questione sociale, e di risolverla con quei mezzi che erano a loro disposizione. Alla lotta di classe essi contrapposero il diritto. Anziché attendere la rigenerazione operaia da una catastrofe finale, essi corsero immediatamente al riparo dei mali che il sistema industriale aveva generato, e che il socialismo aveva rilevato. Nel campo del diritto pubblico e privato sotto la pressione esterna dei bisogni e delle aspirazioni delle classi operaie noi assistiamo a una profonda trasformazione, di cui furono espressione nel campo del diritto pubblico il *socialismo di Stato, o politico*, nel campo del diritto privato il cosiddetto *socialismo giuridico*. Noi assistiamo per parte dei giuristi a una insolita attività per elaborare nuove teorie giuridiche, le quali se per un lato si riconnettono al passato dall'altro preparano le riforme del diritto nel senso desiderato dalle classi operaie. Mercè l'opera loro la tradizione giuridica non resta interrotta, e il passato senza salti repentini e irrazionali passaggi si congiunge coll'avvenire. Le aspirazioni delle classi operaie per

opera dei giuristi guadagnano in precisione, e acquistano una capacità di attuazione che esse non hanno finché sono abbandonate a economisti e a uomini di partito. È nostro convincimento che le idealità socialiste diventano pratiche e attuabili a misura e in proporzione che rivestono forma giuridica.

2. Il socialismo di Stato è il risultato di tre correnti di pensiero che si svolsero soprattutto in Germania nella prima metà del secolo XIX: la concezione dello Stato etico dovuta all'Hegel; la dottrina dell'attività economica dello Stato dovuta al Lassalle e al Rodbertus; la scuola storica nell'economia politica. Per opera dell'Hegel la concezione Kantiana dello Stato di diritto veniva sostituita con quella dello Stato etico. Come è noto Kant concepiva lo Stato nella funzione del diritto, il diritto come solo scopo dello Stato, e il diritto era concepito come puro limite di libertà ⁽⁶⁵⁾. In Hegel lo Stato è la esistenza, resasi concreta, di quello spirito universale che sollevando gli individui ad una efficacia superiore, li pone come persone morali; come tale lo Stato è l'organismo vivente del buon costume, è un organismo etico. Lo Stato hegeliano era un organismo e la nozione di organismo implica l'assorbimento delle parti nel tutto: ma è un organismo Spirituale, un organismo etico, come tale armonizza l'esistenza del tutto e l'autonomia delle parti. L'individuo che è un momento dello Spirito, del mondo non perde nulla della sua efficienza nello Stato, perché è proprio dell'assoluto procedere e ascendere per gradi senza rimuovere alcunché delle sue manifestazioni logicamente anteriori. Nello Stato hegeliano l'individuo vede non solo riconosciuta la sua personalità ma la vede riaffermata in una unità superiore. Nel sistema hegeliano la conciliazione tra individuo e Stato parve raggiunta, ma nella realtà l'individuo veniva a identificarsi nello Stato ⁽⁶⁶⁾. Il Bluntschli, il noto teorico del diritto pubblico, tende a corporizzare le for-

⁽⁶⁵⁾ Cfr. FILOMUSI-GUELF, *Enciclopedia giuridica*, 5ª ediz., Napoli, Jovene, 1905, §§ III e II2.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. PETRONE, *La filosofia politica contemporanea*, Trani, 1892, capo I. Cfr. HEGEL, *Philos[ophie] des Recht*, §§ 257-271; 341-360.

mole ideali di Hegel ⁽⁶⁷⁾. Egli infatti concepisce lo Stato come persona vivente, come uomo collettivo fornito di corpo e di anima, fa, dice bene il Petrone, dell'antropomorfismo politico. Per lui lo Stato-organismo è una vera e propria individualità morfologica, fisico-psichica. L'identificazione hegeliana tra individuo e Stato fa luogo nel Bluntschli alla loro contrapposizione. Egli infatti concepisce lo Stato e gli individui come due sostanze parallele e contrapposte e pone la personalità dello Stato come autonoma che si afferma con volontà propria sopra e contro gli individui. Lo Stato realizzato preesiste e sopravvive alle persone individuali: esso non è una costruzione contrattuale, ma ha una sostanzialità autonoma, è una ipostasi, ha diritti e fini propri, quindi eventualmente può avere fini diversi e opposti a quelli degli individui. Ora chi ben considera la personalità vivente e autonoma dello Stato è l'immediato presupposto teoretico del socialismo di Stato. Col Lassalle e soprattutto col Rodbertus lo Stato non è più solo un organismo etico ma diventa l'agente del benessere economico della Società. Esso tende a sostituirsi agli individui come regolatore della produzione. Lo Stato viene così a personificare la società e assumere la direzione suprema di tutte le forze sociali ⁽⁶⁸⁾. Giustamente il Barzellotti osserva ⁽⁶⁹⁾ che questa concezione dello Stato etico ed economico rispondeva alle tendenze psicologiche e alle tradizioni storiche della coscienza nazionale tedesca. Era innata in questa la devozione ai pubblici poteri consolidati dalla tradizione, il bisogno di un indirizzo regolatore capace di coordinare le forze e le iniziative individuali, la fede nella azione restauratrice e rinnovatrice dello Stato, che incarnava l'unità nazionale. Tutte le cause ricordate, storiche, psicologiche, filosofiche, prepararono il socialismo di Stato ma non lo costituiscono nel suo carattere specifico, che gli deriva dalla sua contrapposizione al marxismo, dalla tendenza a risol-

⁽⁶⁷⁾ Cfr. BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht*, libro I, capo I, (p. 33 della trad. Trono).

⁽⁶⁸⁾ Cfr. ANDLER, *Les origines du socialisme d'Etat en Allemagne*, Paris, Alcan, 1897. Cfr. PETRONE, *op. cit.*, capo II, § 2 (sez. I).

⁽⁶⁹⁾ Cfr. BARZELLOTTI, introduzione alla traduzione italiana dell'opera dello SPENCER, *Individuo e Stato*, Lapi, 1901, pp. LXII-LXXXIII. Vedi anche PETRONE sui caratteri della coscienza nazionale tedesca. *Op. cit.*, pp. 33-34.

vere mediante l'azione politica la questione sociale. Furono soprattutto gli economisti della scuola storica quelli che adottarono la concezione etica ed economica dello Stato alla risoluzione pratica e immediata delle questioni economiche e sociali. La scuola storica dell'economia politica rappresentata dal Roscher, Hildebrand, Knies, era sorta come reazione alla scuola economica ortodossa delle armonie naturali contraria all'azione dello Stato. Il distacco tra le due scuole economiche era avvenuto nel 1863, quando si iniziava l'agitazione socialista e si affacciava lo spettro della rivoluzione sociale. Il socialismo generava una serie di questioni economiche, relative alla condizione delle classi operaie, alle relazioni del capitale col lavoro, questioni alle quali la scuola ortodossa si disinteressava rimettendosi all'azione provvidenziale della natura che coi mali crea i rimedi. Ma a queste questioni si interessarono vivamente gli economisti storici, i quali non ammettevano l'esistenza di leggi naturali così assolute che la volontà umana e l'azione dello Stato non potessero temperare e correggere. Coi socialisti concordavano nella critica del regime industriale moderno e dell'attuale distribuzione della ricchezza, nel riconoscimento dei mali che affliggevano le classi lavoratrici, nella necessità di porvi riparo. Da essi dissentivano nelle finalità e soprattutto nel metodo. Nelle finalità in quanto non era nelle loro intenzioni di abbattere il presente e di preparare le basi di una società nuova: nel metodo che era anti-rivoluzionario e essenzialmente politico e giuridico ⁽⁷⁰⁾. Il Roscher dice che i riformatori devono prendere per loro modello il tempo, le cui riforme sono le più sicure e le più irresistibili, ma così gradualiche non possono venir osservate ad ogni momento. Hanno simpatia per le aspirazioni delle classi lavoratrici, hanno fiducia nell'azione dell'uomo, della legge, dello Stato, ma credono che l'intervento debba essere illuminato, pratico, opportuno, il rinnovamento deve procedere per gradi, come il tempio di Salomone, senza far uso del martello. Dai riformatori sociali inglesi differiscono in ciò che questi nel proporre le riforme erano guidati da un felice istinto politico, mentre quelli che furono chiamati i Socialisti della

(70) Cfr. RAE, *Il socialismo contemporaneo*, Firenze, Le Monnier, 1889, trad. Bertolini, capo V.

cattedra le deducono da una elaborata teoria di economia politica, quale si può riscontrare soprattutto nell'opere del Wagner e dello Schaeffle. Politicamente ortodossi essi non subordinano l'attuazione delle riforme all'assunzione integrale delle classi lavoratrici alla direzione dello Stato: ad essi basta lo Stato borghese conscio di sé e delle sue funzioni etiche ed economiche (71).

I diversi fattori ricordati (la dottrina hegeliana e lassalliana dello Stato, le teorie degli economisti storici, le tradizioni nazionali, le tendenze psicologiche del popolo tedesco) unitamente all'azione per quanto negativa del socialismo e del movimento operaio, generarono il Socialismo di Stato, di cui fu espressione caratteristica la legislazione sociale. Il Ferraris esprime l'opinione che « la brutta e falsa designazione di *socialismo di Stato* sia messa in disparte, come oramai è quella di *socialismo della cattedra*, per adottare la più modesta e più vera di *riforma politico-sociale* » (72). Anche il Gabba chiama « vuota di senso » la formola di socialismo di Stato (73). E invero storicamente e teoreticamente il Socialismo di Stato si distingue dal Socialismo marxista. L'espressione fu anzi coniata in contrapposizione al socialismo rivoluzionario antistatale, anti giuridico. Eppure non crediamo si debba adottare una [tale?] espressione per designare quel movimento di idee e di azione che sorse in contrapposizione al socialismo operaio-marxista, e che fa affidamento per la risoluzione della questione sociale sull'azione del diritto e dello Stato. Se non vuoi conservare l'espressione di socialismo di Stato potrebbe accogliersi quella più modesta di socialismo *politico*, per denotare l'azione dello Stato intesa a risolvere la questione operaia. Meno propria ci sembra l'espressione proposta dal Ferraris cioè l'espressione di *riforma politico-sociale*. Altro è l'azione sociale dello Stato, altro è l'azione socialista del medesimo. Lo Stato in quanto affronta quei problemi che generarono il movi-

(71) I socialisti della cattedra in seguito al Congresso di [Eisenach] (1872) addivennero nel 1873 alla organizzazione della *Società per la politica sociale* [= *Verein für Sozialpolitik*]. Cfr. RAE, *op. cit.*, pp. 215 e seg.

(72) Cfr. FERRARIS C. F., *Il materialismo storico e lo Stato*, Sandron, 1897, p. 164.

(73) B. GABBA, *Trenta anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901, p. 31.

mento socialista e traduce in leggi le particolari aspirazioni del proletariato organizzato esplica una vera e propria azione non semplicemente sociale ma socialista. Non bisogna poi dimenticare che le stesse cause generarono socialismo di Stato e socialismo rivoluzionario, che entrambi hanno per scopo la risoluzione della questione sociale. Ciò che li distinse furono e sono i mezzi proposti e le formalità [= finalit ] ultime. Il socialismo di Stato o politico ripudia i metodi rivoluzionari, e non si preoccupa di una vita futura. Ma a misura che la vita futura socialista appare una chimera, utile solo (nell'infanzia del proletariato) per destarne la coscienza di classe e destinata a scomparire in una fase ulteriore di sviluppo intellettuale e morale, noi vediamo il socialismo operaio abbandonare i metodi rivoluzionari e invocare l'azione dello Stato. La crisi del marxismo fu generata appunto dall'adesione del socialismo rivoluzionario alla scuola della riforma politico-sociale. La distanza dunque che separa il socialismo economico e il socialismo politico-giuridico   destinata a diminuire fino a ridursi a zero: le due correnti del pensiero socialista devono unire i loro sforzi per la risoluzione della questione sociale. Non pu  negarsi che entrambe hanno compiuto una funzione utile: l'una organizz  il proletariato, e ne mise in evidenza i mali, i bisogni, le aspirazioni: l'altra elabor  nuove dottrine politiche e giuridiche, capaci di rispondere [in un primo tempo: «diffondere»] a quell'ideale di solidariet  umana che erompe dall'intimo seno delle classi lavoratrici in lotta per la loro emancipazione.

3. La legislazione sociale   l'espressione giuridica del socialismo di Stato, sta con esso in rapporto di mezzo a fine. Essa nasce col profondo rivolgimento economico operatosi nel secolo scorso, accompagna l'elevazione progressiva del proletariato, vuol essere la soluzione giuridica della questione sociale. Noi la troviamo nei paesi pi  diversi e lontani, la vediamo affermarsi di mezzo alle tendenze pi  opposte, alle risultanze degli uni, alle derisioni degli altri. Assistiamo allo spettacolo curioso di individualisti che la esaltano, di socialisti che la condannano: tutti cercano interpretarla e giustificarla sulla base dei loro principi: gli stessi avversari non ne sdegnano la paternit . Ragion di dub-

bio deriva dal fatto che la legislazione sociale sembra in certi paesi svolgersi per generazione spontanea, in altri per opera dello Stato, in altri ancora sotto la pressione del movimento operaio e socialista. Merita di esser rilevata l'opinione dei socialisti soprattutto di Marx in ordine alla legislazione sociale. I socialisti francesi astraendo nelle loro dottrine dall'esperienza storica ed economica non ne potevano comprendere l'importanza e il significato. Ne comprese invece l'importanza il Marx che scrisse l'opera sua fondamentale nel paese classico della legislazione sociale, l'Inghilterra. Il Marx comprese la necessità di conciliare il fatto della legislazione sociale colla sua dottrina che implicitamente la condannava. Come infatti ammettere che la classe borghese potesse comprendere i bisogni del proletariato e soddisfarli a proprio danno mediante le leggi sociali? Il principio della lotta di classe escludeva simili concessioni legali, che tendevano ad attenuare il contrasto, a ritardare l'evoluzione capitalista. Senonché il Marx aveva a sua disposizione la dialettica, la quale da Aristotele in poi anche se non convince può servire a dare all'errore le parvenze del vero. Molti socialisti tratti in inganno dalle parole con cui il Marx esalta le lotte della classe lavoratrice inglese per ottenere una legislazione delle fabbriche sostennero che nel caso della legislazione delle fabbriche, Marx venne meno allo spirito informatore della propria dottrina e si indusse a riconoscere una efficacia all'azione dello Stato che negli altrui campi negava. Nulla secondo noi di più contrario al pensiero del Marx di questa interpretazione. Noi siamo perfettamente del parere espresso da Arturo Labriola ⁽⁷⁴⁾ che la dottrina del Marx non solo condanna come inefficace l'azione dello Stato, ma la considera dannosa agli interessi del proletariato. Per il Marx la legislazione sulle fabbriche non è strumento di pacificazione sociale, ma mezzo per accelerare la decomposizione del capitalismo, è « una prima e consapevole reazione della società sulla forma naturale del processo produttivo, è un frutto altrettanto naturale della grande industria quanto lo sono le ferrovie, le macchine

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Arturo LABRIOLA, *Riforme e rivoluzione sociale*, Cagnoni, Lugano, 1906, pp. 109 e seg.

automatiche e la telegrafia elettrica » (75). La sua importanza non deve valutarsi in ordine alle finalità del proletariato, ma bensì in ordine alle condizioni economiche e ai principi giuridici esistenti. Essa infatti rappresenta uno strappo al principio della libertà contrattuale sancito dai Codici borghesi; e consacra il principio opposto della limitazione della libertà contrattuale. Rappresenta quindi un elemento di dissoluzione del regime giuridico attuale e del regime economico corrispondente. All'infuori di questo significato la legislazione sociale non può esercitare notevole efficacia pratica nelle sorti del proletariato. Parlando della legislazione inglese sulla giornata di lavoro, il Marx afferma che essa par fatta apposta per creare inestricabili difficoltà giuridiche (76), e ne riduce tutta la portata pratica a questo che essa indica « in modo chiaro quando finisce il tempo che il lavoratore ha venduto al capitalista e quando comincia il tempo che gli appartiene » (77). Aggiunta il Marx che la legislazione sulle fabbriche dapprima combattuta dai capitalisti finì per trovare in essi dei difensori, poiché ben presto s'accorsero ch'essa non comprometteva il profitto, [e] non impediva lo sfruttamento capitalistico. « Gli stessi fabbricanti, scrive, ai quali il limite legale e i regolamenti della giornata di lavoro erano stati strappati lembo a lembo da una guerra civile di mezzo secolo, fecero con ostentazione risaltare il contrasto che esisteva fra le industrie sottoposte al limite legale e quelle ancora *libere*. I Farisei dell'Economia politica oramai dichiarano come tipica conquista della loro scienza la necessità di un limite legale alla giornata di lavoro » (78). Il pensiero di Marx in ordine alla legislazione sociale si chiarisce ancor meglio colla sua teoria del *limite* matematico alla efficacia della legislazione di fabbrica. Nel paragrafo che egli dedica alla legislazione delle fabbriche (79) il Marx dichiara che l'esperienza inglese della legislazione sulle fabbriche ha dimostrato come oltre un certo limite il sistema capitalistico è incompatibile con qual-

(75) Cfr. MARX, *Capitale*, p. 404 (ediz. ital.).

(76) *Ibid.*, p. 242.

(77) *Ibid.*, p. 244.

(78) *Ibid.*, p. 237.

(79) *Ibid.*, capo XV, § 9, p. 405 (ediz. it.).

siasi razionale miglioramento, e allora si imporrà la catastrofe finale. L'estensione della legislazione di fabbrica, indispensabile per la difesa fisica e morale della classe operaia, affretterà la trasformazione della piccola industria in grande industria, determinerà la concentrazione dei capitali e il dominio assoluto del regime di fabbrica. La legislazione sulle fabbriche osserva il Marx, imponendo ad ogni opificio l'uniformità, la regolarità, l'ordine, accresce, mercè la limitazione legale della giornata di lavoro, la anarchia e le crisi della produzione capitalistica, intensifica il lavoro e la concorrenza tra l'operaio e la macchina. Inoltre distruggendo la piccola industria, distrugge l'ultimo rifugio dei « soprannumeri » (disoccupati) e con esso l'ultima valvola di sicurezza di tutto il meccanismo sociale. In tal modo maturano le contraddizioni e gli antagonismi della produzione capitalistica, e si svolge sulle rovine della vecchia la nuova società ⁽⁸⁰⁾. Di fronte a queste esplicite dichiarazioni del Marx appare chiaro il suo pensiero di fronte alla legislazione sociale: essa giova ad inasprire e ad affrettare la soluzione dei contrasti sociali, ma non serve alle finalità del socialismo. La sua importanza deve intendersi in ordine al diritto privato esistente in quanto essa implica la negazione della libertà contrattuale, pone i diritti del lavoratore al di sopra dei diritti dei capitalisti, obbliga, dice il Labriola, lo Stato a riconoscere che al di fuori della legalità borghese esiste il diritto dell'essere umano, genera nelle classi lavoratrici il desiderio di creare un ordine di cose in cui i bisogni e le aspirazioni del lavoratore sieno l'unica regola della vita collettiva ⁽⁸¹⁾. Lungi quindi dal fondare su di essa speranze per l'attuazione della società nuova, il Marx sostiene che la legislazione sociale è un fenomeno della civiltà borghese, ch'essa esaurisce la sua funzione nella Società attuale, è un mezzo non per evitare ma per rendere più acuta la lotta di classe, non ripara i mali del regime capitalistico ma l'inasprisce. La stessa diffidenza verso lo Stato e le leggi del lavoro nei rapporti colle idealità socialiste ispira la teoria del Loria relativa alle cause che generarono la legislazione sociale. Il Marx aveva notato come l'antagonismo tra proprie-

⁽⁸⁰⁾ *Ibid.*, p. 423 (ediz. it.).

⁽⁸¹⁾ Arturo LABRIOLA, *op. cit.*, p. 117.

tari e industriali aveva agevolato alla classe operaia inglese la conquista della giornata delle 10 ore (1848) ⁽⁸²⁾. Il Loria generalizzando il fatto affermò in tesi generale che la legislazione sociale è la risultante dell'antagonismo che si stabilisce tra le due classi fondamentali del reddito, cioè tra la classe dei proprietari e la classe degli industriali. Tale antagonismo costringendo i proprietari di una forma di reddito ad invocare l'alleanza del popolo contro i proprietari dell'altra impone alle due classi la necessità di consentire ad una legislazione propizia alle sorti del lavoratore ⁽⁸³⁾. In questa teoria del Loria è evidente il sofisma della falsa generalizzazione. Bene osserva il Ferraris che il fatto accennato dal Loria si presentò innegabilmente in alcuni casi, ma non fu né il solo né il prevalente motivo della legislazione operaia ⁽⁸⁴⁾. Ma meno qui ci interessa l'erroneità della dottrina, mentre più ci importa rilevare che il Loria come il Marx sentirono il bisogno di rendersi conto del fatto della legislazione sociale che contraddiceva ai principi e alle finalità socialiste. Non si voleva riconoscere dai rappresentanti del socialismo che la questione sociale potesse trovare nello Stato e nel diritto un campo favorevole alla sua soluzione: sempre era radicato il preconcetto che solo in conseguenza di una radicale trasformazione del sistema economico si sarebbero attuate le aspirazioni del proletariato, epperò si ricorreva a spiegazioni artificiose dirette a attenuare l'importanza della legislazione sociale e a distogliere il proletariato dal fondare su di essa le sue speranze. Tanto per il Marx quanto per il Loria socialismo e legislazione sociale sono due fatti diversi e contrastanti. Non arrivano al punto di negare apertamente alla legislazione sociale ogni efficacia pratica sulle sorti del proletariato, ma lasciano chiaramente comprendere che le classi operaie dal miraggio delle riforme sociali sieno distratte dalle finalità socialiste. Questo concetto diventa esplicito in Arturo Labriola che, svolgendo il concetto implicito nel marxismo,

⁽⁸²⁾ Cfr. MARX, *Capitale*, p. 225 (ediz. it.).

⁽⁸³⁾ Cfr. LORIA, *Le basi economiche* ecc., p. 251. Vedi la critica che della teoria del Loria sulle cause della legislazione operaia fa C. F. FERRARIS, *Il materialismo storico e lo Stato*, Palermo, Sandron, 1897, pp. 178 e seg.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. FERRARIS, *op. cit.*, p. 179.

vede nella legislazione sociale una specie di inganno teso dalle classi dominanti alle classi lavoratrici per temperarne gli spiriti rivoluzionari, e distoglierle dalla loro meta ⁽⁸⁵⁾.

Tra i socialisti stessi si manifestò una reazione contro questa interpretazione pessimista della legislazione sociale: i così detti riformisti (Bernstein, Turati, Jaurès, ecc.) vedono nella legislazione sociale un mezzo di cui può utilmente valersi il proletariato per la conquista graduale de' suoi ultimi fini. Essi tendono a confondere insieme legislazione sociale e socialismo, a stabilire tra questi due termini un rapporto di mezzo a fine. I riformisti hanno torto nell'invocare il Marx a sostegno della loro opinione la quale, vera o giusta [*sic*] che sia, è certamente in contraddizione collo spirito della dottrina marxista e col principio della lotta di classe.

4. Ora di fronte a queste diverse interpretazioni del pensiero socialista relative al significato della legislazione sociale e a' suoi rapporti col socialismo si impone da parte nostra una soluzione. Ora noi crediamo di poter affermare che la legislazione sociale si svolge all'infuori e indipendentemente dal socialismo rivoluzionario. A noi pare sia nel vero il Marx quando afferma che la legislazione sociale rappresenta un prodotto necessario del regime industriale capitalista ed essa trovasi contenuta in germe nella speciale condizione creata al lavoratore nel contratto di lavoro industriale. Basta per convincersene tener dietro alle vicende della legislazione sociale in Inghilterra dove il suo sviluppo fu spontaneo e non si presenta legato ad alcuna teoria speciale circa le funzioni dello Stato ⁽⁸⁶⁾. L'invocazione dello Stato, le teorie formulate per giustificarne l'intervento sono posteriori alle cause che generarono la legislazione sociale. I principi della libertà del lavoro, della libertà di contratto, dell'uguaglianza giuridica avevano peggiorato la sorte del lavoratore, lo avevano abbandonato all'arbitrio dei padroni, al cui potere di sfruttamento non era posto dalla legge limite alcuno. Neppure il sesso, neppure l'età costituirono un ostacolo alla libertà di sfruttamento.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. LABRIOLA A., *op. cit.*

⁽⁸⁶⁾ Può a tale scopo riuscire utile il lavoro di HUTCHINS and HARRISON, *A History of Factory Legislation*, Westminster, King, 1903.

Il contratto di lavoro parificato a un qualsiasi contratto di diritto privato si svolgeva all'infuori del controllo dello Stato, sottoposto ai principi generali regolanti i soliti contratti di diritto privato. Gli economisti ortodossi coll'assimilare la forza di lavoro a una merce che l'operaio liberamente vende e il padrone liberamente compra in base a un prezzo determinato dalla legge della domanda o dell'offerta, avevano preparato ai giuristi il terreno per la loro costruzione giuridica. Prima ancora delle recriminazioni dei teorici i fatti misero in evidenza tutta l'iniquità della classica teoria dell'operaio-macchina, della forza di lavoro-merce sostenuta dagli economisti e dai giuristi ortodossi. E i fatti risultarono confermati da inchieste, da relazioni di medici, di studiosi disinteressati, appartenenti alle classi e ai partiti sociali più diversi (87), e si invocarono leggi non già in omaggio a ideali superiori di giustizia, ma solo in vista dell'utilità generale che poteva dal perpetuarsi dei mali lamentati essere compromessa. E comparvero le prime leggi sulle fabbriche in Inghilterra (88) col modesto ma preciso compito di attenuare le conseguenze del principio della libertà di lavoro e di contratto almeno riguardo di coloro che per l'età erano nell'impossibilità evidente di provvedere al proprio interesse, e la cui protezione implicava un vero interesse sociale. Si comprende l'opposizione degli industriali che potevano invocare a difesa dei loro interessi lesi l'autorità dei giuristi e degli economisti, ma l'utilità generale finì per trionfare sopra ogni altra considerazione. Una volta accolto il principio che il contratto e le condizioni del lavoro industriale dovevano armonizzare coll'interesse generale, una volta fatta eccezione al principio che parificava la forza del lavoro a una merce e l'operaio a una macchina, il germe della legislazione sociale era posto. Il suo sviluppo più o meno rigoglioso doveva dipendere da cause molteplici e diverse, dal grado di organiz-

(87) Vedi sui fatti che provocarono le prime leggi sulle fabbriche in Inghilterra l'HARRISON, *op. cit.*, capo II, p. 14 e seg.

(88) La prima legge è del 1802 e riguardava la difesa fisica e morale degli apprendisti nelle fabbriche, ed è dovuta alla propaganda filantropica scritta e orale del dott. Percival. La seconda legge è del 1819 e riguardava la limitazione del lavoro dei fanciulli nelle fabbriche di cotone. Cfr. HARRISON, *op. cit.*, capo II.

zazione e di coscienza del proletariato, dal grado di intensificazione e generalizzazione del regime di fabbrica e dei mali inerenti, dal grado di rivalità esistenti tra industriali e proprietari del suolo. Altra circostanza favorevole al progresso della legislazione di fabbrica fu l'esperienza, la quale dimostrò che i danni affacciati dagli industriali non si avverarono, che i profitti aumentarono nonostante la diminuzione del margine di sfruttamento. Tutte queste cause e altre che non è il caso di ricordare favorirono in Inghilterra lo svolgimento della legislazione sociale. Come ognuno vede, più che le teorie provvidero i fatti a scalzare i principi consacrati dai codici e dagli economisti ortodossi. I legislatori inglesi coll'addivenire alla legislazione sociale non credettero di tradurre in norme ideali di giustizia assoluta; essi obbedirono a un semplice calcolo utilitaristico convinti del detto di Bentham che l'utile generale si identifica coll'utile individuale. Più tardi assistiamo agli sforzi degli economisti, giuristi, sociologi per dare un fondamento teorico alla legislazione sociale. Ciò che prima era stato fatto *rebus ipsis dicantibus*, timidamente per eccezione al principio della libertà contrattuale più tardi fu fatto in conseguenza di una nuova concezione del diritto e dello Stato. L'elaborazione teorica della legislazione sociale fu opera quasi esclusiva degli economisti e dei giuristi tedeschi usciti dalla scuola storica e dalla scuola hegeliana. E qui si rivela il distacco tra il marxismo e quello che fu poi impropriamente diramato [= chiamato] in Germania il socialismo di Stato. Marx aveva con sicuro intuito rilevato il significato profondo della legislazione sociale, in quanto sorgeva in opposizione alla concezione tradizionale del diritto e dei rapporti contrattuali; ma il Marx non attese a elaborare una nuova concezione del diritto e dello Stato: n'era distolto dal suo materialismo storico, dalla sua idea fissa nella catastrofe finale. Perciò fu indotto a considerare la legislazione sociale come una semplice arma di lotta di valore transitorio, un mezzo per scalzare le basi della legalità borghese e mercantile, non un mezzo per la risoluzione della questione operaia. Il suo valore e significato era per il Marx negativo non positivo. Da un punto di vista ben più scientifico ed elevato si ponevano gli economisti e giuristi tedeschi appartenenti all'indirizzo della riforma sociale. Essi cercarono alla legislazione sociale un vero e

proprio fondamento scientifico, e ne fecero il cardine per la risoluzione della questione sociale. Essi fecero pertanto opera di ricostruzione, anziché a distruggere attesero a riformare. Cominciarono gli economisti usciti dalla scuola storica a mettere in dubbio la giustizia del rapporto contrattuale tra operai e padroni inteso coi criteri tradizionali. Essi rilevarono i caratteri speciali del lavoro di fronte alle altre merci. La merce lavoro è inseparabile dalla persona dell'operaio, e chi vende la propria forza di lavoro vende se stesso o meglio il dominio sopra se stesso. Il salario rappresenta per l'operaio la condizione stessa della vita, e il più delle volte l'operaio disoccupato premuto dal bisogno non discute i patti del lavoro ma li subisce e cede la sua forza di lavoro per quel tempo e per quel prezzo che l'imprenditore vuole. Il presupposto giuridico della libera volontà e dell'eguaglianza delle parti non vale per il contratto di lavoro industriale. In realtà il rapporto di lavoro non sancisce l'uguaglianza ma la dipendenza dell'operaio ossia il predominio dell'imprenditore. La contraddizione tra la forma giuridica e il contenuto economico diventa evidente. È vero che l'operaio ha consentito al contratto: *coactus sed tamen voluit*: ma non sempre quando l'accordo di volontà di due persone è richiesto per formare un negozio giuridico, la dichiarazione di volontà ha per entrambi lo stesso significato. Ciò può valere pel formalismo dei giuristi, ma chiunque guarda al contenuto reale del rapporto non potrà a meno che [*sic*] constatare che nel contratto di lavoro si consacra un vero e proprio dominio dell'imprenditore sugli operai, dominio che esclude la libertà e l'uguaglianza giuridica. Si aggiunga che l'ordinamento stesso di fabbrica, le esigenze della produzione fanno del padrone un capo che deve esercitare sopra gli operai un largo potere disciplinare che riguarda la persona dell'operaio. In fabbrica l'operaio è un suddito e non può essere altrimenti. Ora tale potere disciplinare che in virtù del contratto l'operaio accetta, è affatto contrario allo spirito del diritto privato e all'uguaglianza contrattuale, esso implica un diritto punitivo da parte dell'imprenditore che non ha nulla a [che] fare colle pene convenzionali, stipulate per garantire l'osservanza del contratto. Le pene convenzionali sono stabilite in precedenza per il caso che la convenzione non segua per colpa

di un contraente e con danno dell'altro. Le pene disciplinari invece implicano un rapporto di subordinazione, non sono stipulate in precedenza, possono essere modificate a volontà dell'imprenditore secondo le esigenze dell'ordinamento di fabbrica indipendentemente dal danno che a lui possa derivare. Vi sono ordinamenti di fabbrica che presentano tutti i caratteri di piccoli codici di polizia penale. Anche nella risoluzione del contratto di lavoro le due parti non sono in nessun modo eguali. Per l'operaio è questione di esistenza, mentre l'imprenditore non incontra difficoltà a trovare un altro operaio. E il potere dell'imprenditore sull'operaio si esplica anche fuori della fabbrica, non importa qui ricercare se ciò avvenga per motivi egoistici o per una malintesa cura paterna che il padrone crede di potere esercitare sull'operaio. A noi basti rilevare che un tale intervento nei rapporti esterni dell'operaio è possibile, e si svolge in misura notevole nel primo periodo della produzione di fabbrica ⁽⁸⁹⁾.

Giuridicamente pertanto il contratto di lavoro è fondato sui principi dell'uguaglianza e della libertà di volere di ambe le parti, ma di fatto tutta la vita dell'operaio è in balia dell'imprenditore. Della libera dichiarazione di volontà, su cui il contratto di lavoro è fondato può di regola solo una parte, l'imprenditore, far uso, mentre la dichiarazione di volontà dell'operaio è una semplice parvenza. Rimane pertanto una contraddizione insolubile tra la forma giuridica e il contenuto economico del contratto. La pura struttura giuridica privata del contratto di lavoro esiste solo nell'interesse dell'imprenditore.

Tale nelle sue linee generali la critica fatta dagli economisti della scuola storica al contratto di lavoro inteso come istituto di diritto privato. La conseguenza che ne traevano era la necessità di sottrarre il contratto di lavoro industriale al diritto privato e di regolarlo su basi nuove, rispondenti alle esigenze economiche del suo contenuto. L'opera loro veniva a incontrarsi e a completarsi con quella dei pubblicisti e dei filosofi tedeschi che

⁽⁸⁹⁾ Abbiamo seguito per questa analisi critica del contratto di lavoro industriale nei suoi rapporti colla legislazione sociale il BORNHAK, *Das deutsche Arbeiterrecht*, Munchen-Leipzig, Kirth, 1892, I Ass., par. 4. Ad esso rimandiamo per la bibliografia e per una più ampia trattazione dell'argomento.

come vedemmo tendevano ad estendere l'azione dello Stato nel campo etico ed economico. Le basi teoriche della legislazione sociale venivano per tal modo costituite, ed essa poté apparire il risultato logico di una elaborazione ideologica che ebbe per centro la Germania. Ma in Inghilterra essa conservò il suo primitivo carattere di formazione spontanea, carattere però più che altro apparente. Non è infatti difficile rilevare i principi della filosofia utilitaria nella formazione della legislazione sulle fabbriche inglesi. Il criterio dell'utile generale più che nuove teorie sul diritto e sullo Stato parve al legislatore inglese bastare per giustificare economicamente e giuridicamente la legislazione sociale. Il teorico della filosofia utilitaria applicata a giustificazione dell'intervento dello Stato nei rapporti economici fu il Jevons, il cui aureo libro sullo Stato in rapporto col lavoro riflette efficacemente la coscienza giuridica inglese nell'elaborazione del diritto operaio ⁽⁹⁰⁾. Ma se i principi teorici erano diversi secondo l'indole diversa delle tradizioni giuridiche e filosofiche del popolo tedesco e inglese il risultato fu identico; per entrambi la legislazione sociale apparve la soluzione naturale e giuridica dei conflitti generati in seno alla civiltà industriale ⁽⁹¹⁾.

⁽⁹⁰⁾ S. JEVONS, *The State in relation to Labour*, Macmillan, 1894, 3ª ediz. La prima edizione di questo lavoro, piccolo di mole ma denso di concetto, è del 1882, la seconda del 1887. La tirannia del tempo ci impedì di riassumerlo nelle sue linee generali.

⁽⁹¹⁾ Il VIDARI in una pregevole prolusione sulla Legislazione sociale in Italia ([*La legislazione sociale*], in « *Monitore dei tribunali* », 1886, 46) poneva un criterio di distinzione tra socialismo e legislazione sociale, che secondo noi può ingenerare l'equivoco. Egli stabilisce tra socialismo e legislazione un rapporto di causa ad effetti, di mezzo a fine. « Il socialismo, dice, come dottrina economica studia in quale misura l'opera dello Stato deve concorrere con l'opera nostra individuale o collettiva per raggiungere il comune perfezionamento materiale, morale e intellettuale. La legislazione sociale invece, determinata quella misura, avvisa ai mezzi per meglio regolare i rapporti del capitale col lavoro. Il socialismo dunque è tema di ordine economico comprende tutta la questione sociale: la legislazione sociale invece è tema di ordine giuridico e non è che un frammento della questione sociale ». Evidentemente in queste parole il Vidari ha di mira il socialismo di Stato, cioè quel complesso di dottrine che si svolsero in Germania per opera degli aderenti al Congresso di Eisenach, e delle quali la legislazione sociale non fu che l'espressione giuridica. Certamente egli non vuol riferirsi alla dottrina marxista la quale ripudia l'intervento dello Stato e la soluzione della

5. Prima di trattare dell'influenza della legislazione sociale sul diritto privato pare a noi si debba risolvere la questione pregiudiziale relativa alla natura giuridica della legislazione sociale e ai rapporti in cui essa viene a trovarsi colla tradizionale distinzione tra diritto pubblico e privato. I giuristi della Rivoluzione avevano derivato dal diritto romano il criterio per distinguere il diritto pubblico dal diritto privato. Secondo la nota definizione di Ulpiano « *publicum jus est quod ad Statum rei romanae spectat; privatum quod ad singularum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim* » (l. 1, § 2 D. *De just[itia] et jure*, 1, 1). Già crediamo di avere altrove rilevato che tale distinzione presso i Romani non implicava separazione. In Roma l'utile degli individui era temperato dal concetto dell'*equo bono* (*jus est ars aequi ac boni*); d'altra parte l'individuo non si contrapponeva allo Stato, e la libertà individuale si svolgeva sotto la potestà dello Stato. Ma sotto l'influenza delle dottrine del diritto naturale la distinzione assumeva un nuovo significato in quanto in essa si rifletteva il nuovo modo di intendere il rapporto tra individuo e Stato, rapporto non più di distinzione ma di separazione e di contrapposizione. Era in quell'epoca universalmente sentita la necessità di delimitare nettamente la sfera del diritto privato, cioè la sfera della libertà di fronte allo Stato e al diritto pubblico che rappresentava la sfera dell'*auctoritas* e dell'*imperium*. La separazione si trasformava in una garanzia dell'individuo contro le indebite ingerenze dello Stato, il cui intervento nel campo del diritto privato era giustificato solo da gravi ragioni di ordine pubblico. L'individuo nei rapporti di diritto privato, nella famiglia, proprietà, eredità, contratto è un

questione operaia cerca non nella legislazione sociale ma in una radicale trasformazione dei sistemi di produzione. D'altra parte il Minghetti in un discorso tenuto nel 1882 (*La legislazione sociale*, Milano, Treves) affermava che non il socialismo teorico generò la legislazione sociale, ma la trasformazione moderna delle industrie e i mali inerenti. « La legislazione sociale, dice, è la contraddizione del socialismo ». Ora il Minghetti voleva con tali parole riferirsi al socialismo marxista, antiggiuridico. La contraddizione tra le sue parole e quelle del Vidari è solo apparente. Entrambi concordano sostanzialmente con noi nel ritenere che socialismo di Stato e legislazione sociale sorsero in antitesi col socialismo economico rivoluzionario.

vero *dominus* e non si considera come un membro dello Stato. Così intesa, la distinzione tra diritto pubblico e privato penetrò nei Codici, incontrò il favore generale dei giuristi, fu accolta sostanzialmente dai romanisti della Scuola del Savigny e dalle più recenti Codificazioni. Naturalmente variò secondo gli autori il criterio per distinguere il diritto pubblico e privato: le esigenze pratiche spesso contrastavano coi criteri teorici della distinzione⁽⁹²⁾. I primi a metter in dubbio la necessità e l'opportunità della separazione furono i germanisti, i quali ne trassero argomento contro i romanisti, contrapponendo essi il diritto germanico che non distingueva tra individuo e Stato, tra diritto pubblico e privato, al diritto romano che tale distinzione aveva introdotto e per la cui influenza era penetrato nella coscienza giuridica moderna. Né solo i germanisti ma i giuristi educati alla scuola di Hegel, i seguaci del metodo sociologico negli studi di diritto privato mirarono a scuotere la distinzione tra diritto pubblico e privato che appariva l'espressione più pura dell'individualismo giuridico. Coll'affermarsi poi dell'attività sociale dello Stato nel campo del diritto pubblico e per l'influenza delle dottrine del socialismo di Stato e della legislazione sociale che ne fu la più notevole espressione, si rese sempre più insostenibile la distinzione tra diritto pubblico e privato nel significato ad essa dato dai giusnaturalisti, e dai giuristi della Rivoluzione. Il concetto nuovo che veniva a sconvolgere il criterio tradizionale di distinzione tra diritto pubblico e privato fu il concetto di società. Né i Greci né i Romani distinsero tra società e Stato. La stessa indistinzione noi troviamo nelle teorie contrattualiste, le quali movendo dal cosiddetto concetto atomistico dello Stato, cioè dal considerare questo come la somma degli individui singoli, non potevano assorgere al concetto di società⁽⁹³⁾. Società e Stato in tali teorie che furono predominanti nel periodo di ela-

⁽⁹²⁾ Cfr. FILOMUSI-GUELF, *Enciclopedia giuridica*, 5ª ediz., Napoli, Pièro, 1905, § 39, colla bibliografia sull'argomento. Vedi sulla distinzione tra diritto pubblico e privato il VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, 1904, Zanichelli, pp. 98 e seg.

⁽⁹³⁾ Vedi sul concetto di società e sulle teorie relative il FILOMUSI-GUELF, *Enciclopedia ecc.*, 5ª ediz., § 103 con una completa bibliografia sull'argomento.

borazione della nostra legislazione civile, dovevano apparire come una sola cosa. Ma nel secolo XIX noi assistiamo a una ricostruzione storica e teorica del concetto di società. La Rivoluzione francese sotto l'influenza dell'individualismo dominante aveva lavorato a distruggere ogni forma corporativa e associativa, tendente a limitare in qualche modo l'individualità. L'individuo sciolto oramai dai vincoli che nel passato lo tenevano avvinto alla famiglia, alla corporazione, veniva a trovarsi solo in rapporto diretto collo Stato. Il problema dei rapporti tra diritto e Stato era soprattutto politico cioè riguardava l'individuo ne' suoi rapporti colla sovranità. Il concetto di diritto pubblico doveva pertanto avere un contenuto esclusivamente politico, e avere una sfera di estensione limitata non essendo prevalsa la dottrina del Rousseau che tendeva ad assorbire gli individui e i loro diritti nella personalità dello Stato. Il secolo XIX ricostruiva quel concetto di società che la Rivoluzione aveva distrutto. Le esigenze della grande produzione determinarono un concentramento degli individui dispersi in gruppi sociali tenuti insieme da unità di coscienza e di scopi. Accanto alla vita degli individui e dello Stato vediamo sotto l'azione riorganizzatrice della grande industria ricostituirsi le associazioni professionali, vediamo agitarsi le classi sociali in vista di determinati scopi. Né solo gli interessi economici, ma gli interessi intellettuali, religiosi, artistici determinano la differenziazione sociale e producono lotte e contrasti non più di carattere politico, non essendo in gioco la costituzione dello Stato, ma essenzialmente di carattere sociale, trattandosi di interessi di classe. Nel secolo XIX assistiamo alla formazione di classi nuove che nei secoli precedenti o esistevano solo in forma embrionale o mancavano di coscienza di classe. Dall'affermarsi e dall'organizzarsi della classe operaia il secolo XIX derivò la sua speciale fisionomia, e la questione sociale il suo significato.

Né la società si costituì solo nei fatti ma anche nelle teorie del secolo scorso. Nella filosofia dell'Hegel il concetto della società civile appare distinto da quello dello Stato. Nella filosofia positiva del Comte il concetto di società si presenta come un tutto unitario, oggetto di una scienza particolare la sociologia. Nello Spencer e nello Schaeffle la società è assimilata addirittura

ad un organismo vivente. Dal canto loro i socialisti francesi e [i] socialisti della scuola di Marx fecero della società il concetto fondamentale de' loro sistemi di ricostruzione sociale: in essi vi è l'intenzione dichiarata di distruggere lo Stato e di assorbire l'individuo nella società, considerata come l'unica e vera realtà. La società poi per opera in particolare del Marx trovava nella lotta di classe la sua legge di sviluppo e nel materialismo storico il canone di interpretazione delle sue vicende storiche. Il socialismo di Stato si trovò dinnanzi un grave problema da risolvere, la conciliazione dei due termini Società e Stato che ai socialisti rivoluzionari sembravano termini contraddittori. Il risultato fu la concezione dell'attività sociale dello Stato. Lo Stato secondo la dottrina dei socialisti della cattedra non doveva limitare le sue funzioni a scopi politici, a scopi di diritto pubblico, ma affrontare la risoluzione delle questioni che interessavano la vita sociale in generale, la classe lavoratrice in particolare. La concezione dello Stato socialista, dello Stato cioè che si fa arbitro dei conflitti sociali, che interpone l'opera sua tra le classi a scopo di pacificazione e di elevazione sociale, fu elaborata sulla scorta della tradizione hegeliana e della scuola storica dai socialisti della cattedra, e non trova riscontro nelle altre forme del pensiero socialista, se si escludono le sue manifestazioni più recenti. Ognun vede che le modificazioni nel concetto e nelle funzioni dello Stato implicavano una modificazione radicale nel concetto del diritto pubblico. Al contenuto politico che lo costituiva secondo la teoria tradizionale si aggiungeva un contenuto sociale che con quello non aveva che rapporti indiretti e lontani. La legislazione sociale fu l'espressione della nuova attività sociale dello Stato.

È opinione generalmente accolta che la legislazione sociale faccia parte del diritto pubblico. E veramente in un senso assai largo si può far rientrare la legislazione sociale nel diritto pubblico, in quanto emana dallo Stato e più specialmente da quella attività sociale che oggi concordemente gli è riconosciuta. Noi però non nascondiamo che l'assimilazione del concetto di legislazione sociale con quello di diritto pubblico non ci persuade interamente. Non vorremmo per questo essere sospettati di poco rispetto alla tradizione giuridica e alle opinioni generalmente accolte; si tratta anzi di vedere se nelle tradizioni giuridiche e nelle

dottrine non vi sia già il criterio di una distinzione tra diritto pubblico e diritto sociale. Non può a nostro credere sostenersi che il diritto sociale sia la conseguenza della naturale o necessaria estensione del concetto di Stato e di diritto pubblico, poiché la legislazione sociale è intimamente legata alla vita della società, la quale ha una esistenza autonoma, distinta da quella dello Stato. Che se non si può parlare di diritti indipendentemente dallo Stato che li riconosca e li faccia valere coattivamente, non viene perciò meno la necessità del distinguere. Anche i diritti privati non esistono indipendentemente dallo Stato, ma non per ciò si fanno rientrare nel concetto di diritto pubblico ⁽⁹⁴⁾. Tra individuo e Stato si è secondo noi interposto un nuovo termine, la società, la quale può essere come l'individuo e lo Stato soggetto di diritto ⁽⁹⁵⁾. L'interesse della società come l'interesse dell'individuo, per quanto riconosciuti dallo Stato non devono confondersi con l'interesse politico dello Stato. La legislazione sociale non si esplica infatti nei rapporti tra gli individui, o nei rapporti tra individuo e Stato, ma nei rapporti tra le classi sociali; non obbedisce a esigenze di ordine pubblico ma di ordine sociale: le sue norme non rivestono sempre carattere imperativo, o quanto meno il carattere imperativo delle leggi sociali non è derivato dai fini dello Stato ma dai fini della società. Le leggi soprattutto che tendono a modificare istituti di diritto privato, come la proprietà, il contratto, l'eredità sono l'espressione di

⁽⁹⁴⁾ È noto l'aforisma di BACONE: *Jus privatum sub tutela juris publici* [latet] (*De Aug. Scient.*, VIII, aphor. 3).

⁽⁹⁵⁾ Tra gli scrittori di diritto pubblico che fanno del concetto di società un soggetto di diritto ricordiamo il RÖSLER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, vol. I, § 2, 1872, il BÄHR, *Der Rechtsstaat*, § 2 e seg. Il Filomusi senza abbracciare questa dottrina riconosce tutta l'importanza del concetto di società pel concetto di diritto (*op. cit.*, § 103). Altrove (in § 39) riconosce [che] la distinzione tra diritto pubblico e privato diventa sempre più difficile a misura che acquista importanza il concetto di società. Egli sente la necessità di distinguere il diritto pubblico in senso largo e in senso stretto. In senso largo comprende i fini sociali, in senso stretto i fini politici attinenti alla organizzazione dello Stato e all'esercizio delle funzioni delle stesse. Il diritto pubblico in senso stretto comprende il diritto costituzionale amministrativo, penale, processuale. Come si vede il Filomusi non è molto lontano dalla nostra opinione per quanto non riconosca un diritto sociale indipendente dal diritto pubblico.

bisogni sociali, e non possono confondersi colle leggi che toccano all'ordinamento e alla vita e alla ragion d'essere dello Stato. Lo Stato traduce nella legislazione sociale le aspirazioni della società, se ne fa l'interprete, ma non confonde sé e i propri interessi con quelli della Società. Che la questione da noi posta (questione che ci riserviamo di sviluppare più ampiamente) sia grave e irta di difficoltà è provato dal fatto che molti scrittori e particolarmente quelli a tendenze socialiste cercano di confondere diritto privato e diritto sociale. La confusione è ben più grave di quella tra diritto pubblico e diritto sociale, ma la prima è in parte conseguenza di questa, poiché non si vede da molti come si possa far rientrare il diritto sociale nel tradizionale concetto di diritto pubblico che risponde agli interessi dello Stato, ossia secondo i socialisti marxisti agli interessi delle classi dominanti. A leggere le opere del Cimbali, del Vadalà, del D'Aguanno, e in un senso più accentuato del Menger e del Salvioli, si sarebbe tentati a [*sic*] credere che la distinzione tra diritto pubblico e privato è destinata a venir meno, che il diritto privato non [può] essere che sociale ⁽⁹⁶⁾. I più temperati si limitano a far voti per un codice privato-sociale, espressione equivoca che cela la confusione di idee e di principi di chi l'ha coniato: i più audaci e coerenti vorrebbero senz'altro sostituito il codice privato con un codice sociale movendo dal presupposto che non esistono dei diritti sociali e l'individuo isolato dalla Società è una astrazione. A combattere tale errore noi non crediamo sufficientemente persuasivi gli argomenti addotti dal Nani ⁽⁹⁷⁾: la difesa pura e semplice della tradizionale distinzione tra diritto pubblico e privato, senza tener conto del concetto intermedio di diritto sociale, non può accogliersi. Noi crediamo col Nani e coi più autorevoli giuristi che non si lasciarono sedurre dal desiderio di novità che qualunque sia lo sviluppo e l'importanza che la legislazione sociale avrà nell'avvenire, a danno da un lato del diritto pubblico

⁽⁹⁶⁾ Altrove ricordammo le opere del Cimbali, Vadalà, D'Aguanno: del MENERGER vedi *Lo Stato socialista*, trad. it., Torino, Bocca, 1905, pp. 97 e seg.; del SALVIOLI vedi *I difetti sociali delle leggi vigenti* ecc., Palermo, Reber, 2^a ediz., 1906, § II.

⁽⁹⁷⁾ NANI, *Il socialismo nel codice civile* ecc., II.

dall'altro del diritto privato, la ragion d'essere dello Stato e dell'individuo e quindi del diritto pubblico e del diritto privato non verrà mai meno. Ciò è evidente per lo Stato che è l'organo necessario del diritto, sia esso individuale sia esso sociale. Ma per noi non è meno evidente la necessità del diritto privato, cioè di una sfera in cui l'individuo possa liberamente svolgere la sua attività, e possa trovare un sicuro asilo contro le intemperanze così dello Stato come della società. Credere che il progetto umano implichi diminuzione dell'individualità, della libera esplicazione dell'uomo al raggiungimento di fini suoi personali, che la condotta dell'uomo in tutte le sue estrinsecazioni debba essere subordinata alla società come in altri tempi di triste memoria lo fu dello Stato, sarebbe distruggere la condizione stessa del progresso, sarebbe far torto al socialismo stesso che tende a garantire per tutti le condizioni della esistenza, e favorire per tal modo lo sviluppo dell'individualità. Si comprende la necessità di far servire la legge a rinforzare i vincoli sociali che un individualismo teorico e giacobino aveva in un periodo di convulsione sociale e di reazione contro il passato rotti, ma non si può ammettere che la solidarietà si possa raggiungere col sacrificio dei diritti che all'individuo spettano come essere cosciente di sé o fornito di una personalità distinta da quella della società e dello Stato. L'assistenza [= esistenza] del diritto privato è quindi un'esigenza teorica e pratica: ma ciò ammesso o riconosciuto devesi anche riconoscere la necessità di diminuire la distanza tra diritto pubblico e privato o di ammettere la legittimità di un diritto sociale intermedio tra essi, e che ha per oggetto non l'individuo come tale o come facente parte di una associazione politica, ma come membro di una classe sociale, o di una associazione professionale. Né è fondato il timore del Nani che la legislazione sociale mira a far risorgere antiche distinzioni o privilegi di classe, di cui il progresso giuridico e sociale ha fatto giustizia. La legislazione sociale rappresenta l'equità nei rapporti giuridici: essa tende a piegare l'asprezza dei principi giuridici aventi un valore teorico e formale alle esigenze della vita reale, e quindi a dar loro un valore effettivo e pratico. La legislazione sociale non deve sostituirsi al diritto privato, ma deve all'infuori di esso far sentire la voce dell'interesse sociale, deve frenare le estrinsecazioni mor-

bose eccessive dell'individualismo giuridico. Nello stesso modo che nessuno contesta il diritto dello Stato di sacrificare a suoi fini il patrimonio e la vita stessa degli individui, non può negarsi il diritto della società di impedire che l'attività degli individui si espliciti in forme contrarie agli interessi della collettività. La subordinazione del diritto individuale al diritto sociale, di questo al politico ha un reale fondamento nella natura delle cose, è condizione di armonia, di ordine, di progresso umano. I tre termini individuo, società, Stato sono oggi in gioco: il problema sta nella loro coordinazione. Se un tempo l'individuo non riconosceva altri vincoli all'infuori di quelli a lui derivanti dalle necessità imprescindibili dello Stato, oggi deve pur riconoscere le esigenze della vita sociale e ammettere nuove restrizioni della sua libertà. Ma d'altra parte a nuovi obblighi corrispondono nuovi diritti. Se pel passato l'esercizio dei diritti politici poteva appagare l'individuo, oggi esso pretende un benessere economico etico, intellettuale. La libertà dell'individuo si limita in proporzione de' suoi bisogni e delle sue esigenze.

6. Vedemmo come la società e la legislazione sociale sono concetti intermedi tra lo Stato e il diritto pubblico nel senso tradizionale da un lato, l'individuo e diritto privato dall'altro. Si comprende pertanto la facilità di confondere questi diversi concetti, e la difficoltà talvolta insuperabile di tenerli distinti. La legislazione sociale doveva modificare da un lato il concetto dello Stato e delle sue funzioni, dall'altro il diritto privato in quegli istituti che più contrastavano coi fini della società in generale, coi fini della classe operaia in particolare. Ora qui si impongono alcune distinzioni per l'ordine e la chiarezza delle idee. Noi non ci occuperemo delle leggi sociali che hanno per termine di riferimento la società in generale e che risguardano la funzione sociale dello Stato genericamente intesa. La legge ad esempio sull'istruzione obbligatoria è di questa natura. La nostra attenzione deve rivolgersi all'azione sociale dello Stato in quanto è diretta alla risoluzione della questione sociale, ossia al soddisfacimento di quelle aspirazioni che sono proprie della classe operaia e che costituiscono la ragion d'essere del socialismo largamente inteso. Anche delle leggi appartenenti a questa seconda

categoria è necessaria una distinzione imposta dalle esigenze del tema proposto.

Abbiamo leggi sociali tendenti a favorire l'organizzazione e il miglioramento generale della classe operaia: vi sono poi leggi operaie tendenti a modificare istituti di diritto privato per adattarli alle speciali condizioni in cui l'operaio viene a trovarsi in conseguenza dell'ordinamento industriale. Mentre delle prime basterà un breve cenno, ci interesseremo più particolarmente delle seconde non però come vorremmo, e come i materiali raccolti consentirebbero. Non in tutti i paesi la legislazione sociale ebbe uno sviluppo rispondente alle reali condizioni dell'industria e del movimento operaio. In Inghilterra la legislazione sociale ha soprattutto uno sviluppo storico: essa si forma a misura che la forza delle cose lo impongono [= impone] e non segue in [= un] ordine di idee prestabilito, per quanto un filo logico si potrebbe rilevare anche nelle vicende della legislazione sociale inglese. In Germania invece essa ha essenzialmente uno sviluppo logico, appare cioè lo svolgimento logico di un vasto piano di attività sociale dello Stato. Negli altri paesi lo svolgimento della legislazione sociale procede irregolarmente: è frutto spesso di imitazione, è tardiva o prematura rispetto alle condizioni dell'industria e delle classi operaie. Data l'indole e le finalità teoriche del nostro lavoro è opportuno tener presente la legislazione sociale quale si svolse in Inghilterra e in Germania in guisa che l'ordine storico dell'una si integri coll'ordine logico dell'altra.

La prima conquista legale della classe operaia fu il diritto di coalizione, condizione stessa di esistenza del proletariato come classe sociale. Il divieto di coalizione era il risultato di una malintesa libertà di lavoro proclamata contro il regime corporativo medievale che vincolava in ogni modo l'attività economica dell'individuo. Ma vedemmo come la libertà di lavoro si risolveva nel danno dell'operaio debole e indifeso e nel vantaggio dei padroni. Alla forza del capitale non potevasi opporre che l'unione e la forza del numero ⁽⁹⁸⁾. La conquista del diritto di coalizione

⁽⁹⁸⁾ Daremo in una redazione definitiva del nostro lavoro l'elenco completo per ogni paese delle leggi sociali secondo l'ordine logico e storico di loro formazione. Qui ricordiamo solo le fonti da cui abbiamo attinti i dati. Per ciò che ri-

dischiudeva la via all'organizzazione operaia: questa si svolse col preciso intento di far valere collettivamente i diritti del lavoro ⁽⁹⁹⁾. A rendere l'azione delle associazioni operaie più efficace si rendeva necessario il loro riconoscimento giuridico, e a raggiungere tale scopo lottò il proletariato organizzato nella seconda fase del suo sviluppo ⁽¹⁰⁰⁾. La classe operaia organizzata e riconosciuta giuridicamente costituiva oramai una massa compatta e disciplinata: la lotta contro il capitale si svolse in forme violente, fuori della legge e dell'azione dello Stato, coll'arma prevalente dello sciopero. Ma in una fase ulteriore di sviluppo vediamo le organizzazioni operaie nei paesi industrialmente più progrediti, abbandonare i mezzi violenti, e ricorrere se era possibile ai mezzi legali. L'intervento della legge e dello Stato nei conflitti del lavoro è dovuto in Inghilterra alla pressione del proletariato, alla rara abilità de' suoi capi, mentre in Germania l'iniziativa spetta allo Stato, che contesta al socialismo rivoluzionario il monopolio delle questioni riguardanti il lavoro. Nel momento in cui la legge e lo Stato intervengono nelle questioni del lavoro si inizia la legislazione operaia. L'Inghilterra aveva fornito lo sviluppo tipico del movimento operaio la Germania fornì lo sviluppo tipico della legislazione operaia. Quivi infatti noi possiamo seguire lo sviluppo logico e graduale ⁽¹⁰¹⁾. Una volta infatti che

sguarda la storia del diritto di coalizione e la legislazione comparata al riguardo vedi P. PIC, *Traité [élémentaire] de législation industrielle. Les lois ouvrières*, 2^a ediz., Paris, Rousseau, 1903, pp. 184 e seg. Il trattato del Pic comprende le leggi operaie a tutto il 1901. Ma a quest'epoca il diritto di coalizione era ovunque conquistato epperò l'elenco del Pic può considerarsi completo.

⁽⁹⁹⁾ Le vicende dell'organizzazione operaia meglio che altrove si possono seguire in Inghilterra: il classico lavoro di B. e S. WEBB, *Industrial Democracy* (Longmans, London, 1897) è sommamente istruttivo al riguardo. Ad esso rimandiamo per cura [= una] chiara esauriente idea dello sviluppo spontaneo del movimento operaio. Sono due volumi l'uno dedicato alla storia del tradeunionismo inglese, l'altro all'intima struttura delle organizzazioni operaie.

⁽¹⁰⁰⁾ Vedi sulla storia del diritto di associazione, sui sindacati e sul loro riconoscimento giuridico in Francia e fuori il PIC, *op. cit.*, pp. 211 e seg. Caratteristica la lotta sostenuta in Inghilterra sulle Trade Unions per il loro riconoscimento giuridico. Cfr. HOWELL, *Labour Legislation, Labour Movements and Labour Leaders*, London, Fischer, 1902, capo XIX.

⁽¹⁰¹⁾ Chi volesse formarsi un'idea dello sviluppo logico della legislazione operaia in Germania può consultare utilmente le due opere seguenti: KUNO FRAN-

il legislatore si era proposto di risolvere la questione operaia si imponeva un programma logico e coerente di riforme sociali. Il primo grandioso problema che la Germania seppe affrontare e risolvere in favore delle classi operaie, fu il problema della assicurazione operaia ⁽¹⁰²⁾. Non bisogna dimenticare che in conseguenza della distruzione del regime corporativo e dell'introduzione del sistema di fabbrica, l'operaio era indifeso non pure contro il padrone, ma anche contro i casi della vita. Da un lato vien meno il sentimento di carità e di assistenza che il regime corporativo favoriva, dall'altro l'incertezza della vita dell'operaio aumenta. Il macchinario è fonte di nuovi fatali pericoli: la virtù della previdenza e del risparmio che sarebbe valida difesa per il caso di malattia e di vecchiaia non è più eccitata come nel sistema corporativo dalla speranza nell'operaio di pervenire all'indipendenza economica. Di qui il problema e la risoluzione che di esso diede la Germania mediante l'assicurazione. La legislazione sociale mentre tendeva ad assicurare l'operaio nei periodi della sua vita in cui venivano meno col lavoro le condizioni stesse dell'esistenza si preoccupò di esso anche nell'esercizio della sua funzione, nell'impiego della sua forza di lavoro, per garantirla dai pericoli e e dallo sfruttamento. In questo momento del suo sviluppo la legislazione sociale viene a trovarsi a contatto col diritto privato, e più propriamente con quella parte del diritto privato che riguardava il contratto di lavoro industriale. In ordine ai rapporti della legislazione sociale col diritto privato deve premettere in linea generale che la legislazione sociale si svolse all'infuori e indipendentemente dal diritto privato: essa non si proponeva di riformare o distruggere i principi consacrati dalla le-

KENSTEIN, *Der Arbeiterschutz. Seine Theorie und Politik*, Leipzig, Hirschfeld, 1896; A. STADTHAGEN, *Das Arbeiterrecht*, 4^a ediz., Stuttgart, Dietz, 1904. La prima opera ha soprattutto valore teorico, la seconda pratico. L'opera voluminosa dello Stadthagen è una specie di codice delle leggi del lavoro, limitata alla Germania. Di scarso valore è il breve lavoro del REICHESBERG, *Wesen und Ziele der modernen Arbeiterschutz. Gesetzgebung*, Bern, Stampfli, 1897. Basti dire che a p. 29 dice che sull'esempio dell'Inghilterra tutti i paesi civili hanno accolto il principio della libertà di coalizione, « mit Ausnahme von Italien und Russland ». Tale ignoranza della nostra legislazione non merita commento.

(102) È esauriente al riguardo il lavoro citato del Bornhak.

gislazione civile ma solo di limitarne le conseguenze nelle loro applicazioni al contratto di lavoro industriale. Fu questa infatti la parte del diritto privato che formò particolare oggetto della legislazione sociale. Già abbiamo altrove rilevato che la questione sociale era contenuta in embrione nel contratto di lavoro: in esse le due classi sociali in conflitto venivano a contatto e ciascuna misurava la sua forza il suo valore. Finché i principi della libertà di contratto e dell'eguaglianza giuridica erano interpretati dal punto di vista speciale delle parti contraenti, non aveva da sperare in una soluzione pacifica ed equa. Lo aveva rilevato col suo solito acume il Marx: ognuna delle parti, egli aveva detto, invoca il Codice a sostegno del proprio diritto: non vi è che la forza che possa decidere. E veramente dapprima capitalisti e operai non sperarono che nella forza della loro organizzazione. La classe operaia conseguì le sue prime vittorie sostituendo l'associazione all'operaio singolo nella stipulazione del contratto di lavoro, strappando coll'arma dello sciopero i primi miglioramenti in ordine alla giornata di lavoro e alla determinazione dei salari. Ma l'azione delle associazioni operaie non poteva avere che una efficacia limitata. I mezzi violenti si risolvevano nel danno di chi li adottava. Il ricorso alla legge e allo Stato, ci dice il Webb, fu una necessità per la classe operaia se volle assicurarsi i frutti della vittoria e progredire nella via della conquista ⁽¹⁰³⁾. È veramente meraviglioso seguire in Inghilterra la progressiva formazione del diritto operaio accanto e in opposizione allo spirito del diritto tradizionale. È una formazione analoga a quella che si svolse in Roma per opera della giurisdizione pretoria e che finì per sostituirsi alla severità e rigidità dei principi consacrati dallo *jus civile*. La nuova legislazione operaia è una legislazione di equità: non muove dal presupposto di una libertà e uguaglianza fittizia e formale, ma tende ad attuare nell'interesse della pace sociale una uguaglianza e una libertà effettiva e reale. Più che a esigenze logiche essa mira a soddisfare le ragioni del sentimento e dell'umanità. Si afferma dapprima in difesa degli apprendisti e dei fanciulli contro lo sfruttamento a cui li esponeva la miseria e l'ignoranza dei genitori, l'interesse e l'avidità di guadagno dei

(103) Cfr. WEBB, *op. cit.*, vol. I, capo IV.

capitalisti. Si estende in seguito ai giovani d'ambo i sessi e il periodo di protezione legale è portato progressivamente dai dodici ai quattordici fino ai diciotto anni. E le eccezioni al principio della libertà di lavoro si fanno più numerose ed estese: ragioni igieniche, morali, umanitarie obbligano il legislatore ad estendere la protezione alle donne e perfino agli uomini adulti. La protezione legale ha soprattutto per oggetto la durata massima del lavoro, il lavoro notturno, insalubre, pericoloso, supplementare, gli intervalli di riposo, le ore di apertura e di chiusura delle fabbriche. E colle persone protette si estendono progressivamente le industrie sottoposte alla sorveglianza legale. Le leggi del lavoro si applicarono dapprima alle industrie del cotone, poi si estesero alle altre industrie tessili e finirono per abbracciare un numero sempre maggiore di industrie. Neppure le industrie esercitate a domicilio sfuggirono alla sorveglianza legale, la quale si rese sempre più effettiva mediante un sistema sempre più perfetto di ispezioni ⁽¹⁰⁴⁾.

Ma delle misure ricordate nessuna colpiva direttamente il principio della libertà contrattuale. L'intervento dello Stato nel campo dei rapporti privati come non era da alcuno messo in dubbio quando si fondava su motivi di diritto pubblico, così finì per non essere contestato quando negli interessi della classe operaia era implicito un vero e proprio interesse sociale. Ma la legislazione non si arrestò neppure di fronte a quelle riforme che si presentavano con uno spiccato carattere di classe e che solo in apparenza potevano giustificarsi col criterio già per se stesso assai elastico dell'interesse generale. Sarebbe difficile sostenere che il legislatore spingendosi su questa via non obbedisce a tendenze socialiste. I rapporti del diritto privato non solo vengono modificati allo scopo di armonizzarli colle esigenze sociali, ma vengono addirittura sostituiti con altri rapporti che di privato non hanno che il nome. Il movimento legislativo in favore del contratto di lavoro è a nostro credere di questa natura. Più che di una riforma di diritto privato si tratta di una riforma tendente

⁽¹⁰⁴⁾ In questo rapido elenco di misure legislative di protezione operaia abbiamo avuto presente il lavoro ricordato di HUTCHINS e HARRISON, *A History of Factory Legislation*, 1903, che è per il momento il più completo e autorevole.

a sottrarre al diritto privato tutto ciò che attiene ai rapporti tra padrone e operaio. Si comprende la diffidenza e l'ostilità che una legge sul contratto di lavoro ispira ai giuristi e ai legislatori. Infatti per i giuristi più autorevoli il contratto di lavoro come figura di contratto deve continuare ad essere di diritto privato e trarre il suo fondamento giuridico dai principi di diritto tradizionale che risalgono al diritto romano, salvo modificarlo con leggi speciali in quelle parti che meno rispondono alle esigenze della vita industriale. Citiamo per tutti il Barassi che diede del contratto di lavoro la trattazione più esauriente, e la cui opinione concorda sostanzialmente con quella dei giuristi più autorevoli (105). Rileva il Barassi che le leggi sociali non toccano l'essenza degli istituti giuridici. L'affermazione è esatta finché si tratta di leggi sociali che limitano i principi del diritto civile per considerazioni di ordine economico e sociale. Ma non crediamo possa valere per tutte le leggi sociali soprattutto per quelle che sono da molti invocate in ordine al contratto di lavoro e di cui abbiamo all'estero non pochi esempi. Ma astraendo da ciò il Barassi sostiene che il contratto di lavoro deve fondarsi sul principio della libertà e della volontà individuale. Egli distingue nel contratto di lavoro l'elemento essenziale dall'elemento mutevole o transitorio: nella sua essenza il contratto di lavoro è un rapporto privato tra lavoratore libero e chi dal lavoro vuol trarre profitto. Nella sua parte contingente, storica è il connubio tra capitale e lavoro. Su questo aspetto mutevole del contratto di lavoro può esplicarsi l'intervento dello Stato con leggi speciali, le quali hanno una funzione integratrice e mirano a riparare alle ineguaglianze di fatto alle quali si addiuvano colla applicazione illimitata del principio astratto dell'eguaglianza giuridica.

Resta ad ogni modo fermo secondo il Barassi che la costruzione giuridica del contratto di lavoro deve prescindere dalla parte amministrativa e sociale che meglio è regolata da leggi

(105) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Soc. edit. lib., 1901. Vedi soprattutto l'introduzione, ove si tratta dei limiti di una codificazione del contratto di lavoro. Nell'opinione del Barassi convengono il TARTUFARI (*Contratto di lavoro*, 1893) e il COGLIOLO (*Le alte idealità del diritto*, 1898).

speciali. La soluzione del Barassi è quella sostanzialmente seguita dai legislatori. Il contratto di lavoro infatti figura ancora nel Codice Civile tedesco del 1896, che è l'espressione più recente della coscienza giuridica moderna, come istituto di diritto privato. Il legislatore tedesco volle riunire le varie forme di locazione d'opere sotto un unico tipo astratto, il lavoro per uso altrui. La parte concernente la locazione d'opere consta di soli venti paragrafi, e non può dirsi certo che in essi sia regolata tutta la materia (§§ 611-630). Anche il progetto di Codice Civile svizzero nella parte che riguarda le obbligazioni (presentata alla Assemblea federale il 3 marzo 1905) contempla il contratto di lavoro sotto il nome di locazione di servizi e lo distingue dalla locazione d'opera. Non si può certo negare al legislatore svizzero l'intenzione di fare larga parte nel contratto di lavoro all'elemento sociale ed economico. Anzi su questa via esso tiene il primato. Basti dire che esso favorisce la stipulazione di contratti-tipo per le diverse classi preposti da sindacati (art. 1375 del Progetto). Ad ogni modo è sempre evidente lo sforzo di conciliare la libertà contrattuale colle speciali condizioni economiche del locatore e colla organizzazione del lavoro odierno ⁽¹⁰⁶⁾. Ora a noi pare che le soluzioni dei giuristi e dei legislatori non rispondono pienamente all'evoluzione moderna del contratto di lavoro. Questo tende nelle sue manifestazioni più moderne ad assumere forma collettiva, a trasformarsi in un contratto non più liberamente concluso tra individui ma tra associazioni di operai e di industriali, le quali assumono a criterio nel determinarne il contenuto, le speciali condizioni dell'industria per la quale il contratto è compiuto ⁽¹⁰⁷⁾. L'errore dei legislatori e particolarmente del legislatore tedesco fu di ricondurre a un tipo astratto unico le forme più diverse di contratto di lavoro. Il contratto di lavoro industriale è oggi per l'influenza sempre maggiore dei sindacati quasi interamente sottratto all'arbitrio individuale così degli operai come dei padroni. Anche nei paesi e sono ancora i più

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. E. VIDARI, *Il contratto di lavoro nel progetto di cod[ice] civ[ile] svizzero* (pubblicato nella « Legge », 1905, pp. 1861-1868).

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. BUREAU, *Le Contrat de travail, le rôle des syndicats professionnels*, Paris, Alcan, 1902.

dove mancano leggi speciali sul contratto di lavoro industriale l'elemento che il Barassi chiama mutevole va diventando preponderante ed essenziale mentre quello che dovrebbe essere l'elemento essenziale, la libertà contrattuale, è ridotta a una parvenza. Non vi è fase del contratto di lavoro, non vi è modalità di esso che non sia regolata da leggi speciali ⁽¹⁰⁸⁾. Minute disposizioni regolano la determinazione del salario, il modo di pagamento: troviamo leggi che proibiscono il pagamento del salario in natura, che impongono il pagamento del salario a intervalli regolari, che tendono a garantire all'operaio nei rapporti col padrone il pagamento integrale del salario, che sottraggono il salario alla disposizione dei creditori (insequestrabilità, non cedibilità) ecc. ecc.. Altre leggi riguardano la responsabilità del padrone per gli infortuni, i modi di estinzione del contratto di lavoro industriale, il licenziamento, le pene disciplinari, ecc.. Non mancano neppure leggi tendenti a determinare il salario minimo sia nei lavori pubblici sia nell'industria privata ⁽¹⁰⁹⁾. A noi pare che il significato che scaturisce da tutte queste leggi sia eloquente. Il contratto di lavoro è in realtà sottratto al diritto privato ed è diventato oggetto della legislazione sociale. Volerlo dopo ciò conservare al diritto privato è fare opera vana, è ritardare una

⁽¹⁰⁸⁾ Basta per convincersene dare uno sguardo ai cosiddetti codici del lavoro. Più che di vere e proprie codificazioni rispondenti a esigenze razionali e logiche si tratta più che altro di raccolte di leggi sociali ordinate secondo criteri puramente formali ed estrinseci. Orbene in tali codici industriali prevalgono le leggi relative alle condizioni del lavoro di fabbrica e ai contratti industriali. Ricordiamo per la Germania la *Gewerbeordnung* del 1900, per l'Inghilterra la [*sic*] *Factory and Workshop Consolidation Act* del 1901 che sono riportate nell'*Annuaire de la législation du travail* pubblicato dall'*Office du travail de Belgique* rispettivamente negli anni 1900 e 1901. Per la Svizzera è sempre in vigore per tutta la Confederazione la legge sulle fabbriche del 3 dicembre 1877. Nel Belgio abbiamo una pubblicazione privata, *Code du travail [comprenant les lois, arrêtés et règlements concernant la classe ouvrière]* di DESTREE e HALLET, Lamartin, Bruxelles, 1904. In Francia si sta elaborando un Codice del lavoro, ma non fu ancora pubblicato. Ne fece una relazione il BÉCHAUX, *Un Code du travail en France* (in « Séances et Travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques », 1904, 2, pp. 709-717).

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. REEVES, *State Experiments in Australia and New Zeland*, London, Richards, 1902, vol. II. *The minimum wage law in Victoria and South Australia*.

riforma che oramai si impone ovunque le condizioni dell'industria hanno raggiunto un certo grado di sviluppo. Già il Belgio con legge 10 marzo 1900 ha regolato all'infuori del Codice Civile ispirandosi alle esigenze dell'industria più che ai principi del Codice Napoleone, tutta la materia riguardante il contratto di lavoro. Proposte di legge in tal senso non mancarono in Francia e in Italia: ma in questi paesi per l'influenza della dottrina è pur sempre radicata la tradizione che fa del contratto di lavoro un istituto di diritto privato, per cui la sua riforma deve essere subordinata alla riforma o revisione generale del Codice Civile. L'esempio del Codice Civile tedesco dovrebbe insegnare molte cose. Il tipo astratto di contratto di lavoro ch'esso ha creato non soddisfa le esigenze dell'industria, e nella realtà si impongono per quella forma speciale di contratto di lavoro, che è il contratto industriale, leggi speciali che muovono da principi teorici diversi da quelli consacrati nel Codice. D'altra parte non potrebbe in un Codice di diritto privato figurare un istituto il cui fondamento è in contrasto con quel principio di libertà contrattuale che forma la ragion d'essere del diritto privato.

Mentre la legislazione operaia creava accanto al diritto privato contrattuale un nuovo diritto sociale e in certe sue manifestazioni di classe, altre leggi modificarono altri istituti del diritto privato, prima d'ogni altro l'istituto della proprietà nella forma particolarmente contemplata dai Codici cioè di proprietà fondiaria. Se nei paesi del continente europeo per la prevalenza della piccola proprietà, per lo stato intellettuale delle popolazioni agricole il socialismo agrario non ha ancora esercitato sulla vita sociale e sulla legislazione profonda influenza, noi vediamo invece in Inghilterra, negli Stati Uniti, in Australia, col prevalere della grande proprietà affermarsi la questione agraria, e con essa soluzioni teoriche e legislative a tendenza socialista ⁽¹¹⁰⁾. Il collettivismo agrario è essenzialmente un prodotto britannico. È noto che da un secolo l'Inghilterra sacrificò la sua agricoltura allo sviluppo industriale, generandosi quella crisi agraria che fu og-

(110) Più che svolgere l'argomento qui lo accenniamo, riservandoci un più ampio sviluppo prima di dare alle stampe su parere della Commissione esaminatrice il nostro lavoro.

getto di tanti studi e di tante inchieste. In Inghilterra non esiste il proprietario contadino. La proprietà del suolo in conseguenza del regime delle sostituzioni è un monopolio a profitto della aristocrazia, e il latifondo vi è diffuso. Tale regime contribuì ad attenuare nello spirito pubblico la nozione del rispetto alla proprietà privata e l'idea che la soppressione della proprietà fondiaria deve riuscire socialmente utilissima. Si aggiunga l'abitudine dei *landlords* di trasformare in terre di caccia i pascoli e i terreni coltivati, cacciando gli affittavoli e rovinando intere regioni. La pastorizia si sostituisce all'agricoltura, il pascolo al campo. Si aggiunga la persistenza della concezione feudale che in teoria almeno lascia sussistere accanto e al di sopra della proprietà individuale la proprietà eminente del sovrano. Questa tradizione giuridica in opposizione con quella che fa il diritto assoluto del proprietario secondo il Codice Napoleone, attenua il prestigio e il carattere della proprietà. Tra le teorie della scuola classica di economia una fornì le armi agli avversari del diritto individuale all'appropriazione del suolo. È la teoria ricardiana della rendita per la quale i proprietari hanno un certo reddito senza lavoro, reddito destinato a crescere per l'aumento della popolazione che spinge a coltivare le terre di minore fertilità e aumenta il prezzo delle derrate. Sulla via aperta da Ricardo il Mill pose netta la distinzione tra il suolo e gli altri mezzi di produzione. Vi sono capitali creati dal lavoro e sono l'oggetto di una proprietà legittima, altri (la terra) preesistono. Nessun uomo, dice il Mill (*Principes d'Economie Politique*, tr. fr., p. 270) ha fatto la terra. La proprietà tende ad assicurare a tutti gli uomini ciò che hanno prodotto col loro lavoro e accumulato col risparmio; questo non può dirsi della terra che non è prodotto del lavoro (*ibid.* p. 266). Mill riconosce però che contro il collettivismo del suolo vi sono ragioni di utilità sociale. Se la terra come materia non è prodotto della industria umana, molte sue qualità utili sono dovute al lavoro dell'uomo. Dissodamento, coltivazione richiedono lavoro: nessuno coltiverebbe la terra se non vi fosse la certezza di raccogliere i prodotti. Per ragioni quindi evidenti di utilità sociale, osserva il Mill, l'affitto (*bail*) che la società accorda al proprietario dev'essere perpetuo: ma ciò a condizione che il proprietario coltivi e migliori la terra, come un bene pub-

blico, di cui ha la custodia. Il proprietario è un funzionario sociale, un amministratore nel pubblico vantaggio. Quando come in Inghilterra ciò non avviene bisogna organizzare in forma nuova la proprietà (*ibid.* p. 270). L'idea del proprietario funzionario sociale il Mill derivò dal Comte. Il naturalista Wallace, i socialisti cristiani, lo Spencer ⁽¹¹¹⁾ accolsero la teoria del Mill in ordine alla proprietà del suolo. Ma il collettivismo agrario si sviluppò in Inghilterra sotto l'influenza del George e sotto la forma che questi gli diede. Nel suo libro *Progresso e povertà*, pubblicato nel 1879, egli accetta la teoria di Ricardo e vuole che la *single tax* (imposta unica) l'assorba: non vorrebbe soppressa la proprietà fondiaria, ma sarebbe assorbita mediante imposta la rendita. Il George non tenne sufficientemente conto della difficoltà di distinguere nel reddito della terra ciò che rappresentava remunerazione del lavoro e interesse del capitale dalla rendita ⁽¹¹²⁾. Tali teorie più che per il successo pratico che conseguirono, sono indice della crisi che travaglia l'agricoltura inglese e della necessità di affrontare la questione agraria e di risolverla sopra basi che non possono essere quelle del diritto tradizionale. Se infatti l'opinione pubblica inglese non fece buon viso alle idee di nazionalizzazione del suolo, reclama però una legislazione che comporta un largo intervento dello Stato nel regime della proprietà fondiaria ⁽¹¹³⁾.

La proposta del George per una imposta unica sulla terra ottenne qualche risultato. L'Inghilterra si avvia ad aggravare

⁽¹¹¹⁾ Lo SPENCER nella *Storia sociale* sostenne la teoria del Mill ma se ne allontanò nella *Giustizia*. Vedi appendice B; trad. it. cit., pp. 411 e seg.

⁽¹¹²⁾ I seguaci del George fondarono nel 1883 la *Land Reform Union* che prese poi nome di *English Land Restoration League*, la quale iniziò una vivace propaganda per restituire al popolo inglese il suolo inglese. Più temperati i seguaci di Wallace ammettono l'indennizzo dei proprietari espropriati e fondarono nel 1881 la *Land Nationalisation League* sebbene con scarso successo. I marxisti rimproverano ai seguaci del George di tener solo conto di una forma di capitalismo, di non vedere che l'evoluzione economica conduce fatalmente la concentrazione crescente dei capitali, ma accettano il principio della nazionalizzazione del suolo.

⁽¹¹³⁾ Cfr. DICEY, *Lectures on the relation between law and public opinion in England [during the Nineteenth Century]*, London, MacMillan, 1905, pp. 263-265.

sistematicamente le imposte fondiarie. Numerose leggi agrarie, emanate soprattutto per l'Irlanda ove la crisi agraria è più acuta tendono al frazionamento del suolo: non [può] quindi dirsi che abbiano carattere socialista, ma ad ogni modo contrastano col l'individualismo e col diritto assoluto del proprietario e implicano il riconoscimento dell'intervento dello Stato a regolare la proprietà in vista dell'interesse sociale ⁽¹¹⁴⁾. Nelle colonie inglesi australiane le idee del George furono più largamente applicate, e non mancarono tentativi diretti ad attuare mediante la legge il collettivismo agrario. La speculazione generò in Australia il monopolio delle terre. Vaste estensioni di suolo sono comperate dai capitalisti non per sottoporle a coltura, ma per speculare sull'accrescimento spontaneo del loro valore. Diversi sistemi legislativi furono escogitati per rompere il monopolio del suolo e sottrarlo alla speculazione: troviamo leggi che applicarono il sistema georgiano della *single-tax* progressiva. In Nuova Zelanda si è organizzato per legge il riscatto obbligatorio, cioè l'espropriazione per causa di utilità pubblica delle grandi proprietà. La proprietà delle terre riscattate rimane allo Stato, il quale le concede in affitto perpetuo contro il pagamento di un annuo canone. Da qualche anno i governi australiani hanno per legge limitato l'area che l'individuo può acquistare o prendere in affitto. Tentativi più arditi si fecero per organizzare villaggi comunisti a scopo agrario con capitali forniti dallo Stato (*Village settlement associations*) o per favorire associazioni di piccoli *farmers* (*Smoll Farm association*), costituite di dodici persone almeno che prendono in affitto perpetuo da mille a diecimila acri di terreno da dividersi in lotti individuali di 320 acri al massimo ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. su tali leggi il DICEY, *op. cit.*, pp. 263 e seg., il quale riconosce in esse uno spirito nuovo che contrasta coll'individualismo giuridico tradizionale.

⁽¹¹⁵⁾ Il REEVES, *op. cit.*, nel vol. I della sua opera magistrale tratta ampiamente la questione agraria nelle colonie australiane e descrive diffusamente le leggi e i sistemi adottati per risolverla. Ci duole non averlo sufficientemente sfruttato. Si può consultare con profitto la relazione che il METIN per incarico dell'Ufficio del Lavoro francese fece e che pubblicò sotto il titolo: *Législation ouvrière et sociale en Australie et Nouvelle-Zélande*, Paris, Imprimerie Nationale, 1901. La questione agraria è trattata al capo II, pp. 14 e seg.

Ci troviamo qui di fronte a un sistema di leggi che accennano a una profonda trasformazione nel modo di intendere la proprietà del suolo e le funzioni del proprietario. E ovunque la questione agraria si pone, le soluzioni legislative si corrispondono. Per l'Italia ricordiamo il problema della colonizzazione interna, da molti studiosi affacciato: le soluzioni proposte collimano nello spirito con le leggi inglesi e australiane. La legge sulla colonizzazione dell'agro romano del 1883 è di questa natura. A noi basta aver messo in rilievo come accanto all'istituto della proprietà quale è regolato dal Codice abbiamo una nuova concezione della proprietà rispondente alle moderne idealità sociali e regolata da leggi speciali. Con ciò non è detto che la proprietà individuale ha perduto la sua ragion d'essere ma solo che certe forme di essa, soprattutto la proprietà del capitale e della terra, non sono più abbandonate all'arbitrio individuale, ma sono dalla legge poste in armonia colle esigenze della collettività e in special modo cogli interessi del lavoro. La proprietà accenna in certe sue forme a diventare di diritto sociale e non più come era pel passato esclusivamente di diritto privato.

Proprietà e contratto: sono questi i due istituti del diritto privato intorno ai quali maggiormente si svolse la legislazione sociale. Ciò si comprende pensando che in questi due istituti del Codice Civile si riflette la questione sociale nelle sue due forme di questione della proprietà del suolo e di questione della proprietà dei capitali. Il Codice Civile consacrava il diritto assoluto della proprietà e garantiva al proprietario la più larga libertà contrattuale. Il socialismo nelle sue due forme di socialismo capitalista e di socialismo agrario contrappose alla concezione individualista della società riflessa nel Codice un nuovo ordinamento sociale, in cui la proprietà del suolo e dei capitali sarebbe passata alla collettività e il dualismo tra capitale e lavoro risultante dal rapporto contrattuale sarebbe scomparso. La distanza tra individualisti e socialisti era troppo grande perché la lotta non scoppiasse e non degenerasse forme violente. Quanto più grave è il dissidio sociale tanto più benefica vediamo svolgersi l'azione del diritto e dello Stato. Contro l'arbitraria affermazione che lo Stato e il diritto sono l'espressione della classe dominante si può opporre la formazione della legislazione sociale. Ancora

una volta lo Stato e il diritto non smentivano la loro naturale funzione di convertire in lotte civili e pacifiche i contrasti inevitabili di interesse e di classe. Stato e diritto non sono immobili ma seguono il progresso umano e sociale, lo favoriscono imponendo a tutti la disciplina della legge. Più che a porre le finalità sociali Stato e diritto provvedono ai mezzi di attuazione delle medesime. Ciò può riscontrarsi nella legislazione sociale, nella funzione che essa esercita, funzione modesta ma decisiva in quanto tende a coltivare nel presente i germi dell'avvenire.

D) SOCIALISMO GIURIDICO, E DIRITTO PRIVATO.

1. Socialismo giuridico: origine, caratteri, finalità. — 2. Socialismo giuridico e diritto privato. — 3. Le tendenze sociali e socialistiche nel Codice Civile tedesco e nel Progetto di Codice Civile svizzero. — 4. La funzione sociale della giurisprudenza e significato sociale della revisione del Codice Civile. — 5. Conclusione.

1. Il nome di socialismo giuridico esprime più che altro un indirizzo di pensiero, come già l'espressione di socialismo della cattedra introdotta per denotare l'azione sociale ed economica dello Stato. Nei due casi il nome non corrisponde al contenuto: di qui la necessità di spiegazioni e di precisare il significato in cui espressioni tanto equivocate devono essere prese.

Storicamente il nome di socialismo giuridico si lega all'opera scientifica e giuridica di Antonio Menger. Nella Prefazione alla prima edizione dell'opera *Das Recht aus den vollen Arbeitsvertrag in geschichtlicher Darstellung* (1886) ⁽¹¹⁶⁾, il Menger dichiara che si è proposto di elaborare le idee fondamentali del socialismo, ponendosi da un punto di vista giuridico. « È, egli dice, un frammento di un'opera più considerevole in cui noi cercheremo di esporre il socialismo come sistema giuridico. Solo allorché le idee socialiste cesseranno di formare l'oggetto principale delle discussioni economiche e filantropiche, e si trasformeranno in concetti giuridici, gli uomini di Stato saranno posti in grado di vedere in qual misura l'organizzazione giuridica attuale deve essere trasformata nell'interesse delle classi diseredate. Questa elaborazione giuridica del socialismo mi sembra costituire il compito più importante della filosofia del diritto del tempo nostro: una soluzione esatta data a questo problema permetterà di attuare per via di riforme pacifiche le modificazioni indispensabili della nostra organizzazione giuridica ». In questo passo del Menger è espresso chiaramente il significato e le finalità del socialismo

⁽¹¹⁶⁾ Di quest'opera fu pubblicata una seconda edizione nel 1891, e di questa abbiamo la traduzione francese con una prefazione di C. ANDLER: *Le droit au produit intégral du travail*, Paris, Giard, 1900.

giuridico. Non è a credere che prima del Menger non fosse avvertito l'aspetto giuridico del socialismo. Sarebbe far torto ai maggiori rappresentanti del socialismo francese e soprattutto al Lassalle e al Rodbertus i quali elaborarono dottrine politiche e giuridiche nel senso precisamente indicato dal Menger. Dice bene il Vanni ⁽¹¹⁷⁾ che ora in maggiore ora in minore misura, ora in modo diretto ed espressamente ora in modo indiretto ed implicitamente, secondo i vari sistemi, l'idea di un nuovo ordine giuridico ha fatto sempre e fa necessariamente parte del socialismo. « Dal momento, egli dice, che il socialismo implica un certo modo di rappresentarsi l'esistenza e i suoi fini, per una necessità del pensiero esso deve arrivare ad una nozione, a quella adattata, della società e dello Stato, del diritto e della giustizia ». Bisogna però riconoscere che il socialismo economico giuridico del Lassalle e dei socialisti francesi aveva trovato nel Marx un avversario risoluto. Il Marx combatté come utopistica l'idea di far dipendere l'attuazione del socialismo da riforme giuridiche: solo le trasformazioni economiche sono decisive per l'avvenire del socialismo. Noi abbiamo già rilevato l'errore che si nascondeva nella concezione materialistica del Marx, costretto a far ricorso alle teorie catastrofiche e alla lotta di classe anziché al diritto e allo Stato per spiegare l'avvento della società socialista. Epperò degno di lode è secondo noi il Menger per aver reagito contro il marxismo, per aver richiamato l'attenzione sulla necessità di dare forma giuridica alle idealità delle classi operaie per renderle pratiche ed attuabili ⁽¹¹⁸⁾. Il movimento iniziato dal Menger rappresenta l'adesione cosciente dei giuristi al socialismo. Tale

⁽¹¹⁷⁾ VANNI, *La funzione pratica della filosofia del diritto considerata in sé ed in rapporto al socialismo contemporaneo*, Bologna, Zanichelli, 1894, p. 31. Questo lavoro fa parte della raccolta delle opere del Vanni altrove citata.

⁽¹¹⁸⁾ All'opinione espressa dal Menger circa la necessità di tradurre il socialismo in termini giuridici aderisce pienamente il WAGNER, *Lehr- und Handbuch der politischen Oekonomie: Grundlegung*, 3^a ediz., Lipsia, 1892, parte I, *Grundlagen der Volkswirtschaft*, par. 14. Questa adesione dell'autorevole rappresentante del socialismo di Stato in Germania era naturale. Il Menger invocava il diritto per la soluzione della questione sociale precisamente come i seguaci del socialismo di Stato. Tra i due indirizzi vi è perfetta corrispondenza di fini e di metodi.

adesione non può certo intendersi nel senso di una adesione incondizionata ad una determinata dottrina socialista, sia pure la marxista. Se ciò fosse noi saremmo d'accordo col Vidari nel disapprovare col nome l'indirizzo di pensiero che si cela nel socialismo giuridico ⁽¹¹⁹⁾. Nulla di più estraneo al nuovo indirizzo che lo spirito e le finalità del socialismo rivoluzionario. Il socialismo giuridico quale si rivela dalle opere dei maggiori suoi rappresentanti, il Menger e lo Stammler, di cui l'uno ne è il giurista l'altro il filosofo, è essenzialmente un indirizzo scientifico penetrato nel campo del diritto sotto l'influenza del socialismo, largamente inteso, ma col quale non si confonde anzi è in aperto contrasto così come lo era il socialismo di Stato e la legislazione sociale. Mentre non partecipa alle finalità e soprattutto ai metodi del socialismo catastrofico e rivoluzionario il socialismo giuridico sceglie tra le idealità socialiste quelle che possono tradursi in forma giuridica e diventare per tal modo attuabili. Del resto che vi sia una assoluta incompatibilità tra il socialismo giuridico e il socialismo economico-rivoluzionario si rivela dalla levata di scudi dei rappresentanti della tradizione marxista contro il Menger, della cui opera compariva una critica acerba nella « *Die Neue Zeit* », organo ufficiale e autorevole del marxismo ⁽¹²⁰⁾. Bastò il sospetto che i giuristi volessero impadronirsi della questione sociale, di cui si erano fatto un monopolio incontrastato gli economisti, perché il Loria, fedele alla dottrina del materialismo storico, prendesse la penna per gridare al pericolo che poteva venire al socialismo se esso fosse caduto nella mani dei giuristi ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁹⁾ E. VIDARI, *Sul socialismo giuridico del prof. Loria* (in « La scienza del diritto privato », anno I, 1893, fas. X, p. 577).

⁽¹²⁰⁾ La « *Neue Zeit* » pubblicò nel 1887, pp. 49-62, sotto il titolo *Iuristen-Socialismus* una violenta critica del lavoro del MENGER, *Das Recht [auf den vollen Arbeitsvertrag in geschichtlicher Darstellung]* ecc. [cit.]. Per la prima volta si usava con evidente significato di disprezzo il nome di socialismo dei giuristi, che italianamente il Loria chiamava non senza una punta di ironia socialismo giuridico, sebbene egli riferisse l'espressione anche ai giuristi che si raccoglievano intorno al periodico « La scienza del diritto privato » e che non appartenevano anzi mostravano di ignorare l'indirizzo del Menger.

⁽¹²¹⁾ Cfr. LORIA, *Il socialismo giuridico* (in « La scienza » ecc. [cit.]), I, 1893, fas. IX, 519.

Ciò che è più curioso è che il Loria riferiva l'espressione di socialismo giuridico anche a coloro che si accontentavano di far voti per un Codice privato-sociale, tanto che il d'Aguianno sentì il dovere a nome della sua scuola e della sua Rivista di scolparsi (122). Col consueto acume e colla sua rara chiarezza di mente bene avvertiva il Vanni (123) che egli parlando di socialismo giuridico non intese menomamente comprendervi la tendenza sociale che si è recentemente affermata nella scienza del diritto privato e che non si può confondere col socialismo vero e proprio, se non in forza di uno dei tanti equivoci divenuti ormai pur troppo abituali in questo argomento». Che gli economisti e i socialisti della scuola di Marx si impennino ogni qual volta si parla di legislazione sociale o si cerca di far servire il diritto a scopo di riforma sociale si comprende. Essi vedono nell'intervento dello Stato e del diritto un vero pericolo: abituati come sono a invocare la lotta di classe, a non aver fiducia che nei metodi rivoluzionari, a non scorgere nel diritto e nello Stato che degli strumenti di oppressione, i marxisti sono logici quando combattono il socialismo giuridico. I sindacalisti moderni che si atteggiavano a rappresentanti del pensiero e dello spirito genuino del Marx non potevano che avversare il socialismo giuridico (124). I dissidi che in questi ultimi anni si manifestarono in seno al socialismo, indebolendolo come partito d'azione, elevandolo come movimento di idee, traggono origine dalla penetrazione nel socialismo del criterio giuridico, dello spirito legale riformista incompatibile colla lotta di classe violenta e coi sistemi rivoluzio-

(122) Cfr. D'AGUIANNO, *Ancora sul socialismo giuridico del prof. Loria* (in « La scienza del diritto privato », I, 1893, fasc. XI).

(123) Cfr. VANNI, *Saggio* sopra citato, nota 17.

(124) Il sindacalismo che propugna il ritorno ai principi e ai metodi del Marx, e ha fiducia esclusivamente nell'organizzazione operaia e nella lotta di classe, ha dato recentemente in Italia tre opere interessanti per la conoscenza della tendenza che le ha [nel testo: « hanno »] ispirate: *Il sindacalismo* di E. LEONE, Sandron, 1907; *Riforme e rivoluzione sociale* di Arturo LABRIOLA, Cagnoni, Lugano, 1906; *Il socialismo giuridico* di Sergio PANUNZIO, Genova, Lib. moderna, 1907. In tutte queste opere ma specialmente nell'ultima si critica la tendenza giuridica che penetra nel movimento socialista e ne diminuisce la combattività. Per conto nostro crediamo che ne aumenti la potenzialità e l'importanza pratica.

nari esaltati più a parole che nei fatti nel periodo dell'infanzia del movimento operaio, e del socialismo.

Meno comprendiamo le apprensioni dei giuristi contro il socialismo giuridico. Le loro critiche sono per lo più il frutto di quella confusione abituale di idee che domina sovrana in questo argomento e che giustamente il Vanni deplorava. Molti sono indotti in errore dall'espressione certamente equivoca di socialismo giuridico, la quale può far credere si tratti di tradurre in progetti di legge gli articoli del programma di Gotha o di Erfurt. La stessa opposizione per la stessa confusione di idee fu fatta al socialismo di Stato che sembrava nella mente di molti dovesse tradurre in atto l'ordinamento collettivista. La verità è che il socialismo giuridico si svolse come già il socialismo di Stato all'infuori del movimento socialista e in contrasto con esso, e si svolse per opera di studiosi che non appartenevano all'indirizzo marxista, e non militavano nelle file del partito socialista. Presupposto del socialismo giuridico è la constatazione dei mali sociali, delle ingiustizie che si annidano nell'attuale ordinamento e nella attuale distribuzione delle ricchezze: a differenza del socialismo economico crede nella efficacia della legge non certo per preparare una nuova società, ma per riparare ai mali del sistema capitalista. In modo particolare e come suo carattere e funzione specifica il socialismo giuridico lavora alla trasformazione degli istituti di diritto esistenti, soprattutto degli istituti di diritto privato, in modo da adattarli alle giuste pretese delle classi lavoratrici, i cui interessi, che sono poi quelli del lavoro, per generale consentimento non sono sufficientemente tutelati dai Codici Civili, che risalgono a un'epoca in cui le classi operaie non erano ancora assortite a coscienza di classe.

Il socialismo giuridico non può confondersi né colla legislazione sociale, né colla tendenza sociale che vedemmo per l'influenza dei più diversi indirizzi di pensiero essersi affermata nelle scienze giuridiche in generale, nella scienza del diritto privato in particolare. Non può confondersi colla legislazione sociale benché con essa abbia in comune lo scopo di curare coi mezzi legali i mali e riparare le ingiustizie sociali. Ma se ben si guarda la legislazione sociale si svolge all'infuori del diritto tradizionale, trae origine dal concetto di società e dalle esigenze della vita col-

lettiva: le limitazioni che al diritto privato provengono dalla legislazione sociale sono limitazioni che provengono dall'esterno, sono la conseguenza della penetrazione nel diritto privato accanto alle tradizionali esigenze di diritto pubblico, del concetto nuovo per molti rispetti dell'interesse sociale. E ogni qual volta la considerazione dell'interesse sociale diventa preponderante un istituto giuridico deve cessare di far parte del diritto privato e deve trasformarsi in istituto di diritto sociale. Per questa ragione noi abbiamo sostenuto che il contratto di lavoro industriale deve regolarsi a parte all'infuori del diritto privato in quanto esula sempre più da esso il criterio della libertà contrattuale. D'altra parte il socialismo giuridico considerato particolarmente ne' suoi rapporti col diritto privato non può confondersi coll'indirizzo che tende a dare agli istituti di diritto privato una fisionomia sociale. Tra i due movimenti di pensiero vi sono stretti rapporti, vi è anzi il rapporto di genere a specie. Noi consideriamo il socialismo giuridico una forma accentuata e concreta di quell'indirizzo di pensiero che da Savigny e Hegel in poi penetrò nel campo del diritto privato. Ma noi crediamo che più dei caratteri comuni, che si possono facilmente mettere in rilievo, importa per la chiarezza delle idee rilevare degli indirizzi di pensiero i caratteri differenziali. E il carattere differenziale del socialismo giuridico sta in ciò: che il socialismo giuridico tende a trasformare l'istituto o il principio giuridico tradizionale nel senso di quelle idealità che sono proprie delle classi lavoratrici, e che il socialismo largamente inteso ha posto soprattutto in evidenza. Non è l'interesse generico della società invocato ad allargare l'istituto di diritto privato, ma l'interesse specifico del lavoro, che per quanto dai socialisti identificato coll'interesse di tutta la società noi crediamo si debba mantenere distinto, non foss'altro per impedire le eventuali esagerazioni a danno degli altri interessi sociali ugualmente legittimi.

Si aggiunga poi che il socialismo giuridico penetrando nel diritto privato non ha punto di mira di scuotere il fondamento individuale degli istituti del diritto privato. In tal caso sarebbe un movimento di distruzione non di riforma del diritto privato e come tale da condannarsi a priori. Il Nani stesso facendo la critica dell'opera del Menger è costretto a riconoscere che « il

punto di vista da cui il Menger parte non è il socialistico: la sua critica riguarda l'applicazione non i principi fondamentali dell'odierno diritto privato». Il Nani poi mostrava di cogliere la differenza tra le idee del Menger e quelle del Gierke e di quanti come questi vorrebbero veder preponderare nel Codice Civile l'interesse sociale, affermando che il Menger « va più in là perché chiede che si prenda di mira non già l'interesse generale, ma l'interesse di una sola classe di persone, la classe dei non abbienti » (125). E veramente il socialismo giuridico vuol conservati nelle loro basi gli istituti di diritto privato; proclama il rispetto della libertà individuale, della proprietà privata, della famiglia, del diritto di testare: solo vorrebbe che si tenesse conto nel riformare tali istituti degli interessi del lavoro che non erano e non potevano esser presenti alla mente del legislatore quando furono compilati i Codici Civili. Lo stesso Vidari che pur mostra di non simpatizzare gran fatto col nome di socialismo giuridico per l'equivoco che ne può venire, dichiara che se tal nome non implicasse il disconoscimento dei principi che stanno a base del diritto privato non avrebbe difficoltà di accettarlo (126).

La nostra adesione al socialismo giuridico come criterio di riforma del diritto privato non implica l'accettazione incondizionata delle dottrine del Menger soprattutto nello spirito che le informa. Col Nani deploriamo la veste antipatica sotto la quale il Menger ha presentato il socialismo giuridico e che trattenne molti dall'accogliere quegli elementi di vero e di giusto che in sé racchiude. Il difetto del Menger e di molti della sua scuola, non escluso il nostro Salvioli, è di giudicare i Codici Civili col preconetto dichiarato che essi furono elaborati nell'interesse esclusivo delle classi dominanti, nell'attribuire agli autori del Codice intenzioni ch'essi non potevano avere e dimostrarono di non avere, di accusarli di avere sistematicamente sacrificato agli interessi delle classi superiori quelli ben più sacri delle classi inferiori. Tutto ciò non ha ombra di fondamento. Il Menger e la

(125) Cfr. NANI, *Il socialismo nel Codice civile* (in « Atti della R. Accademia delle scienze di Torino », vol. 26° e 27°, 1890-91, 1891-92).

(126) Cfr. VIDARI, *Sul socialismo giuridico del prof. Loria* (in « La scienza del diritto privato », anno I, 1893, fas. X, p. 577).

sua scuola cedono qui alla funesta influenza di Marx che nel suo pessimismo vedeva nei legislatori e nei giuristi altrettanti avversari della causa del lavoro e li rappresentava come i naturali alleati della classe borghese, quasi responsabili dei mali e delle ingiustizie di cui la classe operaia soffriva. L'aver partecipato a questo pregiudizio, anziché cercare di sradicarlo, è il grave torto del Menger: un siffatto peccato d'origine diminuì l'efficacia e la serietà del socialismo giuridico. La scienza ha fatto oramai giustizia di simili sistemi di interpretazione che tendono ad attribuire alla volontà degli uomini ciò che è il frutto della forza delle cose. È deplorabile che anche gli intelletti più forti non riescano sempre a mettersi in guardia contro lo spirito settario e le tendenze partigiane, che se possono soggettivamente spiegarsi, costituiscono un grave ostacolo al progresso delle scienze giuridiche e sociali.

2. Il socialismo giuridico quale si può rilevare dai lavori del Menger e della sua scuola rappresenta una reazione contro il socialismo economico e un ritorno ai metodi di studio propri dei giuristi della scuola storica ed hegeliana nonché dei maggiori rappresentanti del socialismo francese. Da nessun presupposto economico e materialistico move il Menger. Egli è affatto immune dal pregiudizio biologico che tolse alla scuola italiana che mette capo al Cimbalì di promuovere un serio movimento di riforma del diritto privato. Per il Menger, che seguiva in questo le migliori nostre tradizioni giuridiche il diritto non è solo l'espressione necessaria delle leggi della natura, della biologia, dell'economia, ma è anche e soprattutto il risultato dell'opera riflessa dell'uomo. Il socialismo giuridico presupponeva il diritto opera dell'uomo, capace di elaborare colla sua ragione sempre nuovi ideali di giustizia, rispondenti alle mutevoli condizioni della vita sociale.

Il socialismo giuridico sotto l'impulso del Menger penetrò in tutti i rami del diritto positivo così pubblico come privato. Il primo lavoro del Menger sul diritto al prodotto integrale del lavoro è un tentativo di gettare le basi di una nuova Dichiarazione dei diritti in senso socialista. « Come, egli dice, sono stati riassunti gli scopi ai quali tendevano le grandi correnti politiche del

XVII e XVIII secolo in un certo numero di postulati giuridici, che costituiscono i cosiddetti diritti politici fondamentali, così si possono sintetizzare gli scopi ultimi del socialismo sotto il nome di diritti economici fondamentali ». Tra questi diritti egli ricorda il diritto all'esistenza, il diritto al lavoro, il diritto al prodotto integrale del proprio lavoro ⁽¹²⁷⁾. Accanto a questa forma di socialismo giuridico costituzionale noi potremmo, se ci bastasse il tempo, rilevare esempi di penetrazione dello spirito socialista nel campo del diritto pubblico. Il Menger stesso nell'ultima sua opera ⁽¹²⁸⁾ fa la teoria dello Stato socialista ne' suoi organi amministrativi e politici. Il Duguit, l'Hauriou, il Mater in Francia hanno collo stesso spirito socialista elaborato nuove teorie sull'atto amministrativo e sulla gestione amministrativa, la quale tende a preparare la sostituzione dello Stato gerente allo Stato carabiniere ⁽¹²⁹⁾. Non potendo occuparci del socialismo giuridico nel campo del diritto pubblico, ci limitiamo a rilevarne le manifestazioni nel diritto privato. Tra i rappresentanti più autorevoli del socialismo giuridico nel diritto civile ricordiamo il Menger e la sua scuola ⁽¹³⁰⁾ in Austria e in Germania, il Salvioli e il

⁽¹²⁷⁾ Cfr. MENERG, *Le droit au produit intégral du travail*, tr. fr. sulla 2ª ediz. tedesca, Paris, Giard, 1900, p. 13. Nello stesso ordine di idee, quale esempio di socialismo giuridico costituzionale, vedi anche l'ultima opera del MENERG, *Lo Stato socialista*, tr. it., Bocca, 1905, libro III.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. MENERG, *Lo Stato ecc.*, soprattutto il libro IV dove si tratta del passaggio dallo Stato attuale allo Stato democratico del lavoro.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. DUGUIT, [*Études de droit public*. I:] *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 2 voll., Fontemoing, 1901 e 1903. Quest'opera del Duguit è tutta penetrata dello spirito di solidarietà sociale che deve dominare in tutti gli atti della vita pubblica e privata. Inspirandosi al Rodbertus il Duguit considera tutti i diritti come definiti e garantiti non più nell'interesse degli individui ma nell'interesse collettivo del corpo sociale. Dell'HAURIOU vedi *La gestion administrative, étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, 1899, nonché il *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4ª ediz., 1901. A questo lavoro dell'Hauriou si ricollega il lavoro del MATER, *L'Etat socialiste et la théorie juridique de la gestion* (in « *Revue socialiste* », 1903, luglio e agosto).

⁽¹³⁰⁾ Cfr. MENERG, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 3ª ediz., Tübingen, 1904. Esiste una trad. italiana di Oberosler (Torino, Bocca, 1894). Tra i seguaci del Menger ricordiamo: DÜRRUBERGER, *Der Einfluss sozialistischer Postulate aus das Privatrecht*, Vienna, Konegen, 1893; EHRlich, *Soziale Gesetzgebungspolitik aus dem Gebiete des deutschen Privatrechts; Der Entwurf eines*

Gianturco in Italia ⁽¹³¹⁾. La critica da essi fatta si fondava sopra una innegabile constatazione di fatto: gli autori dei Codici nel regolare gli istituti di diritto privato ebbero particolarmente di mira la condizione economica e sociale delle classi abbienti e trascurarono affatto gli interessi delle classi lavoratrici. Non è il caso di ricorrere alla malafede come fanno credere il Salvioli e il Menger. La assenza di ogni coscienza politica nelle masse lavoratrici è motivo sufficiente per spiegare la trascuranza in cui furono tenute nel Codice Napoleone. Quanto al progetto di codice civile tedesco venuto in un'epoca in cui più vivi erano i contrasti di classe, il fatto si spiega pensando che il progetto era opera di pandettisti, chiusi ad ogni influenza che non fosse rigidamente giuridica. Non può certo negarsi l'opportunità della critica del Menger, fatta in occasione della pubblicazione del primo progetto del codice civile tedesco, che se rappresentava la quintessenza del pensiero giuridico germanico, mostrava di intendere così poco i bisogni dell'epoca e le aspirazioni delle classi inferiori. Quasi contemporaneamente il Salvioli metteva in evidenza i difetti del Codice civile italiano e implicitamente del Codice Napoleone di fronte al proletariato. Il Salvioli riproduceva sostanzialmente il pensiero e lo spirito del Menger. Senza entrare nei particolari, ricorderemo alcune delle critiche fatte agli istituti di diritto privato dai rappresentanti del socialismo giuridico, non foss'altro che per mostrarne il metodo e l'indole delle riforme proposte. Ragioni di equità impongono che il principio secondo cui l'ignoranza della legge non scusa sia temperato dalle speciali condizioni di vita in cui trovasi l'operaio ⁽¹³²⁾. Nel

B. G. Bs. und die sozial-politischen Bestrebungen der Gegenwart, 1890 (in « *Unsere Zeit* », 1890, fas. 5 e 7); FLEISCHMANN, *Die Sozialpolitik im Recht in die Gegenwart*, 1890.

⁽¹³¹⁾ Cfr. SALVIOLI, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti e operaie*, Palermo, 1891. La 2ª edizione del 1906 (Palermo, Reber) notevolmente ampliata ha per titolo: *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*. Del GIANTURCO vedi: *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Napoli, 1891. Recentemente il PANUNZIO, *Il socialismo giuridico* (Genova, Lib. moderna, 1902 [= 1906]) riassume tutto il movimento del socialismo giuridico nel diritto civile soprattutto in Italia.

⁽¹³²⁾ Cfr. MENGER, *Das bürgerliche Recht* ecc., VIII; SALVIOLI, *op. cit.*, V.

diritto famigliare il socialismo giuridico, considerando la famiglia dal punto di vista delle classi lavoratrici, fu in grado di fare osservazioni degne di nota, di cui si dovrà tener conto in una eventuale riforma o revisione dei Codici Civili. Si può sostanzialmente consentire col Menger quando afferma che il divorzio è una riforma legale richiesta dalla borghesia, a cui le classi lavoratrici devono disinteressarsi — che nella famiglia operaia il carattere contrattuale del vincolo matrimoniale è meno accentuato — che il regime più naturale è in ordine ai beni dei coniugi poveri quello della comunione, regime che tende ad associare i frutti del lavoro — che il lavoro della donna operaia la eleva in dignità e la rende indipendente di fronte al marito — che il divieto della ricerca della paternità garantisce l'impunità ai ricchi soprattutto — che l'istituto della tutela non solo deve provvedere al patrimonio ma alla salute, integrità, moralità della persona, che costituiscono l'unico patrimonio dell'operaio — che i risparmi della donna operaia devono essere difesi contro i pericoli dell'autorità maritale, ecc.. Si tratta di osservazioni critiche derivate dallo studio delle condizioni ed esigenze speciali di vita delle classi lavoratrici e che contengono i germi di una vita famigliare più sana e più conforme alla dignità e alla indipendenza della donna, che il lavoro tende a emancipare e ad elevare nei rapporti col marito (133).

Passando al diritto di proprietà non si può a meno che convenire col Salvioli sulla disparità di trattamento tra proprietà e lavoro. La proprietà è ancor sempre il diritto di godere e di disporre nella maniera più assoluta e l'abuso non è eliminato. Il proprietario, dice il Salvioli, può lasciare i beni improduttivi, le terre incolte, le case sfitte: può opporsi anche senza interesse, a che un terzo ne tragga un vantaggio qualsiasi, può distruggere la casa. Pel diritto di chiudere i suoi beni può privare il suo vicino d'aria, di luce, di vista. Può accaparrare il suolo urbano e non fabbricare e resistere alle domande in previsione degli aumenti

(133) Cfr. A. ALVAREZ, *De l'influence des phénomènes politiques, économiques, sociaux sur l'organisation de la famille moderne*, Paris, Pedone, 1899. In quest'opera l'A. tiene conto di molte critiche fatte alla famiglia quale è regolata dai codici dal socialismo giuridico.

del valore del suolo non fabbricato. Egli è padrone delle sorgenti e del sottosuolo: non ha obbligo di rimborsare i miglioramenti fatti alla sua proprietà dall'usufruttuario, dal colono, dal possessore di buona fede ecc. ⁽¹³⁴⁾. Il Menger poi rileva la tendenza nei nostri Codici a staccare l'ordinamento della proprietà dalle sue basi economiche e a considerarlo solo come una questione di potere ⁽¹³⁵⁾.

Per ciò che riguarda il diritto contrattuale il Menger riproduce sostanzialmente la critica che il Marx nel *Capitale* fa del rapporto contrattuale che si stabilisce tra operaio e padrone, estendendola ad ogni altro rapporto che sorge tra il proprietario e chi non è proprietario. Secondo il diritto contrattuale dei Codici Civili di tutte le nazioni, osserva il Menger, il padrone può di regola gettare sul lastrico l'operaio licenziandolo: il proprietario di case può sfrattarlo insieme alla sua famiglia, anche se lo sfrattato non trova altro ricovero: il bottegaio e l'usuraio lo possono sfruttare a loro volta senza incontrare un efficace freno nella legislazione ⁽¹³⁶⁾. Giustamente fu rilevato dal Coviello ⁽¹³⁷⁾ che sull'esempio del Codice Austriaco si dovrebbe sanzionare come principio generale che in ogni contratto commutativo come la vendita, la permuta, la locazione di cose e di opere si ha *lesione* ogni qual volta esiste disuguaglianza di prestazioni, e si dovrebbe in tal caso far luogo al generale rimedio della rescissione ⁽¹³⁸⁾. La legge secondo un concetto svolto dal Duguit ⁽¹³⁹⁾, non dovrebbe sanzionare gli interessi subiettivi che solitamente non rappresen-

⁽¹³⁴⁾ Cfr. SALVIOLI, *op. cit.*, pp. 42 e seg. Cfr. sulla proprietà e sulle riforme di cui è suscettibile nell'interesse del lavoro: JAURÈS, *Etudes socialistes*, 2^a ediz., Paris, Ollendorf, 1902; *Saggio sulla proprietà individuale*. Cfr. anche MARGUERY, *Le droit de propriété et le régime démocratique*, Alcan, 1906, soprattutto la prima parte. Vedi TARBOURIECH, *Essai sur la propriété*, Paris, Giard, 1904, libro informato allo spirito del Menger e del socialismo giuridico.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. MENER, *Das bürg. [erliche]*, ecc. [cit.], parte III.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. MENER, *ibid.*, parte IV. Cfr. con lo stesso spirito il COVIELLO, *L'equità nei contratti*, prolusione.

⁽¹³⁷⁾ COVIELLO, *L'equità* ecc., pp. 15 e seg.

⁽¹³⁸⁾ Il nostro codice (art. 1529-1536) ammette la lesione pel caso di divisione, per la vendita di immobili e a favore del solo venditore, non l'ammette per la locazione dei fondi, né per la locazione di opere.

⁽¹³⁹⁾ DUGUIT, *op. cit.*, p. CXXVI.

tano una utilità obiettiva. « Ogni atto di volontà individuale, dice il Duguit, produce effetto, quando è determinato da scopo di solidarietà, cioè di utilità collettiva e individuale ». Solo per eccezione, dice il Gianturco, il legislatore tien conto dell'egualianza di fatto, in tema di soccida, di rescissione per lesione, di nullità del patto di riscatto oltre i cinque anni, e del patto commissorio nel pegno e nell'anticresi ⁽¹⁴⁰⁾. Il locatore non ha alcun obbligo di tenere gli appartamenti che affitta in condizioni decenti e igieniche. Nel contratto di affittanza, il valore delle terre cresce a esclusivo beneficio del proprietario, che non contribuisce all'aumento di lavoro e compensa, dice il Salvioli, chi l'ha prodotto, rincarando il fitto ad ogni rinnovazione del contratto ⁽¹⁴¹⁾. È ingiusto, afferma il Gianturco, dichiarar valida la rinuncia ai casi fortuiti e impreveduti per cui anche se la raccolta viene a mancare il contadino deve pagare il fitto: è ingiusto d'altra parte dichiarare valida la rinuncia all'indennità per le migliorie fatte dal colono, negare all'enfiteuta qualsiasi remissione o riduzione di canone anche per caso di perdita totale dei frutti. Il Gianturco rileva tutta l'iniquità che si nasconde nei contratti agrari, soprattutto di mezzadria. Il contratto di mezzadria si scioglie per la morte del mezzadro, se questa accade prima degli ultimi quattro mesi dell'anno: con ciò si priva la famiglia del mezzadro dei frutti che non maturano in un anno ⁽¹⁴²⁾. Si è conservata l'enfiteusi ma in modo inservibile mentre si dovrebbe riformarla in ordine alla indivisibilità del canone e all'affrancazione e renderla coattiva pei latifondi.

Giuste osservazioni fa il Salvioli circa i contratti usurari, e i pagamenti a rate mettendone in evidenza il danno per le classi

⁽¹⁴⁰⁾ GIANTURCO, *op. cit.*, pp. 10 e seg. Trattasi di una semplice prolusione, più che altro notevole per lo spirito nuovo che la informa. Cfr. GIANTURCO, *Sul contratto di lavoro*, 1902.

⁽¹⁴¹⁾ SALVIOLI, *op. cit.*, p. 44.

⁽¹⁴²⁾ Sull'iniquità dei contratti agrari, soprattutto del contratto di mezzadria vedi oltre il GIANTURCO, *op. cit.*, e il SALVIOLI, *op. cit.*, il SONNINO, *Le leggi sociali* (Discorso alla Camera il 4 luglio 1890); MAIRONI, *La mezzadria nel disegno di legge sui contratti agrari* (in « Critica sociale », 1903); MURALDI, *L'organizzazione economica dei mezzadri e dei piccoli proprietari* (in « Critica sociale », 1902).

che vivono del lavoro ⁽¹⁴³⁾. Passando al diritto ereditario il Menger osserva che esso è una istituzione essenzialmente aristocratica, che non può interessare gran fatto le classi che vivono del lavoro e mancano di proprietà. Il Menger non ha la fiducia, che mostra invece di avere il nostro Rignano, (continuatore in ciò della tradizione sansimoniana), nella riforma del diritto ereditario per la soluzione della questione sociale. Per il Menger il diritto di successione altro non è che una conseguenza della proprietà privata, è l'estensione della proprietà privata oltre i confini della vita umana, e le sue sorti seguono quelle della proprietà ⁽¹⁴⁴⁾. Per lo più i seguaci del socialismo giuridico insistono per questa parte del Codice sull'utilità sociale di limitare la libertà testamentaria, di ridurre i gradi dei successibili, di favorire la successione di Stato. Per tale via si verrebbe a riparare in parte le conseguenze dell'attuale distribuzione delle ricchezze nel vantaggio delle classi inferiori e senza turbare per nulla il sistema vigente della proprietà.

Nel campo del diritto commerciale il socialismo giuridico penetrò soprattutto per opera del Vivante e della sua scuola. L'indirizzo iniziato dal Vivante non ha nulla di comune colle dottrine del Tortori e del Perrone, che ebbero la disgraziata idea di interpretare le istituzioni di diritto commerciale alla luce dei principi biologici e sociologici. Il Vivante nella critica sua è mosso da un alto concetto di solidarietà umana e di giustizia sociale. Fin da quando il Vivante sostiene la causa del Codice Unico

⁽¹⁴³⁾ SALVIOLI, *op. cit.*, capi XVI e XVII.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. MENER, *Das bürgerliche Recht* ecc., parte V. Cfr. RIGNANO, *Un socialisme en harmonie avec la doctrine économique libérale*, Paris, Giard, 1904. Abbiamo altrove citato il riassunto tedesco di questo lavoro con prefazione del Bernstein. Il Rignano crede nella soluzione dei problemi riguardanti le classi povere sulla base di una radicale riforma del diritto ereditario. L'idea del resto è condivisa da economisti della scuola liberale. Il Mill voleva esclusi dalla successione anche i fratelli e i nipoti, e contrario com'era a ogni progressione, riconosceva solo giusta la progressività dell'imposta successoria. Anche lo ZEERLEDER, *Privatrecht und sociales Recht*, Berna, 1895, della scuola del Menger, è favorevole a una riforma del diritto successorio. In tal senso vedi anche JAURÈS, *Etudes* ecc. Vedi le modificazioni proposte al regime di successione dal FOUILLÉE, *La propriété sociale et la démocratie*, pp. 29-61. Cfr. le osservazioni sul diritto ereditario della famiglia operaia in ALVAREZ, *op. cit.*, capo IV, 2.

delle obbligazioni, lasciò intravedere questa tendenza. La separazione infatti dei due Codici viene a consacrare il privilegio dei commercianti a danno dei consumatori, dei quali il maggior numero appartiene alla classe operaia (145). La tendenza si accentua nella prolusione che il Vivante tenne a Bologna nel 1899 col titolo: *I difetti sociali del Codice di commercio* (146). In essa il Vivante rileva come la funzione commerciale è compiuta con grande perdita di forze e condanna l'usura del denaro, l'usura commerciale consistente nel rincaro dei prezzi per le merci vendute al minuto, a tutto danno dei poveri, i rialzi fittizi del valore delle merci e del denaro ecc. Non interamente fondata è la sua affermazione che il diritto commerciale è legge di classe, che lascia indifesi coloro che trattano coi commercianti, che è causa di perturbazione sociale e di oppressione dei deboli. Si avverte qui la tendenza pessimista che il Menger [e] il Salvioli traggono dall'influenza del marxismo. Dalla critica del Codice di commercio dal punto di vista sociale e della solidarietà umana, il Vivante in una prolusione posteriore passa a una critica socialista, ispirata cioè agli interessi specifici delle classi operaie (147). Infatti egli fa della solidarietà la gran legge che come domina nel mondo fisico e biologico, così deve dominare nel campo giuridico e sociale, togliendo il dualismo tra individuo e società. Ora il Vivante fa scaturire tale legge dall'essenza stessa del movimento operaio

(145) Cfr. VIVANTE, *Un Code unique des obligantions. Histoire et polémique* (in « Annales de droit commercial français », 1893, n. 1). La stessa tesi aveva il Vivante sostenuto nel 1889 inaugurando il corso universitario (in « Archivio giuridico », vol. 39°, fas. 5-6). La tesi del Vivante fu combattuta validamente dal Vidari, Goldschmidt, Cohn.

(146) Cfr. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio* (in « Riforma sociale », anno VI, 1899, vol. IX, pp. 25 e seg.). La critica del codice di commercio dal punto di vista sociale era stata fatta anche dal PIPIA, *I difetti sociali del codice di commercio* (in « Riforma sociale », 1895, fas. 4). Un qualche accenno può riscontrarsi nello SRAFFA, [La] *Lotta commerciale*, Pisa, Spoerri, 1894, e in PAPA D'AMICO, *L'odierno indirizzo scientifico nel diritto commerciale* (in « Circolo giuridico », 1895). Cfr. anche VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nello studio del diritto commerciale* (in « Riforma sociale », 1904, 2° semestre, p. 276). È la prefazione al 2° volume del *Trattato di diritto commerciale*.

(147) Cfr. C. VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in « Critica sociale », 16 novembre 1902.

e apertamente dichiara che la solidarietà sociale ha per scopo la ascensione degli umili. Il Vivante mostra di afferrare i caratteri differenziali del socialismo giuridico: contro il Marx e il Loria nega che il diritto eserciti funzione di garanzia solo a difesa delle classi dominanti. Il diritto, egli dice, non aspetta che una classe abbia trionfato per difenderla, ma l'accompagna nella sua ascesa, anche quando è negli inizi. Oramai il diritto si adegua facilmente e presto alle esigenze del movimento sociale e aiuta anche le classi operaie che salgono. Da questo rapido esame delle principali manifestazioni teoriche del socialismo giuridico, possono meglio afferrarsi i suoi caratteri specifici. Siamo di fronte a un movimento di trasformazione che si svolge nell'ambito stesso del diritto privato. L'interpretazione che ne dà il Panunzio ⁽¹⁴⁸⁾ non ci persuade. Egli tende a identificare il socialismo giuridico con la filosofia della solidarietà che si svolse in questi ultimi anni soprattutto in Francia nel campo filosofico, sociologico, etico, giuridico ecc. ⁽¹⁴⁹⁾. Astraendo dalle origini biologiche e sociologiche e non socialistiche della filosofia della solidarietà, noi crediamo che non si possa confondere il socialismo giuridico né col solidarismo né con quel movimento che fu chiamato di socializzazione del diritto ⁽¹⁵⁰⁾. Il socialismo giuridico esprime per noi qualche cosa di più specifico e concreto. Esso è l'espressione della

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. PANUNZIO, *Il socialismo giuridico*, Genova, Lib. moderna, 1907 [= 1906], capo I.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. BOURGEOIS, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Paris, Colin, 2^a ediz., 1896 [?]. L'editore Alcan ha pubblicato in parecchi volumi le conferenze tenute da molti scrittori contemporanei all'*Ecole des Hautes études sociales*. Figurano i nomi di Budin, Gide, Monod, Paulet, Brouardel: l'argomento è la solidarietà.

⁽¹⁵⁰⁾ Sulla socializzazione del diritto vedi la nota opera dello STEIN, *La question sociale au point de vue philosophique*, Paris, Alcan, 1900. Vedi soprattutto i capi XIV, XV, XVI che trattano in particolare della proprietà e delle contraddizioni logiche inerenti all'attuale nostro concetto della proprietà. Particolarmente interessante è il capo XVII sulla socializzazione del diritto. Su questo stesso argomento vedi anche CHARMONT, *La socialisation du droit* (Lezione introduttiva di un corso di diritto civile) pubblicato in «Revue de Métaphisique et de Morale», mai 1903. Il Lyon Caen in un articolo pubblicato nel «Journal des Economistes», settembre 1905, confonde il socialismo giuridico colla socializzazione del diritto.

coscienza giuridica delle classi lavoratrici; è un movimento di infiltrazione e di penetrazione delle idealità socialiste nel campo del diritto, e che si manifestò con carattere più spiccato nel diritto privato, per la speciale importanza che i suoi istituti hanno per l'avvenire delle classi che vivono del lavoro. Non è un movimento negativo ma ricostruttivo, e in ciò rappresenta una reazione contro la primitiva tattica del proletariato che « dapprima tolse a prestito la concezione giuridica al suo avversario e se ne servì come arma contro la borghesia » (151). Il socialismo giuridico move dal riconoscimento del diritto positivo vigente, e tende a trasformarlo e a adattarlo alle nuove idealità del proletariato: sceglie i punti del programma socialista la cui attuazione è già in germe nelle trasformazioni o deformazioni del diritto attuale; tende a formulare giuridicamente le rivendicazioni socialiste (152).

3. L'argomento che ora deve attrarre la nostra attenzione è di determinare se e entro quali limiti le tendenze sociali e socialistiche, che vedemmo rivelarsi nella dottrina sotto forma di critica o di proposte di riforma del diritto privato riuscirono a tradursi nella legislazione e nella giurisprudenza. Premettiamo subito che se l'attuazione, anche limitata, anche parziale, delle proposte fatte dalla dottrina in omaggio al nuovo spirito dei tempi ebbe luogo, tale attuazione non è dovuta all'influenza diretta né del socialismo razionale o materialista, né del proletariato organizzato dai seguaci di Marx, i quali sdegnarono il ricorso alla legge o alla giurisprudenza per l'attuazione dei loro piani di organizzazione sociale. Essi agirono negativamente come propulsori delle due correnti di idee che costituiscono la tendenza sociale (socializzazione del diritto) e la tendenza socialista (socialismo giuridico) nel diritto privato, tendenze che si svolsero all'infuori del movimento socialista propriamente detto, anzi suo malgrado per opera di sociologi, di filosofi del diritto, di giuristi.

(151) F. ENGELS, *Socialisme des juristes*, tradotto nel « Mouvement socialiste », 15 gennaio 1904.

(152) A. MATER, *Le socialisme juridique*, in « Revue Socialiste », luglio 1904. Vedi anche A. CRESPI, *Gli orizzonti giuridici del movimento socialista*, in « Critica sociale », 1904, p. 21.

Delle due tendenze la sociale e la socialistica, la prima come la più antica e che aveva per sé da Savigny e da Hegel in poi una lunga elaborazione teorica, doveva originare il maggior numero di riforme legislative, ed esercitare più larga efficacia.

È interessante vedere fino a qual punto le due tendenze indicate influirono nella formazione di quel monumento di sapienza giuridica che fu il Codice Civile tedesco. La sua preparazione cade in un'epoca in cui la tradizione della scuola storica e della scuola hegheliana dominava nella scienza giuridica tedesca, e il movimento socialista si era affermato colle sue pretese di riorganizzazione sociale. Ora si può affermare in linea generale che il Progetto non risente l'influenza delle idee nuove e dei nuovi tempi. Altrove accennammo al motivo: esso era opera dei Pandettisti, i quali della scuola storica avevano seguito il metodo non riprodotto lo spirito filosofico e il significato sociale e collettivo del diritto. Loro preoccupazione fu l'adattamento del diritto romano a regolare i rapporti giuridici della vita moderna. Avvenne che appena reso di pubblica ragione nel 1888, il Progetto sollevò un coro di critiche e di recriminazioni. Tra queste critiche noi abbiamo altrove rilevato quella del Gierke, interprete della tendenza sociale trascurata dal progetto, il Menger, interprete della tendenza socialista ossia delle aspirazioni delle classi lavoratrici, che non trovavano eco alcuna nel lavoro della Commissione « preparato, dice il Saleilles, da giuristi di professione esso non teneva alcun conto del movimento sociale che tende sempre più a penetrare nel diritto privato, e che avrà per risultato di creare nuove forme legislative, diverse dalle tradizionali » ⁽¹⁵³⁾. Si nominò nel 1890 una nuova Commissione coll'incarico di redigere un nuovo Progetto: furono chiamati a partecipare alla Commissione i rappresentanti dei grandi interessi del paese, soprattutto degli interessi industriali e commerciali. Mancavano solo i rappresentanti del proletariato: ciò si comprende pensando all'indifferenza dimostrata dai socialisti militanti all'opera della Codificazione. Il nuovo progetto elaborato dalla Commissione venne in discussione al Reichstag in seconda lettura il 19 giugno

⁽¹⁵³⁾ Cfr. R. SALEILLES, *Introduction a l'étude du droit civil allémand*, Paris, Pichon, 1904, p. 28.

1896. Significante è la condotta tenuta dai socialisti. Fino all'ultimo sperarono nella decadenza nel progetto per l'imminente chiusura della sessione. Ma l'emendamento da essi presentato per far rimandare la discussione fu respinto; a malincuore rinunciarono all'astensionismo e si prepararono ad affrontare la discussione sopra le questioni di politica sociale che potevano interessare la classe lavoratrice: ma la discussione fu soprattutto formale, e non ebbe alcuna influenza sulle sorti del progetto che divenne definitivo il 30 giugno successivo ⁽¹⁵⁴⁾. Questi cenni bastano per constatare l'ostilità del partito socialista tedesco, verso il codice civile. Le norme di carattere sociale che in esso si contengono sono dovute all'influenza della dottrina e all'evoluzione naturale delle idee. Non può certo essere presentato il Codice Civile tedesco come l'espressione delle nuove tendenze che si agitano nel campo del diritto privato: gli interessi della proprietà fondiaria, dell'industria, del commercio vi prevalgono. L'affermazione del Menger che trattasi di un codice fatto per una società borghese è sostanzialmente vera ⁽¹⁵⁵⁾. Il codice civile tedesco, dice il Saleilles, è una legislazione di transizione, non può considerarsi come l'espressione del diritto sociale ⁽¹⁵⁶⁾. D'altra parte sarebbe ingiusto non riconoscere i germi di un diritto nuovo in esso contenuto: per molti rispetti esso dischiude orizzonti nuovi e soddisfa non solo gli interessi sociali, ma ancora gli interessi del lavoro. Osserva il Planck ⁽¹⁵⁷⁾ che la *Begrenzung der individuellen Rechte gegenüber den Interessen der Allgemeinheit*, penetra tutto quanto il codice tedesco. Tale limitazione si manifesta non

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. SALEILLES, *op. cit.*, p. 36.

⁽¹⁵⁵⁾ Il MENGER ripete questa accusa nella 3ª edizione del 1904 dell'opera sua: *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. Bisogna riconoscere che l'influenza della sua critica sulla redazione del progetto definitivo fu scarsa. Il codice civile tedesco accettò le sue critiche nei punti seguenti: riguardo le conseguenze dell'ignoranza della legge, riguardo l'applicazione analogica del diritto, riguardo l'estensione del concetto di usura, a tutti gli atti giuridici (§ 138 Cod. civ. ted.), riguardo la tutela della vita, della salute e della morale di fronte al padrone di servizio e al proprietario (§§ 618, 544 Cod. civ. ted.).

⁽¹⁵⁶⁾ SALEILLES, *op. cit.*, p. 122.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. qui e per quello che segue il notevole lavoro di G. PLANCK pubblicato nella « Deutsche Juristenzeitung », 1899, vol. 4º, fas. 9.

solo nel diritto contrattuale e familiare ma soprattutto nella proprietà, che è il più individuale di tutti i diritti soggettivi. A titolo d'esempio ricorderemo le disposizioni degli articoli 904 e 905 del Codice Civile tedesco ⁽¹⁵⁸⁾. Secondo l'art. 904, il diritto di proprietà è limitato nel senso che, in certi casi, il proprietario non può vietare ai terzi l'uso della sua cosa: ciò può avvenire quando l'uso della cosa altrui è indispensabile per evitare un pericolo incomparabilmente maggiore del danno che può venirne al proprietario. L'art. 905, dopo aver posto come principio che il proprietario di un immobile è proprietario di ciò che sta sopra e di ciò che sta sotto, stabilisce che il proprietario non può opporsi « *à ce qui se fait à une telle profondeur ou à une telle hauteur qu'il n'a aucun intérêt à l'empêcher* ». Disposizione questa presa in vista dello sviluppo della scienza e della tecnica industriale moderna che utilizza ogni giorno più lo spazio ⁽¹⁵⁹⁾. Un primo tentativo fatto nel senso della socializzazione del diritto di fronte all'individualismo giuridico ancora preponderante noi troviamo nella consacrazione della teoria dell'abuso del diritto da parte del codice tedesco. Secondo l'art. 226, l'esercizio di un diritto non è permesso se non ha altro scopo che di procurare danno ad altri (Chicane). Con questa disposizione si stabilisce che i diritti soggettivi non possono essere esercitati arbitrariamente, che ogni diritto è riconosciuto all'individuo per l'attuazione di un certo scopo sociale, e il titolare di un diritto, deviandolo dallo scopo che lo giustifica, commette una colpa di cui deve rispondere ⁽¹⁶⁰⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Ci serviamo della traduzione francese del codice civile tedesco pubblicata a spese dello Stato dal *Comité de législation étrangère*, istituito presso il Ministero di Giustizia. Finora furono pubblicati due volumi. Il I va fino all'art. 432 (libro I e II) (1904), il II volume va fino all'art. 1293 (libro II in continuazione e libro III).

⁽¹⁵⁹⁾ Altri limiti posti alla proprietà nell'interesse sociale si possono constatare negli articoli seguenti: 906, 912, 197, 1019, 1020, 626, 725, 826, ecc. Cfr. sul contenuto e significato sociale di questi articoli P. OERTMANN, *Die Volkswirtschaftliche Bedeutung des bürgerliche Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Frankfurt, 1900, pp. 49 e seg.

⁽¹⁶⁰⁾ Sulla teoria dell'abuso del diritto cfr. PORCHEROT, [*De*] *L'abus du droit*, thèse, Dijon, 1901, e le osservazioni di CHARMONT, in « *Revue trimestrielle de droit civil* », 1902. Citiamo a memoria il JOSSEMAND, [*De*] *L'abus du droit*, 1904 [= 1905], che riassume lo stato della dottrina al riguardo.

La teoria dell'abuso del diritto implica una profonda modificazione nel principio della libertà nell'esercizio dei diritti: essa inaugura la concezione veramente sociale del diritto soggettivo. In virtù del nuovo principio il contenuto di un diritto non è mai illimitato, e i suoi limiti dipendono dal grado di sviluppo della morale sociale. L'art. 226 veniva ad attuare il concetto della solidarietà sociale, e lo faceva principio dominante di tutta la legislazione civile. La stessa preoccupazione dell'interesse sociale si rivela nell'art. 54 che identifica, sotto il rapporto della vita patrimoniale, le associazioni prive di personalità con quelle che costituiscono una persona giuridica. Si comprende, dice il Saleilles, che dal momento che una associazione è lecita, occorre, sotto il rapporto della vita economica, ch'essa potesse agire ⁽¹⁶¹⁾. Ancora accenna a una concezione più umana del diritto la larga parte fatta nel Codice tedesco al criterio dell'equità e al potere discrezionale del giudice. All'uniformità delle soluzioni giuridiche, a cui miravano i legislatori del passato succede la soluzione multiforme che si adatta alla varietà della vita reale.

Accanto a disposizioni ispirate alle esigenze della solidarietà sociale, noi troviamo norme particolarmente e intenzionalmente dirette a favorire le aspirazioni delle classi lavoratrici e informate alle loro speciali condizioni sociali. L'Oertmann e il Gröber ci hanno dato l'elenco di tutte le disposizioni del Codice Civile tedesco che interessano in modo speciale le classi povere e quelle che vivono del lavoro ⁽¹⁶²⁾. Dei tre fattori costituenti la produzione, terra, lavoro, capitale, il lavoro è l'elemento che più raccoglie le simpatie del legislatore tedesco. Il principio che ogni lavoro merita una ricompensa si riflette in un gran numero di disposizioni: si può riscontrarle nelle norme che regolano la specificazione (art. 950), l'acquisto dei frutti del possessore di buona fede (art. 957), il ritrovamento del tesoro (art. 984), la *negotiorum gestio* (art. 685); nelle norme tendenti a garantire il salario (art.

⁽¹⁶¹⁾ SALEILLES, *op. cit.*, p. 119.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. OERTMANN, *op. cit.*, pp. 59 e seg.; GRÖBER, *Die Bedeutung des neuen bürgerliche Gesetzbuches für den Arbeiterstand*, Stuttgart, Rotsche, 1897. Vedi anche BLONDEL, *Le Code civil allemand et les ouvriers*, in « Bulletin de la société de législation comparée » (1900-1901, pp. 217-241).

647-648), il compenso del lavoro nei contratti di società (§ 722), a proteggere il lavoro della moglie (art. 1367) e dei figli (§ 1651) contro l'eventuale sfruttamento da parte del marito e dei genitori. In tutti questi casi la difesa dei diritti del lavoro contro lo sfruttamento forma la preoccupazione specifica del legislatore. Neppure può dirsi che questi abbia trascurato la posizione sociale delle parti nel rapporto giuridico: spesso ha di mira l'uguaglianza di fatto. Basterebbe a tale scopo citare l'art. 138 del Codice, che viene in soccorso delle persone non solo fisicamente e intellettualmente, ma economicamente deboli. Tale articolo di applicazione generale è la condanna implicita di tutti i contratti usurari, in quanto dichiara nulli tutti i negozi nei quali risulti che si è abusato dell'ignoranza, della miseria, della inesperienza del contraente. Allo stesso intento di difesa del povero contro lo sfruttamento mira l'art. 247 che ammette il diritto alla denuncia del mutuo quando fu convenuto un tasso superiore al 6%. L'art. 343 segna un passo notevole nella via delle riforme del diritto privato secondo le nuove tendenze. Si riferisce alle clausole penali eccessive che l'operaio stretto dal bisogno dovette suo malgrado consentire. Tale articolo ammette il ricorso al giudice per ridurre la pena nei limiti dell'equità. Nello stesso intendimento di difesa della parte economicamente debole furono sanciti gli articoli 341 e 655, ecc. (163).

Lo spirito nuovo si rivela in tutti quei rapporti giuridici in cui stanno di fronte forti e deboli. Lasciamo la risoluzione della vendita per lesione enorme, la quale non implica protezione speciale per l'una o per l'altra parte: meglio la concezione socialista del diritto si rivela nelle disposizioni attinenti il contratto di locazione di cose, e di servizi. Nella locazione di cose il conduttore è particolarmente favorito. Lo prova il principio consacrato dell'art. 544 per cui il locatore può denunciare il contratto per ragioni igieniche, di insalubrità della casa, e lo prova l'abolizione del principio di diritto tradizionale *Kauf bricht Mieth*e (*Vendange passe louage*) (art. 571 e seg.), ossia la difesa degli interessi del locatario nel caso di vendita della cosa locata: lo pro-

(163) Cfr. OERTMANN, *op. cit.*, p. 59.

vano i limiti posti al diritto del proprietario-locatore di pignorare le cose che il locatario ha introdotto nel fondo (art. 559). Ancora più accentuata è la tendenza a favorire le classi operaie nelle disposizioni relative al contratto di servizi (l'antica *locatio operarum*) (art. 611 e seg.). Il legislatore tedesco ruppe colla tradizione che faceva della *locatio operarum* una applicazione della locazione di cose. Esso intenzionalmente distingue tra locazione di cosa e di servizi in vista del carattere sociale che il contratto di lavoro riveste, della personalità umana che è in esso coinvolta. Il rispetto all'elemento lavoro si rileva nella abolizione di quelle espressioni di padrone, domestico, operaio, che implicavano l'idea di superiorità o di inferiorità di una parte rispetto all'altra. Entrambe le parti, nel linguaggio della legge sono poste sul piede della più perfetta eguaglianza: l'uno è «l'avente diritto ai servizi» (*der Dienstberechtigte*), l'altro è «l'obbligato ai servizi» (*der zur Dienstleistung verpflichtete*). Il legislatore tedesco volle ancora in omaggio a un sentimento altamente democratico distruggere ogni differenza tra il lavoro intellettuale e il lavoro manuale, tra salario e remunerazione o onorario. Oggetto del contratto sono i servizi di qualsiasi natura (art. 611 capov.). È sintomatica l'opposizione che fecero i socialisti del *Reichstag* all'unificazione di tutti i servizi (164). Essi sostennero la distinzione tra il *Dienstvertrag* e l'*Arbeitsvertrag*, tra il contratto domestico, e il contratto di lavoro, relativo ai lavoratori manuali, e sdegnosamente respinsero qualsiasi assimilazione del lavoro manuale col lavoro intellettuale in omaggio alle dottrine intransigenti del Marxismo e al principio della lotta di classe che portava a mantenere distinti in campi opposti le classi intellettuali borghesi e la classe operaia. È una riprova dello spirito intransigente che li dominava, della loro avversione all'opera legislativa, da cui nulla dovevano aspettarsi le classi lavoratrici per la causa della loro redenzione. Abbiamo altrove fatto le nostre riserve circa la soluzione data dal legislatore tedesco alla questione del contratto di lavoro. Di fatto

(164) Per la discussione in proposito cfr. GRÖBER, *op. cit.*, pp. 10 e seg. Cfr. anche nota all'art. 611 nell'edizione del codice citata. Cfr. HESS, [Aus] *Einfache und höhere Arbeit. Eine sozialpolitische Untersuchung zum Arbeitsvertrag des bürgerlichen Gesetzbuches* [Inaugural Dissertation], Jena, Fischer, 1905.

essa non è risolta dalle poche norme sancite in ordine ad un tipo astratto e generico di contratto, come è il contratto di servizi, che non distingue tra le molteplici forme che il contratto di lavoro riveste, ciascuna delle quali esige uno speciale trattamento. La vera soluzione era in realtà abbandonata alla legislazione sociale e crediamo per conto nostro che questa meglio che il Codice civile può darla. Ad ogni modo niuno vorrà disconoscere l'importanza dei principi sanciti dal Codice tedesco in ordine alla generica prestazione di servizi. Richiamiamo l'attenzione sull'art. 616 fondato su evidenti ragioni di umanità e di equità sociali: per esso il lavoratore non perde il diritto al salario se per motivi da lui indipendenti non può compiere la prestazione pattuita. Il rischio di una impossibilità parziale di prestazione di servizi che, secondo l'art. 323, dovrebbe esser sopportata dal debitore dei servizi, è accollato all'imprenditore. I casi di malattia, di morte di qualche membro della famiglia dell'operaio sono contemplati da tale articolo che è suscettibile di larga interpretazione, per quanto il legislatore parli di interruzione «relativamente senza importanza». L'art. 617 pone a carico del padrone le spese di malattia del domestico che è al suo servizio, e l'art. 618 rende responsabile il *Dienstberechtigte* del danno che può venire alla salute e alla vita dell'operaio dal lavoro a cui è adibito.

Il rapido cenno delle principali disposizioni che nel Codice Civile tedesco hanno per movente una nuova concezione del diritto privato giustificano il giudizio che diede il Saleilles che esso costituisce solo una fase di transizione, e che sarà facilmente superato sotto il rapporto sociale. In esso si fa ancora troppa parte alla tradizione romana e alla logica giuridica. Sul terreno della responsabilità extra contrattuale il Codice tedesco si è tenuto ancora al sistema della colpa soggettiva, e non osò consacrare la teoria del rischio sociale. Esso riconosce ancora il diritto di eredità a un grado che non è più compatibile col fondamento moderno del diritto successorio. Non può dirsi che il legislatore tedesco sia riuscito a conciliare la libertà e la solidarietà, i diritti intangibili dell'individuo e quelli della collettività.

Per questo lato il Codice civile tedesco è superato dal Progetto di Codice civile svizzero che sarà prossimamente discusso e reso

definitivo dall'Assemblea federale ⁽¹⁶⁵⁾. In luogo di un testo costruito secondo tutte le regole dell'arte e della logica giuridica, il Progetto di Codice civile svizzero pone principi generali in armonia colle esigenze sociali lasciando alla giurisprudenza la cura di sviluppare nel senso dell'evoluzione sociale stessa, le conseguenze pratiche dei principi sociali consacrati dalla legge ⁽¹⁶⁶⁾. Il Progetto svizzero non si distingue per una tecnica rigorosa: evita le sottigliezze dottrinali, è tutto penetrato di spirito pratico e attua nella forma più perfetta l'ideale di una legislazione democratica. I suoi redattori hanno accolto da tutti gli indirizzi di pensiero le riforme, le considerarono da un punto di vista pratico, evitando ogni eccesso e guardandosi dal cadere nell'utopia. Benché tutto impregnato di spirito sociale esso conserva come principi intangibili la famiglia fondata sul matrimonio e diretta da un capo, la proprietà individuale co' suoi attributi classici ⁽¹⁶⁷⁾

⁽¹⁶⁵⁾ Sulle vicende che condussero la Svizzera alla codificazione della legislazione civile vedi un articolo di LEROY in « Revue de Paris », 1° dicembre 1902 (*L'Avant-projet du Code civil suisse*). È noto che il lavoro di codificazione fu preparato dal prof. E. HUBER, il celebre autore del *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes* (4 voll., 1886-1893 [= 1894]). Il progetto elaborato dall'Huber fu riassunto da M. RÜMELIN, *Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Leipzig, Duncker, 1901, da cui abbiamo largamente attinto le notizie in proposito. Nel novembre 1900 la redazione delle diverse parti del futuro codice (tolta la parte che si riferisce alle obbligazioni) era già pubblicata in forma ufficiale (*Avant-projet du Département fédéral de justice et police*, Berna, 1900). Nel 1901 fu nominata una commissione di tecnici per l'esame. Il progetto definitivo fu sottoposto all'Assemblea federale il 28 maggio 1904. Frattanto l'Huber preparava il V libro sulle obbligazioni, che fu sottoposto all'Assemblea federale il 3 marzo 1905. Vedi ROSSEL, *Les principes du futur code civil suisse* (in « Revue Suisse », aprile 1905).

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. RÜMELIN, *op. cit.*, *Einleitung* e la conclusione. Progetto di codice civile svizzero, art. 1 al 2 e 3.

⁽¹⁶⁷⁾ Il Progetto di codice civile svizzero nella sua ultima redazione (del 28 maggio 1904) definisce la proprietà (art. 635) dicendo che « Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement dans les limites de la loi ». Il Codice Napoleone all'art. 544 parlava di disposizione nel modo più assoluto. La teoria dell'abuso del diritto è consacrata dall'art. 3 del Progetto e riconfermata dall'art. 670. L'art. 3 dice: « Celui qui abuse évidemment de son droit ne jout d'aucune protection legale ». L'Avant-projet del 1900 (art. 644) non applicava la nozione dell'abuso del diritto che al diritto di proprietà. Pur conservando nell'art. 670

e il principio della libertà contrattuale. L'esperienza dimostra che a dispetto di tutte le critiche, tali principi rimangono la base necessaria di una legislazione privata che vuol esser pratica. Appunto per questo noi avremmo desiderato che il libro V° riguardante le obbligazioni si fosse accontentato di porre i principi generali dei contratti, lasciando alla legislazione sociale il compito di regolare il contratto di lavoro industriale nel quale gli interessi sociali e quelli particolari delle classi lavoratrici, richiedono l'affermazione di principi che possono trovarsi in contrasto con quel principio di libertà che deve esser sempre preponderante in un istituto di diritto privato. Sulla scorta dell'accurata relazione che il Vidari fa sul contratto di lavoro nel Progetto di Codice civile svizzero si può rilevare la concezione diversa del contratto di lavoro nel Progetto svizzero e nel Codice tedesco (168). Questo si era limitato a una concezione astratta, unitaria del contratto di lavoro: poneva alcuni principi generali lasciando alla legislazione sociale il compito di svolgerli, di integrarli. Il legislatore svizzero segue un criterio pratico, e cerca adattare la legge alla varietà dei casi. Esso distingue e disciplina diversamente la locazione di servizi e la locazione d'opera o d'impresa. Il contratto di lavoro sia esso manuale o intellettuale rientra nella locazione di servizi. È degna di nota la tendenza del Progetto svizzero, tendenza che il Vidari vorrebbe imitata, a promuovere contratti-tipo per le diverse classi di locazione di servizi, e a favorire la formazione di contratti collettivi stipulati dalle associazioni operaie, le quali diventano parti contraenti. La condizione sociale dell'operaio è sempre presente alla mente del legislatore e ispira la maggior parte delle disposizioni che si riferiscono a questa specie di contratto. Saremmo quasi tentati ad affermare che il principio della libertà contrattuale in certe norme non è conciliato col principio della solidarietà, ma è subordinato al medesimo, tanto che sorge il dubbio se il contratto di lavoro così come è regolato nel Progetto di Codice sviz-

questa soluzione speciale, il progetto del 1904 nell'art. 3 generalizza il principio. Vedi *Message* del Consiglio federale del 28 maggio 1904, p. 14.

(168) Cfr. E. VIDARI, *Il contratto di lavoro nel progetto di codice civile svizzero. Contributo alla legislazione del lavoro* (in « La legge », 1905, pp. 1861-1868).

zero è ancora un istituto di diritto privato o non piuttosto di diritto sociale. Certo è che il Progetto svizzero segna attualmente il punto estremo che può raggiungere nella legislazione positiva la tendenza non solo sociale ma socialista del diritto civile. Il Menger stesso così severo per il codice tedesco, riconosce che l'*Avant-project* del 1900-1901 « destinato a una Repubblica puramente democratica » ha in gran parte accolto le idee da lui sostenute ⁽¹⁶⁹⁾. Non si dimentichi che il Menger era il rappresentante riconosciuto del socialismo giuridico.

4. Il movimento di trasformazione del diritto privato in senso sociale e per certi rispetti socialista, non si rivela solo nei paesi che come la Svizzera e la Germania compirono l'opera della Codificazione del loro diritto privato in un'epoca in cui tale movimento tendeva a passare dalla teoria alla pratica. Noi possiamo rilevare un analogo movimento nei paesi a Codificazione per così dire consolidata, soprattutto in Francia, Italia, (Svizzera) [*aggiunta di mano ignota*: « Inghilterra »] ⁽¹⁷⁰⁾. Tale movimento si manifesta sotto tre forme: 1) come movimento legislativo tendente a promuovere leggi speciali che mirano a modificare parzialmente singole disposizioni del diritto privato, e a introdurne nuove informate alle esigenze sociali dell'epoca 2) come movimento tendente a introdurre nuovi sistemi di interpretazione che pongano in grado la giurisprudenza di armonizzare il diritto colle necessità della pratica 3) come movimento tendente a invocare

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. MENERG, *Das B. G. B. und die bezitslosen Volksklassen*. Prefazione alla 3ª ediz., 1904, p. VII. Notisi che l'*Avant-project* del 1900-1901 non comprendeva la parte del diritto civile che si riferiva alle obbligazioni: le parole quindi del Menger vanno intese riferite ai quattro primi libri che comprendevano la parte generale, la famiglia, la proprietà, le successioni.

⁽¹⁷⁰⁾ Abbiamo raccolto un prezioso materiale per dimostrare come un movimento in senso socialista si può rilevare anche in Inghilterra. La legislazione civile e la giurisprudenza inglese di questi ultimi tempi è tutta infetta di tendenze sociali. Le dichiara e le dimostra ampiamente il DICEY, *Law and public opinion in England*, London, 1905. Questo autore tratta della recente legislazione inglese in senso collettivista (pp. 287-301) e delle influenze del collettivismo sulla giurisprudenza inglese (lettura XI, pp. 359 e seg.). Ci duole non poter sfruttare i materiali raccolti per il nostro tema.

la revisione dei Codici Civili per metterli in accordo coi tempi mutati. Per brevità ci limitiamo a studiare l'argomento nelle sue linee generali in Francia, dove la triplice tendenza indicata si presenta più accentuata.

Modificazioni di singoli articoli del Codice Napoleone non mancarono nel corso del secolo XIX, come pure troviamo leggi speciali che integrano o derogano le prescrizioni contenute nel Codice Civile (171). Tra le leggi che derogano o modificano il Codice Civile non dobbiamo qui tener conto delle leggi sociali che costituiscono un diritto che si svolge all'infuori del diritto privato. Le leggi sociali lasciano intatta la disposizione di diritto privato, ma in considerazione di speciali condizioni di cose o di persone, ne arrestano o modificano l'applicazione. Le leggi sociali partecipano alla natura delle leggi emanate per ragioni di ordine pubblico, che rappresentano (ad esempio la legge di espropriazione) rispetto ai rapporti privati regolati dal Codice uno stato di eccezione. Ora tolte le leggi sociali, quelle che rappresentano una vera e diretta modificazione del Codice Napoleone e sono dettate da considerazioni di interesse sociale si riducono a pochissime. Ricordiamo la legge 2 agosto 1868 che abrogava l'art. 1781 che risguardava il giuramento dei padroni contro gli operai per ragioni [di] salario - la legge 27 dicembre 1890, completata dalla legge 10 aprile 1902, che modificava l'art. 1780, e

(171) Vedi elenco pressoché completo di queste leggi modificative del Codice Napoleone a tutto il 1903 nel citato *Livre du Centenaire*, vol. II, p. 909. Un analogo elenco per il Belgio vedi in PICARD, *L'évolution historique du droit civil français*, Bruxelles, 1904, p. 91. Osserva il Picard a proposito del Belgio che si tratta di leggi di svolgimento più che di modificazione dei principi del codice. L'unica legge che tenda a riconoscere i diritti del lavoro nel Belgio è la legge 10 luglio 1883, con cui si aboliva l'art. 1781 del codice Napoleone vigente nel Belgio, relativo al giuramento del padrone contro l'operaio. In Italia il numero delle leggi modificatrici di singole disposizioni del codice è scarsissimo: il CHIRONI (*Livre du Centenaire*, vol. II, p. 774) ne ricorda sei: di queste la sola veramente dettata con intendimenti sociali è la legge 17 luglio 1898, che all'art. 4 attribuisce alla Cassa nazionale per gli invalidi al lavoro le successioni che fino allora erano devolute allo Stato. Naturalmente parlando di leggi modificatrici del codice non teniamo qui conto delle leggi sociali, le quali più che modificare il diritto civile, ne arrestano l'applicazione per ragioni di interesse sociale. Il Chironi nel suo elenco non poteva tener conto della legge del luglio 1905 relativa all'interesse legale.

che tendeva a impedire che il padrone potesse bruscamente licenziare l'operaio senza indennità. Nessun'altra legge abbiamo trovato nella quale fosse evidente il significato sociale, o che si ispirasse alla protezione del lavoro. Bisogna quindi riconoscere che se il movimento di trasformazione del diritto privato dovesse farsi dipendere da leggi speciali, sarebbe lento e illusorio. Poche leggi parziali non possono scuotere la solidità e lo spirito informatore d'un edificio secolare quale è il Codice Napoleone.

Se sulla legislazione francese le tendenze sociali dell'epoca non esercitarono grande influenza, questa fu grande nella dottrina associata colla giurisprudenza. Nel periodo che tenne dietro alla pubblicazione del Codice Civile la giurisprudenza si svolge intorno al Codice disgiunta dalla dottrina e quasi a questa ostile; più tardi vediamo la dottrina ossia l'elemento teorico allearsi colla giurisprudenza, ossia coll'elemento pratico, e unite in un rapporto di azione e reazione lavorare a una lenta e progressiva trasformazione del Codice (172).

Per tre vie diverse e successive dottrina e giurisprudenza riuscirono a sciogliersi dalla servitù del Codice Napoleone. Si cominciò colla *ratis juris* e colla interpretazione dogmatica, per la quale il progetto del Codice era portato a conseguenze eventualmente sociali che non erano nella mente del legislatore. Tale sistema aveva l'inconveniente di cadere nelle astrazioni e di non rispondere alla realtà. Una nuova via aprì all'interpretazione del Codice Civile in modo da piegarlo alle esigenze dei tempi il Bufnoir (173). Il metodo del Bufnoir fu l'inverso del metodo dogmatico: anziché adattare la vita al Codice si deve adattare il Codice alla vita. Egli concepisce il Codice come un organismo

(172) Cfr. ESMEIN, *La Jurisprudence et la doctrine* (in « Revue trimestrielle de droit civil », anno I, 1902, fas. I, pp. 5 e seg. L'epoca in cui la dottrina cerca associarsi colla giurisprudenza corrisponde alla fondazione della « Revue critique de législation et de jurisprudence » nel 1851 per opera del MARCADÉ, l'autore della *Explication théorique et pratique du code civil*. Il Marcadé vagheggiò sempre l'alleanza tra la dottrina e la giurisprudenza. Vedi diffusamente su questo argomento CHARMONT et CHAUSSE, *Les interprètes du code civil*, in *Livre du Centenaire*, vol. I, pp. 131 e seg.

(173) Cfr. GUILLOUARD, *Introduction à l'ouvrage « Propriété et contrat » selon les leçons de Bufnoir*, Paris, 1900, pp. xvii-xxiv.

che vive e si svolge storicamente. Il Bufnoir adatta costantemente il diritto alle esigenze della vita reale e preferisce sempre esplicitamente la soluzione più conforme ai bisogni e alle tendenze della società. Prevalse da ultimo un nuovo metodo di interpretazione del Codice Civile ancor più favorevole alla penetrazione del socialismo nel diritto privato se non legislativo certo giurisprudenziale. Secondo questo novissimo metodo proclamato da illustri civilisti dal PLANIOL, SALEILLES, LAMBERT, GENY, la giurisprudenza è staccata dal Codice ed è trasformata in una vera e propria fonte del diritto. Abbiamo un ritorno ai sistemi di formazione naturale e spontanea del diritto come in Roma e in Inghilterra. La formola che riassume il nuovo indirizzo è: « *Par le Code Civil mais au delà du Code Civil* » (174). Il nuovo metodo portava a favorire la socializzazione del diritto privato, perché essendo la tendenza sociale preponderante nell'età moderna, essa doveva trovare eco nella giurisprudenza, oramai sciolta dai vin-

(174) Del nuovo metodo fece uso il PLANIOL nel suo *Traité élémentaire de droit civil [conforme au programme officiel, Paris]*, 1900. Vedi prefazione al tomo I. È giusto riconoscere che molto tempo prima questo sistema di interpretazione del codice civile era stato accennato dal nostro VADALÀ-PAPALE, *La jurisprudence dans l'enseignement et dans les études de droit civil* (Messina, 1882). Del LAMBERT vedi: *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, in « *Revue internationale de l'enseignement* », tomo 40°, pp. 216 e seg. e soprattutto l'opera voluminosa a cui attende (*Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*) di cui il primo volume introduttivo fu solo finora pubblicato col titolo speciale: *La fonction du droit civil comparé* (Paris, Giard, 1903). Nella prima parte tratta ampiamente del movimento di trasformazione nel diritto privato in senso sociale in Francia e fuori con ricca bibliografia per quanto assai confusa. Del GENY ricordiamo l'opera oramai esaurita e fondamentale per l'argomento relativo alla funzione sociale della giurisprudenza intitolata: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Maresq, 1899. L'unico esemplare posseduto dalle biblioteche italiane è quello della biblioteca universitaria di Bologna. Più note sono le opere di R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté [Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand]*, Paris, 1901; *Introduction à l'étude du droit civil allemand [à propos de la traduction française du « Bürgerlicher Gesetzbuch » entre prise par le Comité de Législation étrangère]*, Paris, 1904-1907], altrove citato. Vedi soprattutto il capo X sul problema dell'interpretazione giuridica. Anche il commercialista THALLER aderisce almeno parzialmente a questo indirizzo in quanto non segue sistematicamente la giurisprudenza. Vedi suo *Traité élémentaire de droit commercial*, 2ª ediz., 1900, prefazione e soprattutto 3ª ediz., 1904.

coli del Codice e capace di piegarsi all'espressione dei più svariati bisogni, non esclusi quelli delle classi lavoratrici. Il Saleilles sostiene esplicitamente che la giurisprudenza ha una funzione sociale, in quanto è suo compito dirigere la vita della collettività conformemente alle leggi dell'evoluzione giuridica. Movendo dal concetto che il diritto non esiste per sé ma per la collettività, esso non può che interpretarsi mediante la società, cioè tenendo conto di quella vita collettiva ch'esso deve regolare ⁽¹⁷⁵⁾. In questo modo l'interpretazione delle leggi diventa una funzione legislativa, e il Lambert parla della forza creatrice della giurisprudenza, ed aggiunge che la giurisprudenza dissimula le sue creazioni sotto la falsa apparenza di una consacrazione o di una applicazione del diritto preesistente ⁽¹⁷⁶⁾. Un bel giorno qualcuno s'accorge che la legge è interamente sostituita da una giurisprudenza che la contraddice: allora si fa una legge nuova che consacra e codifica la giurisprudenza, la quale viene ad essere a un tempo complemento della legge e deviazione dalla medesima. Diventa così evidente che i nuovi metodi di interpretazione del Codice Civile, e la funzione creatrice della giurisprudenza diventano commodi mezzi per l'attuazione pratica di riforme non solo sociali ma socialiste. Porteremo di ciò alcuni esempi dei molti che abbiamo raccolti e ordinati.

La giurisprudenza francese da oltre quindici anni senza bisogno di riforme legislative ha consacrato la teoria dell'abuso del diritto ⁽¹⁷⁷⁾. Tale giurisprudenza si svolse dall'art. 1382 del Codice Napoleone, in omaggio, dice il Saleilles, alla concezione sociale del diritto soggettivo. Il contratto a favore dei terzi che il Codice francese (art. 1121) e italiano (art. 1128) vietano, e che invece il Codice tedesco e il Progetto di Codice svizzero ammettono, è oramai consacrato come valido dalla giurisprudenza francese. La coscienza moderna impone che ognuno possa stipulare per altri nel loro interesse. Oramai, dice il Planiol, senza riforma legislativa per esclusiva opera della giurisprudenza, vige di fatto

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. SALEILLES, *Introduction* ecc., capo X, pp. 99 e seg. e in modo particolare la definizione ch'esso dà della interpretazione a p. 100.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. LAMBERT, *op. cit.*, p. 804.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. l'analisi della giurisprudenza in proposito in PORCHEROT, *L'abus du droit*, Dijon, 1901.

il principio opposto a quello sancito dall'art. 1121⁽¹⁷⁸⁾. La teoria della stipulazione per altri dopo di aver servito agli scopi dell'assicurazione sulla vita, fornisce una forma giuridica che potrà adattarsi alle stipulazioni fatte dai sindacati a vantaggio dei loro membri⁽¹⁷⁹⁾. Prima ancora che la teoria del rischio professionale e della responsabilità senza colpa fosse oggetto di riforma legislativa, essa era stata accolta dalla giurisprudenza⁽¹⁸⁰⁾. La giurisprudenza francese decise molte volte in favore dei sindacati⁽¹⁸¹⁾, sulle conseguenze degli scioperi⁽¹⁸²⁾, sul contratto collettivo⁽¹⁸³⁾ e ogni giorno va colmando la maggior lacuna del Codice Napoleone, relativa al contratto di lavoro⁽¹⁸⁴⁾. Questi rapidi accenni bastano per dimostrare la parte che spetta alla giurisprudenza nella elaborazione del diritto sociale. I seguaci del socialismo giuridico intuirono l'importanza dei nuovi sistemi d'interpretazione (parzialmente consacrati del resto dal Codice tedesco e dal Progetto svizzero per il largo potere discrezionale lasciato al giudice) per l'attuazione di riforme propriamente socialiste. Il Menger fin dal 1895⁽¹⁸⁵⁾ proclamava la missione le-

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. PLANIOL, in *Livre du Centenaire*, vol. II, p. 959.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. su questa costruzione giuridica RAYNAUD, *Le contrat collectif de travail* (Paris, 1901), pp. 277 e seg.; LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag [nach dem Privatrecht des deutschen Reiches]*, Leipzig, 1902], I, pp. 759-773; SULZER, *Die Kollektive Vertragsschliessung zwischen Arbeitern und Arbeitgeberern*, Berna, 1900, pp. 6 e seg.

⁽¹⁸⁰⁾ Vedi tutto il movimento della giurisprudenza in proposito riprodotto in TEISSEIRE, *Essai d'une théorie [générale] sur le fondement de la responsabilité* (thèse, 1901, pp. 70 e seg.).

⁽¹⁸¹⁾ Vedi per la giurisprudenza relativa ai sindacati RAYNAUD, *op. cit.*, p. 230.

⁽¹⁸²⁾ Cfr. AMIOT, *De la ripercussion des grèves ouvrières sur l'exécution des contrats*, in « *Annales de droit commercial* » (1903, I parte, p. 65).

⁽¹⁸³⁾ Vedi per la giurisprudenza sul contratto collettivo RAYNAUD, *op. cit.*, pp. 226 e seg.

⁽¹⁸⁴⁾ Vedi ad es. sulla rottura del contratto di lavoro la nota di Appert a diverse sentenze della Cassazione del 1897 e 1898 (Sir. 1899, I, 33).

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. MENGER, *Die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft* [über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft, Wien], 1895; tradotto in francese [titolo: *Du Role social de la Science du Droit*], nella « *Revue d'Economie politique* », 1896, pp. 66, 67. Cfr. anche OFNER, *Studien Sozialen jurisprudenzen*, Wien, 1894, Hölder: sono assai interessanti nella parte che trattano della natura sociale del diritto privato e della giurisprudenza come tecnica sociale.

gislativa e politica della giurisprudenza. Del resto era implicito nel socialismo giuridico che si potessero attuare riforme di carattere socialista mediante la deformazione delle norme sancite dal diritto positivo ⁽¹⁸⁶⁾. Il risultato pratico e reale a cui i nuovi sistemi di interpretazione arrivano loro malgrado è di sostituire gradualmente l'opera del giudice a quella del legislatore. la giurisprudenza alla legge come fonte del diritto. Ora qualunque sia l'opinione sul grado di libertà da accordarsi all'interprete o al giudice, bisogna riconoscere che il lavoro di adattamento finisce col tempo per diventare difficile, impossibile, e anche pericoloso. Arriva un momento in cui il processo di piegare il testo legale ai bisogni nuovi non è più possibile per la resistenza del testo, e allora il conflitto sorge insanabile tra la legge e la giurisprudenza. Il soggettivismo del giudice (poiché a questo si arriva colle teorie francesi) significando l'onnipotenza del giudice nasconde in sé un pericolo in quanto rompe quell'equilibrio di poteri da cui si fa dipendere la libertà politica e civile, prepara la tirannia del giudice che l'esperienza del passato insegna essere ben più funesta per la libertà di quella della legge. Tutto il lavoro della scuola del diritto naturale mirò a sostituire alla volontà arbitraria degli uomini il valore assoluto della legge, considerata l'espressione dell'ordine naturale e razionale. Era certamente una esagerazione che si risolveva nel fare del giudice il servo della legge, nel togliere ad esso qualunque iniziativa. Ma pare a noi che oggi si tenda in Francia a cadere nell'eccesso opposto. Si vuol mantenere invariato il Codice, e nel tempo stesso si approva l'opera del giudice intesa a trasformarlo e deformato. Si comprende allora il movimento di revisione che si manifesta in tutti i paesi a diritto codificato, ma che si è rilevato in Francia con speciale significato ⁽¹⁸⁷⁾. La tesi sostenuta dal Planiol ⁽¹⁸⁸⁾

⁽¹⁸⁶⁾ Vedi lo studio interessante di MATER, *Sources et origines juridiques du socialisme*, in « Revue socialiste », sett. 1903, p. 316.

⁽¹⁸⁷⁾ Sul movimento di revisione del codice civile austriaco, sulla necessità della medesima, sui motivi soprattutto sociali che la giustificano vedi UNGER, *Zur Revision des allgemeinen bürgerliche Gesetzbuches. Eine legislativpolitische studie*, in « Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart », vol. 31, fas. 2, pp. 309-406, 1905). È la prefazione di un ampio trattato a cui il noto studioso del diritto civile austriaco sta attendendo. Perfino in Italia, deve

che la revisione generale del Codice Civile è inutile perché provvede bastantemente la giurisprudenza alla sua trasformazione, non è accettabile. Il Planiol con ciò fornisce un argomento assai forte ai fautori della revisione: appunto perché la giurisprudenza va trasformando e deformando il Codice la sua revisione si impone. Ma astraendo da ciò, si può osservare che la giurisprudenza non può procedere alla rinnovazione del Codice sistematicamente. Lo dichiara l'Huber nell'esposizione dei motivi che precedono l'*Avant-projet* del Codice civile svizzero. Il giudice ha necessariamente un orizzonte limitato per la natura stessa della funzione che compie. Essa interviene per la risoluzione dei singoli casi, non pone né risolve questioni di princìpi. Inoltre se la giurisprudenza modifica, corregge trasforma, essa non ha per solo scopo di togliere il dualismo tra il diritto e la vita.

A noi più che la questione della revisione in sé, interessa il significato nel quale essa è invocata. Non è lontano il tempo in cui la revisione era invocata dal Batbie, dall'Acollas per accentuare il carattere individualista del Codice, sotto la pressione delle esigenze economiche e industriali ⁽¹⁸⁹⁾. Oggi invece è generale l'opinione che la revisione si impone per ragioni sociali. La revisione del Codice una volta posta diventerà il gran campo di

il codice civile è di data assai più recente, in occasione delle discussioni parlamentari sul bilancio di Grazia e Giustizia, si fecero voti per la revisione del codice civile, per adattarlo ai nuovi bisogni. Tali voti rivestono una prima forma concreta col recente decreto del ministro Gallo (15 settembre 1906) che istituiva una Commissione per la riforma generale della legislatura di diritto privato. Il decreto è preceduto da una relazione del ministro, la quale rileva la crisi della legislazione privata in tutti i paesi, e la necessità di ritemprarla nella viva realtà sociale. La questione della revisione del codice Napoleone forma speciale oggetto della IV parte del *Livre du Centenaire* più volte citato. La questione è trattata dal Larnaude (p. 901 e seg.), dal Pilon (pp. 935 e seg.), dal Planiol (pp. 955 e seg.), dal Gaudemet in rapporto alla codificazione tedesca e svizzera (pp. 967 e seg.), dallo Gény dal punto di vista della tecnica legislativa nella codificazione (pp. 989 e seg.), dal Moreau (pp. 1041 e seg.). Rimandiamo ad essi per la bibliografia e i dati di fatto relativi alla questione della revisione.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. PLANIOL, *Inutilité d'une révision générale* ecc. (in *Livre* ecc., vol. II, p. 955).

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. LARNAUDE, in *Livre* ecc., pp. 901 e seg. dove si descrivono le vicende del movimento di revisione in Francia, e delle fasi da esse superate.

contesa delle varie correnti di pensiero che si svolsero intorno al diritto privato nel secolo XIX, la corrente individualista, sociale e socialista. È naturale che la corrente sociale occupando un posto intermedio tra le altre due finirà per prevalere, ma intendiamoci non già nel senso che il principio sociale abbia a sostituire il principio individualista, che solo costituisce la ragion d'essere del diritto privato, ma nel senso di attenuare le asprezze dell'individualismo giuridico, di armonizzarle colle esigenze della solidarietà sociale, di impedire le esagerazioni in senso opposto. In occasione della revisione il socialismo giuridico avrà modo di affermarsi, come si affermò col Menger e co' suoi seguaci in occasione della Codificazione tedesca. Solo è a sperare che lo spirito di intransigenza, di cui diedero prova i socialisti della scuola del Marx nel periodo di elaborazione e di discussione del Codice tedesco, non abbia a rinnovarsi. È giusto che le idealità socialiste, gli interessi specifici del lavoro, nella cui difesa si esplica particolarmente l'attività del socialismo come partito, sieno rappresentati. Il socialismo soprattutto giuridico deve portare il suo contributo alla soluzione di quei problemi sociali che sono coinvolti nelle questioni di diritto privato. Tolta l'esagerazione ebbe ragione il Gianturco di affermare che la questione sociale è soprattutto nel diritto privato.

5. Il tempo ci manca per lunghe conclusioni. A noi basterà esprimere la ferma convinzione che il periodo del socialismo economico puramente e semplicemente, del socialismo rivoluzionario e avveniristico è definitivamente chiuso. La cosiddetta crisi del marxismo (che ci duole non avere potuto trattare ampiamente) ha per noi un valore sintomatico; chiude un periodo e ne inizia uno nuovo. Il socialismo non muore ma si trasforma, da economico che era diventa giuridico, da partito rivoluzionario diventa partito legale, la lotta di classe si trasforma in cooperazione di classe, l'odio in solidarietà. Più che i funesti e inevitabili residui del passato, noi dobbiamo vedere nell'odierno socialismo i germi dell'avvenire, e tali germi svolgendosi all'ombra del diritto non potranno che dare buoni risultati. L'unione del socialismo giuridico con quello economico è necessaria per una riforma efficace del diritto privato. Questo è per sua natura contrario ai rapidi e

bruschi sconvolgimenti. Vedemmo le lotte politiche e sociali svolgersi intorno al Codice Napoleone senza riuscire a intaccarne la compagine. Le riforme del diritto privato devono essere preparate da lunga mano: sono lente e graduali. D'altra parte si deve riconoscere che nel diritto privato anche quelle che possono sembrare riforme di poco momento, assumono un significato e una importanza speciale, in quanto accennano a una profonda trasformazione avvenuta nelle parti vitali dell'organismo sociale. Non è in gioco l'ordinamento politico, esteriore della società, ma sono nel diritto privato in gioco le condizioni stesse dell'esistenza collettiva. Occorse l'elaborazione ideale di un secolo per provocare un movimento di riforma nell'ambito del diritto privato, né può dirsi ancora che il vecchio tronco ceda sotto i colpi degli avversari: esso nasconde in sé una vitalità, un motivo perenne di energia di cui i novatori non hanno coscienza: e tale motivo è l'individualità stessa, la personalità dell'uomo, che tende sempre più ad affermarsi, a trovare nuove condizioni di sviluppo. E tali condizioni sembra oggi abbiano a riscontrarsi nel principio della solidarietà nel lavoro. E il diritto privato che dell'individualità si alimenta non può a meno che [*sic*] subirne l'influenza. È opinione generale che oramai il movimento delle idee e delle cose è maturo, e che si può affrontare una riforma del nostro diritto privato, ma ripetiamo riforma sì ma non snaturamento: riformare il diritto privato non significa asservire l'individuo alla società o a una classe determinata, sia pure quella del lavoro, significa piuttosto trovar modo di conciliare il massimo perfezionamento dell'individuo col massimo interesse generale. Il compito è tutt'altro che facile, ma la funzione specifica del diritto in ogni tempo [è quella] di cercarne la soluzione.

N.B. — L'A. fa presente alla Commissione che un grave lutto domestico gli impedì per quasi un anno di occuparsi efficacemente del tema proposto, e solo per uno sforzo di volontà eccezionale il lavoro poté essere presentato nel tempo stabilito dal concorso. Alle lacune e imperfezioni potrà riparare una nuova redazione del lavoro, né crediamo possa l'ésito del concorso vincolare la libertà del concorrente in guisa da togliere la possibilità di integrare e modificare il tema non pur nella forma ma ancora nel contenuto. [*Con questo nota bene termina il manoscritto del Solari*].

I N D I C E

Introduzione p. 1

Capo I

INDIVIDUALISMO E DIRITTO PRIVATO p. 3

Capo II

REAZIONE IDEOLOGICA CONTRO L'INDIVIDUALISMO DEL DIRITTO PRIVATO

A) La scuola storica e il diritto privato p. 53

B) L'hegelianismo e il diritto privato » 83

C) Positivismo e diritto privato » 103

Capo III

LE DOTTRINE SOCIALISTE E IL DIRITTO PRIVATO

Generalità p. 127

A) Socialismo razionale e diritto privato » 131

B) Socialismo materialista e diritto privato » 149

C) Socialismo di Stato, legislazione sociale e diritto privato » 182

D) Socialismo giuridico e diritto privato » 223

L. 10.000 I.V.A. inclusa

5241-02

